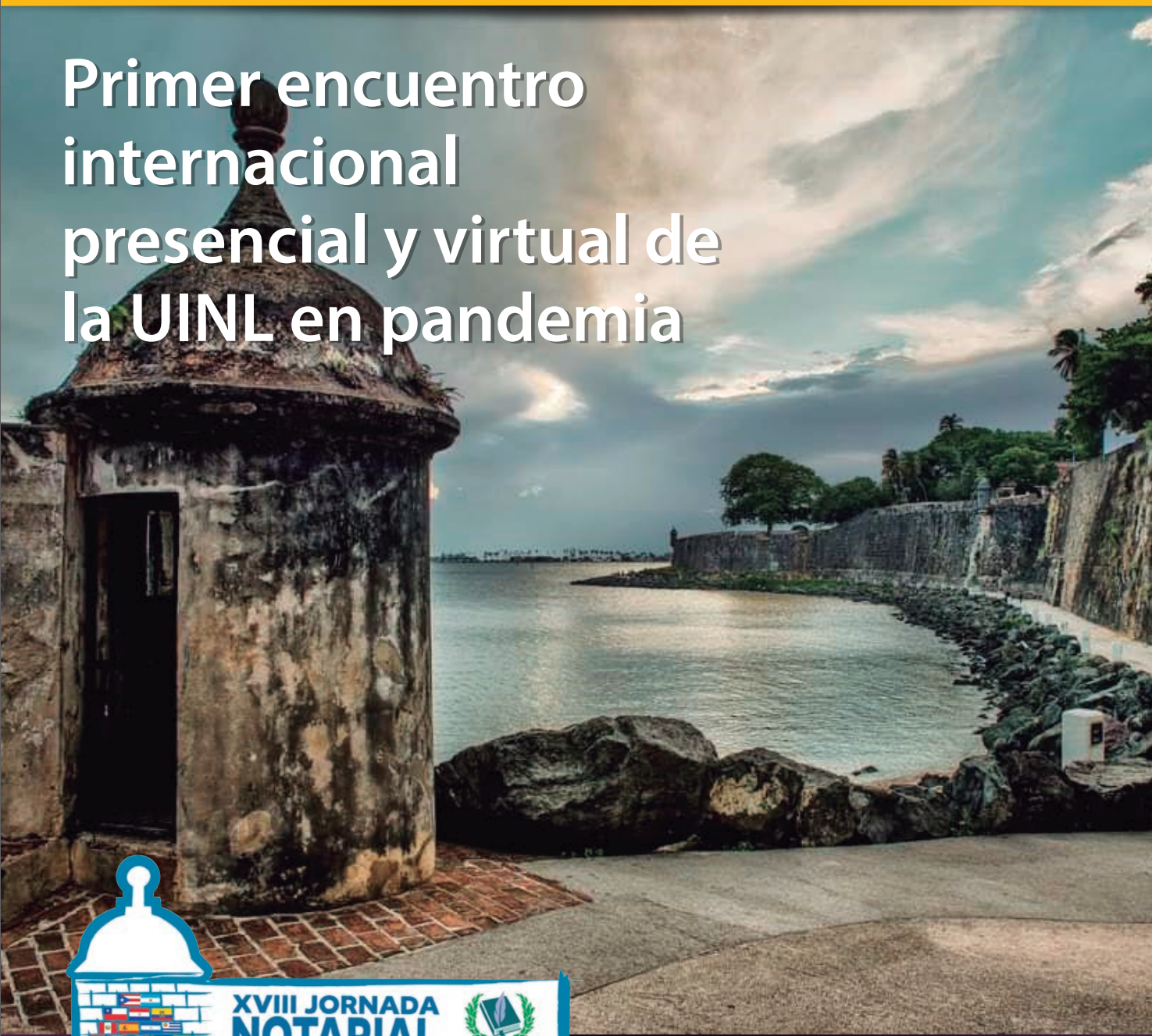
RIN
Revista Internacional del Notariado

Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Primer encuentro internacional presencial y virtual de la UINL en pandemia



XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Colegio de Notarios de Puerto Rico

PUERTO RICO. OCTUBRE 2021

ARGENTINA GANADORA
PRIMER PREMIO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA P. 78
"PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA"

127



Unión Internacional del Notariado

Union Internationale du Notariat

International Union of Notaries





RIN Revista Internacional del Notariado

ONPI Institución Editora

SEDE PERMANENTE
Avenida Las Heras 1833. Piso 4º (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN
Avenida Las Heras 1833. Piso 4º (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina
Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851
Mail: onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

PRESIDENTE UINL
CRISTINA NOEMÍ ARMELLA - ARGENTINA

PRESIDENTE DE LA ONPI
NOTARIA AGUEDA LUISA CRESPO - ARGENTINA

COMITÉ EJECUTIVO DE CONTENIDOS
SUSANA BONANNO
MARÍA ALICIA CRAVIOTTO
AGUEDA LUISA CRESPO
ENRIQUE GARBARINO
GONZALO MATÍAS VÁSQUEZ

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
MARÍA CECILIA ALCOBA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
Nº de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores, pero no se solidariza necesariamente con ellas. Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.

RIN 127- Febrero 2022

Nota: los artículos se publican únicamente en el/los idioma/s en los que fueron elaborados por los autores.
Remarque: les articles ne sont publiés que dans la/les langue/s dans laquelle/lesquelles les auteurs les auront rédigés.
Note: Articles are published in the original language/s in which they were written by the authors.

UINL

Legislatura 2020 / 2022

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidenta
Cristina Noemí ARMELLA (Argentina)
Vice-presidente África
Abdelhamid ACHITE HENNI (Argelia)
Vice-presidente América del Norte, Central y Caribe
Dennis MARTINEZ COLON (Puerto Rico)
Vice-presidenta América del Sur
Ana Manuela GONZALEZ RAMOS (Paraguay)
Vice-presidente Asia
HAO Chiyong (China)
Vice-presidente Europa
Lionel GALLIEZ (Francia)
Tesorera
Laure THONNEY (Suiza)

MIEMBROS ÁFRICA
Kotuba KAUNZY KOSSIN (Centroáfrica)
Yolande FOLDAH-KOUASSI (Côte d'Ivoire)
Mahoua KONE (Côte d'Ivoire)
Rajendra DASSYNE (Rep. Mauricio)

MIEMBROS AMÉRICA
Homero LOPEZ OBANDO (Ecuador)
Jeffrey TALPIS (Quebec, Canadá)

MIEMBROS EUROPA
Jens BORMANN (Alemania)
Gabriele HATHALER (Austria)
Pedro CARRION GARCIA DE PARADA (España)
Laurent DEJOIE (Francia)
Giovanni LIOTTA (Italia)
Konstantin KORSIK (Rusia)

MIEMBROS DE DERECHO CON VOZ CONSULTIVA
Presidente saliente UINL
José MARQUEÑO DE LLANO (España)
Secretario UINL
Maximiliano MOLINA (Argentina)
Presidente Comisión Asuntos Africanos (CAAf)
N'guessan Antoine NIAMIEN (Côte d'Ivoire)
Presidente Comisión Asuntos Americanos (CAAm)
David FIGUEROA MARQUEZ (México)
Presidente Comisión Asuntos Asiáticos (CAAs)
NAM Sangwoo (Corea)
Presidente Comisión Asuntos Europeos (CAE)
Franco SALERNO CARDILLO (Italia)
Presidente Comisión Cooperación Internacional (CCNI)
Richard BOCK (Alemania)
Presidente Comisión Consultiva (CC)
Helmut FESSLER (Alemania)

CONSEJO GENERAL

CONSEJEROS HONORARIOS

COMISIONES CONTINENTALES

Comisión Asuntos Africanos (CAAf)
Comisión Asuntos Americanos (CAAm)
Comisión Asuntos Europeos (CAE)
Comisión Asuntos Asiáticos (CAAs) 2019

COMISIONES INTERCONTINENTALES

Comisión Cooperación Notarial Internacional (CCNI)
Comisión Consultiva (CC)
Comisión Temas y Congresos (CTC)
Comisión Seguridad Social Notarial (CSSN)
Comisión Derechos Humanos (CDH)
Comisión Deontología Notarial (CDN)

GRUPOS DE TRABAJO

Titulación masiva
Participación con los Organismos Internacionales
Nuevas tecnologías
Formación
Prevención del Blanqueo de capitales
Acto Auténtico
International Task Force Civil Law-Common Law

ONPI

Legislatura 2020 / 2022

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Agueda Luisa CRESPO (Argentina)

Secretario

Gonzalo Matías VÁSQUEZ (Argentina)

Tesorera

Susana M. BONANNO (Argentina)

MIEMBROS TITULARES

CRAVIOTTO DE GUTHMANN, María Alicia (Argentina)

GARBARINO, Enrique H. J. (Argentina)

LATINO, Jorge Alberto (Argentina)

LORENZO, José María (Argentina)

LUKASZEWICZ, Sonia (Argentina)

PEREIRA ALVITE, Silvina Beatriz (Argentina)

RODRIGUEZ FOSTER, Paula María (Argentina)

TEITELBAUM, Horacio (Argentina)

TESEI, Ariel Román (Argentina)

VIDAL BOLLINI, Alejandra Graciela (Argentina)

MIEMBROS SUPLENTES

AXELRUD DE LENDNER, Rosa Marta (Argentina)

MIGNOLO, Roberto Antonio (Argentina)

MIRÓ, Mariano Diego (Argentina)

MOHAMMED, Nabila (Argentina)

STERN, Ana Julia Gabriela (Argentina)



Nuestra Unión es el puente
que vincula a notarios de 91 países

UINL
Notariados Miembros



91 países del mundo unidos por un mismo fin y una misma meta: La Unión del Notariado

ALBANIA (Admitido en 1995)
NATIONAL CHAMBER OF NOTARIES OF ALBANIA
Vaso Pasha P. 13
TIRANA
ALBANIE
Mimoza SADUSHAJ, Président
Tel: +355-42-244555
e-mail: flacej@hotmail.com; msadushi@hotmail.com
http://www.notariati.al

ALEMANIA (Admitido en 1958)
BUNDESNOTARKAMMER
Mohrenstrasse 34
D–10117 BERLIN
ALLEMAGNE
Jens BORMANN, Président
Tel: +49-30-3838660 Fax: +49-30-38386666
e-mail: BNotK@BNotK.de; buero.bruessel@bnotk.de
http://www.bnotk.de

ANDORRA (Admitido en 2004)
CAMBRA DE NOTARIS DEL PRINCIPAT D'ANDORRA
Av. Carlemany, 105 5è
AD700 Escaldes Engordany
PRINCIPAT D'ANDORRA
Joan Carles RODRÍGUEZ MIÑANA, Président
Tel: +376-890030
e-mail: jcrnotariaminyana@andorra.ad

ARGELIA (Admitido en 2005)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES
02, Rue El Bakri - Benaknoun
16030– Alger
ALGÉRIE
Reda BENNOUNANE, Président
Tel-Fax +213 21.94.54.17
e-mail: c.n.notaires@hotmail.com
http://www.cn-notaires.dz

ARGENTINA (Admitido en 1948)
CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO
Paraguay 1580
1061 BUENOS AIRES
REPUBLICA ARGENTINA
M. Alejandra CASTELLÓN ARRIETA, Président
Tel: +54 11 5811-4778/4779/4780
e-mail: consfed@consfed.com.ar
http://www.cfna.org.ar

ARMENIA (Admitido en 2005)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES D'ARMÉNIE
Zaqyan Str., building 3
0019 YEREVAN
ARMENIA
Lilit MURADYAN, Président
Tel: +374 (10) 555772 Fax: +374 10 525772
e-mail: notarakanpalat@mail.ru; notarhh@mail.ru
http://www.notarius.am/

AUSTRIA (Admitido en 1958)
ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER
Landesgerichtsstrasse, 20
A-1010 WIEN
AUTRICHE
Michael UMFAHRER, Président
Tel: +43-1-4024509 Fax: +43-1-4063475
e-mail: kammer@notar.or.at
http://www.notar.at

BÉLGICA (Admitido en 1948)
CONSEIL INTERNATIONAL DU NOTARIAT BELGE
Rue de la Montagne, 30-34
B-1000 BRUXELLES
BELGIQUE
Philipe DE JONGHE, co-Président CINB
Tel: +32-2-5050896(11) Fax: +32-2-5050893
e-mail: cinb-irbn@fednot.be
http://www.notaire.be

BENIN (Admitido en 1989)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU BENIN
01 BP 976 Cotonou
BENIN
Gladys Edith O. CAMPBELL, Présidente
Tél: +229 21 31 49 52
e-mail: chambre@notaires.bj
http://www.notaires.bj

BIELORRUSIA (Admitidoen 2019)
NOTARY CHAMBER OF BELARUS
24A Krasnoarmeyskaya str, office 1H
220030 MINSK
BELARUS
Natallia BORISENKO, Présidente
Tel +375 17 323 38 23 Fax: +375 17 323 38 23
e-mail: bnp@belnotary.by
https://belnotary.by/

BOLIVIA (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN NACIONAL DE NOTARIOS DE BOLIVIA
Roxana Hamel RÍOS MARTÍNEZ, Présidente
Tel: + 59-167950111
e-mail: roxanarios_notario2@hotmail.com
http://www.notariosbolivia.com

BOSNIA HERZEGOVINA (Admitido en 2010)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA FÉDÉRATION DE LA BOSNIE-HERZÉGOVINE ET CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA RÉP. SPRSKA
Address: c/o Notary Chamber of the Federation
of Bosnia and Herzegovina
Maršala Tita 5/2
71000 Sarajevo
BOSNIA AND HERZEGOVINA
Anica NAKIĆ, Présidente
Tel: +387 33 222 115 Fax: +387 33 222 117
e-mail: komorafbih@notaribih.ba
http://www.notaribih.ba

BRASIL (Admitido en 1948)
COLEGIO NOTARIAL DO BRASIL-CONSELHO FEDERAL
Centro Empresarial Varig, Setor Comercial Norte,
Quadra 4, Bloco B, Sala 1404,
Asa Norte, Brasília/DF | CEP 70714-020 BRASIL
Giselle DIAS RODRIGUES OLIVEIRA DE BARROS, Présidente
Tel: + 55 61 3 772-7800
e-mail: international@notariado.org.br
http://www.notariado.org.br

BULGARIA (Admitido en 2004)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE BULGARIE
46-48, A Rue Opalchenska
BG-1303 SOFIA
BULGARIE
Krasimir ANADOLIEV, Président
Tel: +359-2-980-99-32
Fax: +359-2-986-77-35
e-mail: chamber@notary-chamber.bg
http://www.notary-chamber.org

BURKINA FASO (Admitido en 1995)
ORDRE DES NOTAIRES DU BURKINA FASO
522 Avenue de la Nation, 1er étage
01 BP 217 OUAGADOUGOU 01
BURKINA FASO
Soumaïla DAKUO, Président
Tel: +226-25 33 36 66
e-mail: info@notairedakuo.com
https://ordredesnotairesduburkina.com

CAMERÚN (Admitido en 1992)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DU CAMEROUN
BP 7233 YAOUNDE
CAMEROUN
Régine DOOH COLLINS, Présidente
Tel: +237-33 43 13 14 / 677703684
Fax: +237-33 42 14 49 / 33423289
e-mail: etude.dcollins@gmail.com;
regine.dcollins@etudecollins.ne

CENTROAFRICA (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE CENTRAFRIQUE
75, Rue du Morvan - Centre-ville
Boite Postale 1125
BANGUI
République Centrafricaine
Chrésia LOUMANDET KASSIMA, Présidente
Tel: +236-75.51.08.46/77.20.08.46
e-mail: cabinedoraz@yahoo.fr

CHILE (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN DE NOTARIOS CONSERVADORES
Y ARCHIVEROS JUDICIALES DE CHILE
Calle Avda. Pdte. Bulnes, n°79, Oficina 50
SANTIAGO DE CHILE
CHILE
Carlos SWETT MUÑOZ, Président
Tel: +56-2-26990864-26713557
Fax: +56-2-26962508
e-mail: asdeno@entelchile.net
http://www.notariosyconservadores.cl

CHINA (Admitido en 2003)
CHINA NOTARY ASSOCIATION
16th Floor, Tower B, Building 17, Area 1 Fangchengyuan, Fangzhuang
Fengtai District, BEIJING
100078, CHINA
HAO Chiyong, Président
Tel: +86-10-58 07 56 66－8027
Fax: +86-10-58 07 51 08
e-mail: chinanotary@aliyun.com
http://www.chinanotary.org

COLOMBIA (Admitido en 1948)
UNION COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO
CARRERA 9 No. 97-20
BOGOTA D.C.
COLOMBIA
Eugenio GIL GIL, Président
Tel: + 57-1 7464040 Ext. 103
e-mail: presidencia@ucnc.com.co;
presidencia.asistente@ucnc.com.co
www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com

CONGO (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU CONGO
231 Avenue du Général DE GAULLE Centre Ville
BRAZZAVILLE
REPUBLIQUE DU CONGO
Bertrand Eric Fédhéré PANDI, Président
Tel: + 242 06 607 96 36- 05 560 31 66
e-mail: p.chambrenationalenotairescg@gmail.com
etudepandi@gmail.com

COREA (Admitido en 2010)
KOREAN NOTARIES ASSOCIATION
404,Seoul Lawyers Association Bldg.,
1718-1 Seocho-3-dong
SEOUL
KOREA
NAM Sang Woo, Président
Tel: +82-2-3477-5007
Fax: +82-2-3476-5551
e-mail: koreacaas@gmail.com / koreanotary@naver.com
http://www.koreanotary.or.kr

COSTA DE MARFIL (Admitido en 1984)
LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA CÔTE D'IVOIRE
Avenue Delafosse prolongée
immeuble Horizon 1er étage
01 B.P. 8654 ABIDJAN 01
COTE D'IVOIRE
Fulgence AHOBAUT-BESSET, Président
Tel: +225-20321147
e-mail: chambre@notaire.ci
http://www.notaire.ci

COSTA RICA (Admitido en 1948)
COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA
Apartado Postal 3161
1000 SAN JOSÉ
COSTA RICA
Álvaro SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Président
Tel: +506-2531947
Fax: +506-2240314 / 22023643
e-mail: presidencia@colabogados.cr
https://www.abogados.or.cr/

CROACIA (Admitido en 1997)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE CROATIE
Radnička cesta 34/II
HR-10000 ZAGREB
CROATIE
Zvijezdana RAUŠ-KLIER, Présidente
Tel: +385-1-4556566 Fax: +385-1-4551544
e-mail: hjk@hjk.hr
http://www.hjk.hr

CUBA (Admitido en 1948)
SOCIEDAD DEL NOTARIADO CUBANO
(Unión Nacional de Juristas de Cuba)
Calle 21 nº 552 esq. a D Vedado, Plaza de la Revolución
Ciudad de LA HABANA - C.P. 10400
CUBA
Olga Lidia PÉREZ DÍAZ, Présidente
Tel: +537-8329680//8327562//8326209
Fax: +537-8302954
e-mail: olga.perez@minjus.gob.cu
http://www.unjc.co.cu

ECUADOR (Admitido en 1948)
FEDERACIÓN ECUATORIANA DE NOTARIOS
Calle Irlanda E10-16 y Av. República del Salvador
Edificio Siglo XXI, Tercer Piso
QUITO
ECUADOR
Homero LÓPEZ OBANDO, Président
Tel: +593-2-2266-838 /2921-024
e-mail: info@fen.com.ec / secretaria@fen.com.ec;
presidencia@fen.com.ec
http://www.fen.com.ec/web/

EL SALVADOR (Admitido en 1950)
COLEGIO DE NOTARIOS DE EL SALVADOR
Calle Cuscatlán No.218, entre 79 y 81 Av. Sur,
Colonia Escalón
SAN SALVADOR
EL SALVADOR C.A.
Francisco José BARRIENTOS, Président
Tel: +503-2263-8250; 2263-8273; 2263-8265
Fax: +503-2263-8254
e-mail: barrientos@integra.com.sv
lawesfjb@integra.com.sv

ESLOVAQUIA (Admitido en 1994)
NOTARSKA KOMORA SLOVENSKEJ REPUBLIKY
(Chambre des Notaires de la République Slovaque)
Krasovského 13
851 01 Bratislava 5
SLOVAQUIE
Miroslav GREGOR, Président
Tel: +421-2-55574519 Fax: +421-2-55574589
e-mail: notarska.komora@notar.sk
http://www.notar.sk

ESLOVENIA (Admitido en 1997)
NOTARSKA ZBORNICA SLOVENIJE
(Chambre des Notaires de Slovénie)
Tavčarjeva ul. 2
SLO-1000 LJUBLJANA
SLOVENIE
Bojan PODGORSEK, Président
Tel: +386-1-4392570 Fax: +386-1-4340247
e-mail: info.nzs@siol.net; sonja.kralj@netsi.net
http://www.notar-z.si

ESPAÑA (Admitido en 1948)
CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Calle Silvano nº 55
28043 Madrid
ESPAÑA
José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, Président
Tel: +34-91-3087232 Fax: +34-91-3087053
e-mail: info@notariado.org
internacional@notariado.org
presidencia@notariado.org
http://www.notariado.org

ESTONIA (Admitido en 1995)
EESTI VABARIIGI NOTARITE KODA
(Chamber of Notaries of the Republic of Estonia)
Tatari 25
EE - 10116 TALLINN
Merle SAAR-JOHANSON, Présidente
Tel: +372 617 7900 Fax: +372 617 7901
e-mail: koda@notar.ee
http://www.notar.ee

FRANCIA (Admitido en 1948)
CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS
60, boulevard de La Tour- Maubourg
F-75007 PARIS
FRANCE
David AMBROSIANO, Président
Tel: +33-1-44903000
Fax: +33-1-44903030/44903120
e-mail: dg.csn@notaires.fr
http://www.notaires.fr

GABÓN (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU GABON
B.P.1967
PORT-GENTIL
GABON
Céléstin NDELIA, Président
Tel: +241-550746 Fax: +241-555752
e-mail: etude.ndelia@yahoo.fr

GEORGIA (Admitido en 2007)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE GÉORGIE
60, Ivane Javakhishvili street
TBILISI
GÉORGIE
Davit PUTKARADZE, Président
Tel/Fax: +995 32 220 67 77 - 1117
e-mail: contact@notary.ge / dphutkaradze@notary.ge
http://www.notary.ge

GRECIA (Admitido en 1958)
CONSEIL NATIONAL DU NOTARIAT HELLENIQUE
4, Rue G.Gennadiou
GR-10678 ATHENES
GRECE
Georgios ROUSKAS, Président
Tel: +30-210-3307450/60/70/80
(Départ. Intern.: +30-210-3307456)
Fax: +30-210-3848335
e-mail: notaries@notariat.gr
http://enotariat.gr/

GUATEMALA (Admitido en 1950)
COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA
Edificio Colegios Profesionales
O Calle 15-46 Zona 15, Colonia El Maestro, 7° y 8° Nivel
01015 GUATEMALA
GUATEMALA C.A.
Fernando Antonio CHACON URIZAR, Président
Tel: +502 25007500 extensión 111 Fax: +502-2-3693714
e-mail: info@cang.org.gt
www.cang.org.gt

GUINEA (Admitido en 1995)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE GUINEE
B.P. 2415
CONAKRY
REPUBLIQUE DE GUINEE
Moussa SY SAVANE, Président
Tel: +224-62 48 17 17 / +224-60 25 25 16
Fax: +224-64 25 00 15
e-mail: etudesysavane.notaire@gmail.com
contact@notairesguinee.com
http://notaires-guinee.net

HAITÍ (Admitido en 1950)
NOTARIAT D'HAITI

HONDURAS (Admitido en 1950)
UNIÓN DE NOTARIOS DE HONDURAS
Colonia 15 de septiembre, Bloque S, casa 2003,
calle de atrás de La Tribuna
Comayaguela
Honduras C.A.
Mario Enrique BOQUIN HERNÁNDEZ, Président
Tel: +504-2234-0100/2234-0085 Fax: +504-2234-0100
e-mail: info@notarioshonduras.org
http://www.notarioshonduras.org/

HUNGRÍA (Admitido en 1992)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE HONGRIE
Pasaréti str. 16
H-1026 BUDAPEST
HONGRIE
Ádám TOTH, Président
Tel: +36-1-4894880 Fax: +36-1-3567052
e-mail: mokk1@kamara.mokk.hu
president@kamara.mokk.hu / rendezveny@kamara.mokk.hu
http://www.kozjegyzo.hu

INDONESIA (Admitido en 1997)
IKATAN NOTARIS INDONESIA (Indonesian Notary Association)
Jalan Hasyim Ashari
Jalan Hasyim Ashari
Roxy Mas Blok EI-32
JAKARTA PUSAT 10150
INDONESIA
Yualita WIDYADHARI, Présidente
Tel: +62-21-63861919/63851329 Fax: +62-21-63861233
e-mail: yualita@yualitanotaris.co.id / notarisanne@gmail.com
lizariani@rocketmail.com / ritaalfiana@yahoo.com
pritasuyudi@gmail.com / penguruspusat_ini@yahoo.com
http://ini.id/

ITALIA (Admitido en 1948)
CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
Via Flaminia, 160
I-00196 ROMA
ITALIA
Valentina RUBERTELLI, Présidente
Tel: +39-06-362091 Fax: +39-06-32650079
e-mail: cnn.segrintern@notariato.it
http://www.notariato.it

JAPÓN (Admitido en 1977)
NIPPON KOSHONIN RENGOKAI
(Japan National Notaries Association)
Daido Kasumigaseki Bld.,
1-4-2, Kasumigaseki 1-chome,
Chiyoda-ku, TOKYO
JAPAN 100-0013
Shigekuni ONO, President
Tel: +81-3-3502-8050 Fax: +81-3-3508-4071
e-mail: honbu@koshonin.gr.jp
http://www.koshonin.gr.jp

KAZAKHSTAN (Admitido en 2021)
REPUBLICAN NOTARY CHAMBER OF KAZAKHSTAN
Saraishyk 38 street, office 5
Postcode 010000 NUR-SULTAN
REPUBLIC OF KAZAKHSTAN
Assel ZHANABILOVA, President
Tel: + 8-7172-50-88-26
e-mail: rnp_rnp@mail.ru

KOSOVO (Admitido en 2013)
NOTARY CHAMBER OF THE REPUBLIC OF KOSOVO
Lagjja Arbëria, Verdana C 2.7, Kati I,
Banesa Nr.1, Pristina
Kosovo
Aliriza BESHI, Président
Tel: +383 (0)38 726-018 Fax: +377 (0)45 299-989
e-mail: info@noteria-ks.org
http://www.noteria-ks.org/noteret

LETONIA (Admitido en 1995)
LATVIJAS ZVERINATU NOTARU PADOME
(Chambre des Notaires Assermentes de Lettonie)
Krisjana Valdemara iela 20 – 8
LV-1010 RIGA
LETTONIE
Janis SKRASTINS, Présidente
Tel: + 371 24202100 Fax: +371 67 286 326
e-mail: info@latvijasnotars.lv
www.latvijasnotars.lv

LIBANO (Admitido en 2018)
CONSEIL DES NOTAIRES AU LIBAN
Place Tabaris Im Dakdouk Beyrouth
LIBAN
Naji el KHAZEN, Président
Fax: + 961 1 204451
e-mail: notary.nkhazen@gmail.com

LITUANIA (Admitido en 1994)
LIETUVOS NOTARU RUMAI
(Chambre des Notaires de Lituanie)
Olimpiečiy str. 4
LT- 09200 VILNIUS
LITUANIE
Marius STRACKAITIS, Président
Tel: +370-5-2614757 Fax: +370-5-2614660
e-mail: rumai@notarai.lt
http://www.notarurumai.lt

LONDRES (Admitido en 1998)
SOCIETY OF SCRIVENER NOTARIES
95 Aldwych
LONDON WC2B 4JF
United Kingdom
Edward GARDINER, Président
Tel +44-20-73954300 Fax: +44-20- 73954310
e-mail: Edward.Gardiner@cheeswrights.co.uk
http://www.scrivener-notaries.org.uk

LUXEMBURGO (Admitido en 1950)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU
GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG
53, boulevard Joseph II
L-1840 LUXEMBOURG
Martine SCHAEFFER, Présidente
Tel: +352-447021 Fax: +352-455140
e-mail: info@notariat.lu
http://www.notariat.lu

MACEDOINE DU NORD, REP. (Admitido en 2001)
NOTARSKA KOMORA NA REPUBLIKA MAKEDONIJA
(Chambre des Notaires de la République de Macédoine)
8 September n° 2/2
MK-1000 SKOPJE
MACEDOINE DU NORD Rép.
Metodija RISTOSKI, Président
Tel: 389-2-3115816 Fax: 389-2-3239150
e-mail: contact@nkrm.mk
http://www.nkrm.org.mk/

MADAGASCAR (Admitido en 2012)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE MADAGASCAR
Lot II C 130 Mandrosoa
Antananarivo (101)
MADAGASCAR
Razanadrakoto RIJA, Président
Tel: +261 202228384 +261 0342154749
+261 0346663231
e-mail: cnnm.infos@notaires.mg
notairerazanadrakoto@gmail.com
http://www.notaires.mg

MALI (Admitido en 1989)
ORDRE DES NOTAIRES DU MALI
Hamdallaye ACI 2000 Face Palais des Sports
Immeuble Fily Keïta
BP: E221
BAMAKO
MALI
Yacouba Massaman KEITA, Président
Tel: +223 20 29 39 96 Fax: +223 20 29 39 98
e-mail: etude.ymassaman@orangemali.net

MALTA REP. (Admitido en 1994)
KUNSILL NOTARILI TA' MALTA
171, Strait Street,
Valletta
MALTA
Clinton BELLIZZI, Président
Tel: + (356) 21 806 555
e-mail: info@notariesofmalta.org
notariesofmalta@gmail.com / notus@maltanet.net
http://www.notariesofmalta.org

MARRUECOS (Admitido en 1986)
CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES NOTAIRES DU MAROC
40, avenue Al Melia – Hay Riad
Rabat
MAROC
Abdellatif YAGOU, Président
Tel: +212 5 37 56 44 60/61 Fax: +212 5 37 56 44 62
e-mail: notairesmaroc@gmail.com
notairesmaroc@yahoo.fr
http://www.notaires.org.ma

MAURICIO REP. (Admitido en 2009)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE L'ILE MAURICE
PCL building 43, Rue Sir William Newton
PORT LOUIS
ILE MAURICE
Nicolas BOULLE, Président
Tel +230-212 2204/2647/2649 Fax +230-212 2653
e-mail notaire@nboulle.com
http://www.notairesmaurice.org/

MAURITANIA (Admitido en 2010)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE MAURITANIE
B.P. 4410
NOUAKCHOTT
MAURITANIE
Salama ABDOULLAH, Président
Mamadou SOW-THIOYE, Secrétaire Général
Tél: +222 41031470 / 36431470 / 26451470
Fax: +222 45255695
Email: pullosow@yahoo.fr

MÉXICO (Admitido en 1948)
COLEGIO NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.
Av. Paseo de la Reforma No. 454
Col. Juárez, Delegación Cuauhtémoc
CP 06600 MEXICO D.F.
MEXICO
Guillermo ESCAMILLA NARVAEZ, Président
Tel: +52-55- 55146058, 55256452, 55255167,
55256415, 55256254, 55255987 Fax:+52-55-55119493
e-mail: colegionacional@notariadomexicano.org.mx
http://www.notariadomexicano.org.mx

MOLDAVIA (Admitido en 2000)
UNION DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE MOLDAVIE
Str. București 90, of.16
MD-2012, mun. Chișinău
CHISINAU
MOLDAVIE
Aurelia LAZU, Présidente
Tel: +373-22-000 701, +373-22-000 702, 061077753
e-mail: camera.notariala@cnm.md
camera.notariala@gmail.com
https://www.cnm.md

MÓNACO (Admitido en 1950)
NOTARIAT DE LA PRINCIPAUTE DE MONACO
2, Rue Colonel Bellando de Castro
98000 MONACO
PRINCIPAUTE DE MONACO
Henry REY, Président
Tel: +377-93-3041-50 Fax: +377-93-3005-22
e-mail: etude@rey.notaire.mc

MONGOLIA (Admitido en 2012)
CHAMBER OF NOTARIES OF MONGOLIA
Bldg 10G, Erkhuu Street, Sukhbaatar district,
ULAANBAATAR
MONGOLIA
Ch. BAYANJARGAL, Président
Tel: +976-11-354301 Fax: +976-11-354302
e-mail: mongolianotary@gmail.com

MONTENEGRO (Admitido en 2012)
NOTARY CHAMBER OF MONTENEGRO
Ul. Ulcinjsa br. 7C
81 000 PODGORICA, Crna Gora
MONTENEGRO
Branislav VUKICEVIC, Président
Tel.: +382 20 26 46 50, +382 20 26 46 44
Fax: +382 20 26 46 51 Mob. tel.: +382 67 63 56 88
e-mail: notaricg@notarskakomora.me
http://www.notarskakomora.me

NICARAGUA (Admitido en 1950)
BARRA DE ABOGADOS DE NICARAGUA
Restaurante Terraza
10 Paradas Abajo - Frente a la O.E.A.
Apartado Postal 3506
MANAGUA
NICARAGUA
Sergio GARCÍA QUINTERO, Président
Tel: +505-2-22834/76406

NIGERIA (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU NIGER
Quartier Nouveau Marché
BP: 2600. NIAMEY
NIGER
Aïssatou DJIBO, Présidente
Tel: +227 20 74 05 68, +227 80 79 00 00
e-mail: chambrenotaires.niger@yahoo.com
aissatoudjibo@gmail.com

OUZBEKISTAN (Admitido en 2021)
NOTARY CHAMBER OF THE REPUBLIC OF UZBEKISTAN
Yakkasaray district
Mahmud Tarobiy street, 8-home TASHKENT
REPUBLIC OF UZBEKISTAN
Dilshod ASHUROV, Président
Tel: +998 71 203 11 41 / +998 94 694 09 32
e-mail: notarialpalata@np.uz

PAÍSES BAJOS (Admitido en 1950)
KONINKLIJKE NOTARIELE BEROEPSORGANISATIE
B.P.16020 - NL-2511 BA DEN HAAG
NETHERLANDS
Annerie PLOUMEN, Présidente
Tel: +31-70-3307111 Fax: +31-70-3602861
e-mail: buitenland@knb.nl
http://www.notaris.nl

PANAMÁ (Admitido en 1997)
COLEGIO DE NOTARIOS PÚBLICOS DE PANAMÁ
C/o Notaría Tercera del Circuito de Panamá
Avenida Ricardo J. Alfaro
Plaza Los Ángeles | Local N° 2A
Ciudad de Panamá
REPÚBLICA DE PANAMÁ
Anayansy JOVANÉ CUBILLA, Présidente
Tel: +507-382-7562 | 382-7524| 383-5678
e-mail: ajovane@notaria3panama.com

PARAGUAY (Admitido en 1948)
COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY
Juan E.O'Leary n°1066
ASUNCION
PARAGUAY
Jorge Augusto MILLER DONNA, Président
Tel: +595-21-491273 internos 132 y 128
Fax: +595-21-491273
e-mail: colegiodescribanosdelpy@gmail.com
http://www.cep.org.py

PERÚ (Admitido en 1948)
JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS
DE NOTARIOS DEL PERÚ
Av. Paseo de la República N°3565
Octavo Piso, Of. 801-802
San Isidro - LIMA 27
PERÚ
Carlos Enrique BECERRA PALOMINO, Président
Tel: +51-1-4228160 Fax: +51-1-4211201
e-mail: juntadedecanos@juntadedecanos.org.pe
secretariatecnica@juntadedecanos.org.pe;
http://www.juntadedecanos.org.pe

POLONIA (Admitido en 1992)
KRAJOWA RADA NOTARIALNA
(Conseil National du Notariat Polonais)
ul.Dzika 19/23
PL-00172 WARSZAWA
POLOGNE
Lech BORZEMSKI, Président
Tel: +48-22 6357840
Fax: +48-22 6357910
e-mail: biuro@krn.org.pl
http://www.krn.org.pl

PUERTO RICO (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN DE NOTARIOS DE PUERTO RICO
P.O. Box 363613
SAN JUAN
PUERTO RICO 00936-3613
Manuel PÉREZ CABALLER, Président
Tel: +1-787-758-2773 Fax: +1-787-759-6703
e-mail: info@colegiodenotariospr.com
director@colegiodenotariospr.com.
http://www.colegiodenotariospr.com

PORTUGAL (Admitido en 1950)
ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES
Av. Visconde Valmor, 19-A PT-1000-290 Lisboa
PORTUGAL
Jorge Batista DA SILVA, Président
Tel: +351 21 3468176/3403280
Fax: +351 21 3468178/3403289
e-mail: internacional@notarios.pt
http://www.notarios.pt/OrdemNotarios/pt

QUÉBEC CANADÁ (Admitido en 1948)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC
Bibliothèque notariale
101-2045 rue Stanley
Montréal QC H3A 2V4
CANADA
Hélène POTVIN, Présidente
Tel: ++1 (514)-879-2940
1-800-263-1793, p. 5210
Fax: +1-514-879-1697
e-mail: presidence@cnq.org
http://www.cnq.org

REPÚBLICA DE CHAD (Admitido en 2001)
ORDRE DES NOTAIRES DU TCHAD
B.P. 621 – N'Djaména
354 N'Djaména
TCHAD
Germain DJOMIAN, Président
Tel: +235-252-62 12 06 05 / 99 92 96 71
e-mail: ordre.notairestchad@yahoo.fr

REPÚBLICA CHECA (Admitido en 1994)
NOTARSKA KOMORA CESKE REPUBLIKY
(Chambre de Notaires de la République Tchèque)
Apolinářská 12
CZ 128 00 PRAHA 2
REPUBLIQUE TCHEQUE
Radim NEUBAUER, Président
Tel: +420-2-24921258/24921126
Fax: +420-2-24919192/24919266
e-mail: nkcr@nkcr.cz
http://www.nkcr.cz

REPÚBLICA DOMINICANA (Admitido en 1950)
COLEGIO DOMINICANO DE NOTARIOS
Calle Danae nº 12, Gazcue
SANTO DOMINGO D.N.
REPÚBLICA DOMINICANA
Laura Elena SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Présidente
Tel: +1-809-687-2883 Fax: +1-809-689-0849
e-mail: colegiodominicanodenotarios@hotmail.com
lauraesanchezjimenez@hotmail.com
http://www.colegiodominicanodenotarios.com

REPÚBLICA DE SAN MARINO (Admitido en 1950)
ORDINE DEGLI AVVOCATI E NOTAI
Via Gino Giacomini, 154
47890 - SAN MARINO CITTÀ
REPUBBLICA DI SAN MARINO
Maria SELVA, Présidente
Tel: +39-0549-991333 Fax: +39-0549-991333
e-mail: ordinedegliavvocati@omniway.sm
http://www.avvocati-notai.sm/

RUMANIA (Admitido en 1997)
UNION NATIONALE DES NOTAIRES PUBLICS
DE ROUMANIE
Str. General Berthelot nr. 41
Sector 1
RO-707471 BUCAREST
ROUMANIE
Dumitru Viorel MANESCU, Président
Tel: +40-21-3139920/23/25/26/37/40
Fax: +40-21-3139910
e-mail: rei@unnpr.ro
http://www.uniuneanotarilor.ro

RUSIA (Admitido en 1995)
CHAMBRE NOTARIALE FEDERALE DE RUSSIE
15, rue Dolgoroukovskaya, bâtiment 4-5
RU-127006 MOSCOU
RUSSIE
Konstantin KORSIK, Président
Tel: +7-495-981 43 66 Fax: +7-495-981 43 67
e-mail: vasileva.ev@notariat.ru;
ayanin@notariat.ru; fnp@notariat.ru
http://www.notariat.ru

SENEGAL (Admitido en 1989)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU SENEGAL
15, Rue Jules Ferry
4, impasse Marguerite Trichot s/c Ipres
BP: 14357 – Dakar
SENEGAL
Alioune KA, Président
Tel: +221-33 8234002 Fax: +221-33 8234001
e-mail: cdns@sentoo.sn / cdns@orange.sn
a_cdns@orange.sn
http://www.notairesenegal.sn

SERBIA (Admitido en 2016)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE SERBIE
14, Mačkov kamen St.,
11 040 Belgrade - Savski Venac
SERBIE
Srbislav CVEJIC, Président
Tel: +381 11 26 20 104 Fax: +381 11 26 20 122
e-mail: jks@jks.rs
http://www.beleznik.org

SUIZA (Admitido en 1948)
FEDERATION SUISSE DES NOTAIRES
Schwanengasse 5/7
3011 Berne
SUISSE
Franz STÄMPFLI, Président
Tel: +41 31 326 51 90
e-mail: praesident@snv-fsn.ch
http://www.snv-fsn.ch

TOGO (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU TOGO
540, Rue Pydal Tokoin Forever
01 BP. 2410
LOME
TOGO
Tcha Plinga EBEZOU, Président
Tél: +228 22 26 80 22
e-mail: notairestogo@gmail.com
ebezounotaire1967@gmail.com

TÚNEZ (Admitido en 2010)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES TUNISIENS
7, Avenue Naceur Bey
1er étage Appartement 1D
2070 - LA MARSA
TUNISIE
Kais KEBADA, Président
Tel: + 216 98 325 883
e-mail: notariatpaix@yahoo.com

TURQUÍA (Admitido en 1975)
TÜRKIYE NOTERLER BIRLIGI (Union des Notaires Turcs)
Söğütözü Caddesi No.4
Çankaya/ANKARA
TURQUIE
Dursun CİN, Président
Tel: +90- 312 218 80 00
Fax: +90-312 218 80 42
e-mail: baskan@tnb.org.tr
ibrahim.gul@tnb.org.tr
kubra.dagdelen@tnb.org.tr
yunusemre.kolsal@tnb.org.tr
http://www.tnb.org.tr

UCRANIA (Admitido en 2013)
CHAMBRE NOTARIALE DE L'UKRAINE
7A, rue Gorky
01004 Kiev
Ukraine
Volodymyr MARCHENKO, Président
Tel.: +38 (044) 230-72-75
Fax: +38 (044) 230-72-78
e-mail : npu.in.ua@ukr.net;
interdep.npu@gmail.com
Web: http://npu.in.ua

URUGUAY (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY
Avenida 18 de Julio 1730, pisos 11 y 12
Edificio del Notariado
MONTEVIDEO
URUGUAY
Diego STIRLING MARTINS, Président
Tel: +598-2-4094317/4006400
ax: +598-2-4010637
e-mail: secretaria@aeu.org.uy
http://www.aeu.org.uy

VATICANO (Admitido en 1950)
UFFICIO LEGALE DEL GOVERNATORATO
V-00120 CITTA DEL VATICANO
VATICANO
Avv. Giuseppe PUGLISI-ALIBRANDI
Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato
Tel: +39-06-69885592
Fax: +39-06-69885299
e-mail: notariato@scv.va

VENEZUELA (Admitido en 1984)
ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE NOTARIOS PÚBLICOS
Avenida principal de las Mercedes
Edificio Barsa
Oficina 1 A
CARACAS
VENEZUELA
Ramon LLOVERA, Président
Tel: +58 212 9938477/9920621
e-mail: ramonllovera@hotmail.com

VIETNAM (Admitido en 2013)
ASSOCIATION DES NOTAIRES DE HO CHI MINH
Số 310 Bà Triệu, Hai Bà Trưng
HÀ NỘI
VIETNAM
Tun DAO THANH, Président
e-mail: dailungtonvai@yahoo.com
e-mail: hoicongchungvientphcm@gmail.com
(Mr. NGO Minh Hong: Councilor in charge of
International Relations, Vietnam Notary Association)



EDITORIAL

Not. Águeda Luisa CRESPO
Presidenta de ONPI (Legislatura 2020-2022)

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DE ONPI

A la memoria del Notario Ángel Martínez Sarrion

Recientemente modificó nuestras vidas la pandemia de Covid que azotó al mundo, fueron dos años viviendo con la vulnerabilidad a flor de piel. Y ahora cuando empezábamos a creer que podíamos volver a nuestra habitual "normalidad" nos invade una angustia y espanto por esta guerra en el corazón de Europa oriental. Reconociendo que el "hombre mejor" que renacería después del confinamiento, según lo expresado en el editorial anterior, fue solo una ilusión de quienes aún queremos creer en la humanidad. Como hombres y mujeres de derecho, sostenemos que hay que expresar con firmeza que estamos en contra de las tiranías y gobiernos despóticos que "suprimen" a sus eventuales opositores políticos e invaden países, pero también creemos que los ciudadanos de esos países solo son responsables de sus opiniones y posturas personales, de ahí nuestra solidaridad con los colegas de los países en conflicto y con toda su población, seguramente ajenas a las decisiones de sus gobiernos de turno.

Todos tendremos que rendir cuentas de nuestra postura algún día... los que prefirieron cuidar solo sus intereses y los que decidieron elevar sus convicciones, los individuos, las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos, todos rendiremos cuentas tarde o temprano...

Embargados por esta tristeza de la guerra, queremos expresar en este editorial que en el presente número 127 de la RIN, hemos publicado temas variados de gran interés jurídico y académico que esperamos disfruten con su lectura.

Siempre hemos trabajado con orgullo en ONPI, por la misión que cumple en la UINL, la que le fue asignada desde el momento mismo de su fundación y reconocida por distintas autoridades que la presidieron, por la entrega desinteresada y sin descanso de todos sus integrantes, los de ahora y los que han pasado por la oficina a lo largo de su historia. Pero recientemente recorriendo los ejemplares que conforman la biblioteca de ONPI, encontramos un libro del Not. Ángel Martínez Sarrion, "*Pesimismo y esperanza en los personajes literarios de los umbrales de nuestro tiempo vistos por un notario*", sumamente interesante y que solo podía ser escrito por este notable jurista y colega, con una inmejorable cultura general y una incomparable formación humanista y jurídica. Y advertimos con alegría que su prólogo dice así: *"A ese haz humano de amigos fraternales y compañeros ejemplares que todos los martes del año en Alsina 2280, de la capital porteña, con generosa entrega, manejando el martillo y la espada, como los obreros del templo de Jerusalén en tiempos de Nehemías, levantan las paredes del edificio notarial de* ***Onpi*** *y vigilan con diligencia para defender a nuestra* ***Unión*** *de los pequeños peligros que le acechan, bajo la mirada bondadosa y enérgica de Ernesto Jaacks-Ballester... como testimonio de admiración y cariño".*

Leer el reconocimiento a nuestra labor cotidiana, que nos enaltece por ser expresada por el eminente colega, nos alienta a seguir con la misma, cumpliendo en silencio, sin interrupción y embanderados incondicionalmente con los ideales de los "padres fundadores". Por todo ello y como homenaje de esta oficina y como nuestro testimonio de "admiración y cariño" hemos decidido dedicar con todo afecto el presente número de la Revista, a nuestro querido profesor ÁNGEL MARTÍNEZ SARRION.-

Not. Agueda L. Crespo

Presidenta de ONPI

SUMARIO

Doctrina P. 25

1 ENTREVISTA A NOT. DRA. CRISTINA N. ARMELLA, PRESIDENTA DE LA UINL (ES) (FR) — P 23
SEMANA JURÍDICO NOTARIAL E INMOBILIARIA N ° 10 MARZO 2021 - © LEXISNEXIS SA



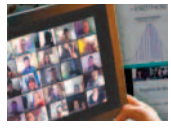
2 LAS MUJERES NOTARIAS, EJEMPLO DE VALORES ÉTICOS, IGUALDAD Y SOLIDARIDAD (ES) — P 28
NOTA PUBLICADA EN "LA NACIÓN" A LA PRESIDENTA DE LA UINL, CRISTINA N. ARMELLA



3 DECÁLOGO PARA LAS ESCRITURAS NOTARIALES ADISTANCIA (ES) (FR) (ING) — P 31
GRUPO DE TRABAJO NUEVAS TECNOLOGÍAS. PRESIDENTE CARLO ALBERTO MARCOZ



4 ACTE A DISTANCE DES PARTIES (FR) — P 47
"LE NOTAIRE À DISTANCE DES PARTIES": AVENIR OU PÉRIL POUR LE NOTARIAT?



5 LE NOTARIAT DU VIETNAM. TUAN DAO THANH, PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION DES NOTAIRES DU VIETNAM (FR) — P 51
LA SEMAINE JURIDIQUE - NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE - N° 24 - 18 JUIN 2021 - © LEXISNEXIS SA



6 LA NUEVA LEY AUSTRIACA SOBRE EL SUICIDIO ASISTIDO (ES) (FR) — P 54



SUMARIO

UINL

XVIII Jornada Notarial Iberoamericana P. 58

1 XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA 2021 (ES) — P 61
DISCURSO DE APERTURA/ BIENVENIDA DEL NOTARIO MANUEL PÉREZ CABALLER, EN SU CARÁCTER DE PRESIDENTE DEL COLEGIO DE NOTARIOS DE PUERTO RICO (ES)



2 PRINCIPIOS COMUNES QUE DEBEN REGIR EN LA FUNCIÓN JUDICIAL Y NOTARIAL PARA EL PLENO RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (ES) — P 64
HON. LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ, JUEZ ASOCIADO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO



3 PREMIO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA "PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA". ARGENTINA (ES) — P 78
SEBASTIÁN JUSTO COSOLA, JAVIER HERNÁN MOREYRA, KARINA VANESA SALIERNO, MARCELA VIVIANA SPINA Y OTILIA DEL CARMEN ZITO FONTÁN



4 ACTA DEL PREMIO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA "PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA" (ES) — P 252
ACTA DEL JURADO



5 PONENCIA: EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN EL ÁMBITO VIRTUAL. ESPAÑA (ES) — P 254
NOT. JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH



6 PONENCIA: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA VULNERABILIDAD Y LA FUNCIÓN NOTARIAL. URUGUAY (ES) — P 308
ESC. JUAN PABLO VILLAR DOMÍNGUEZ



7 PONENCIA: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO NOTARIAL. MÉXICO (ES) — P 378
AUTORES: DR. JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ, DR. RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ, DRA. ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES Y MTRO. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA



SUMARIO

UNM

Universidad del Notariado Mundial P. 615

1 PALABRAS DE BIENVENIDA DE LA PRESIDENTA (ES) P 616

2 DISCURSO DE APERTURA DE THIERRY VACHÓN (FR) P 622

3 WEBINAR CHRISTINE MORIN (FR) P 626

4 WEBINAR PROF. MICHEL GRIMALDI (FR) P 629

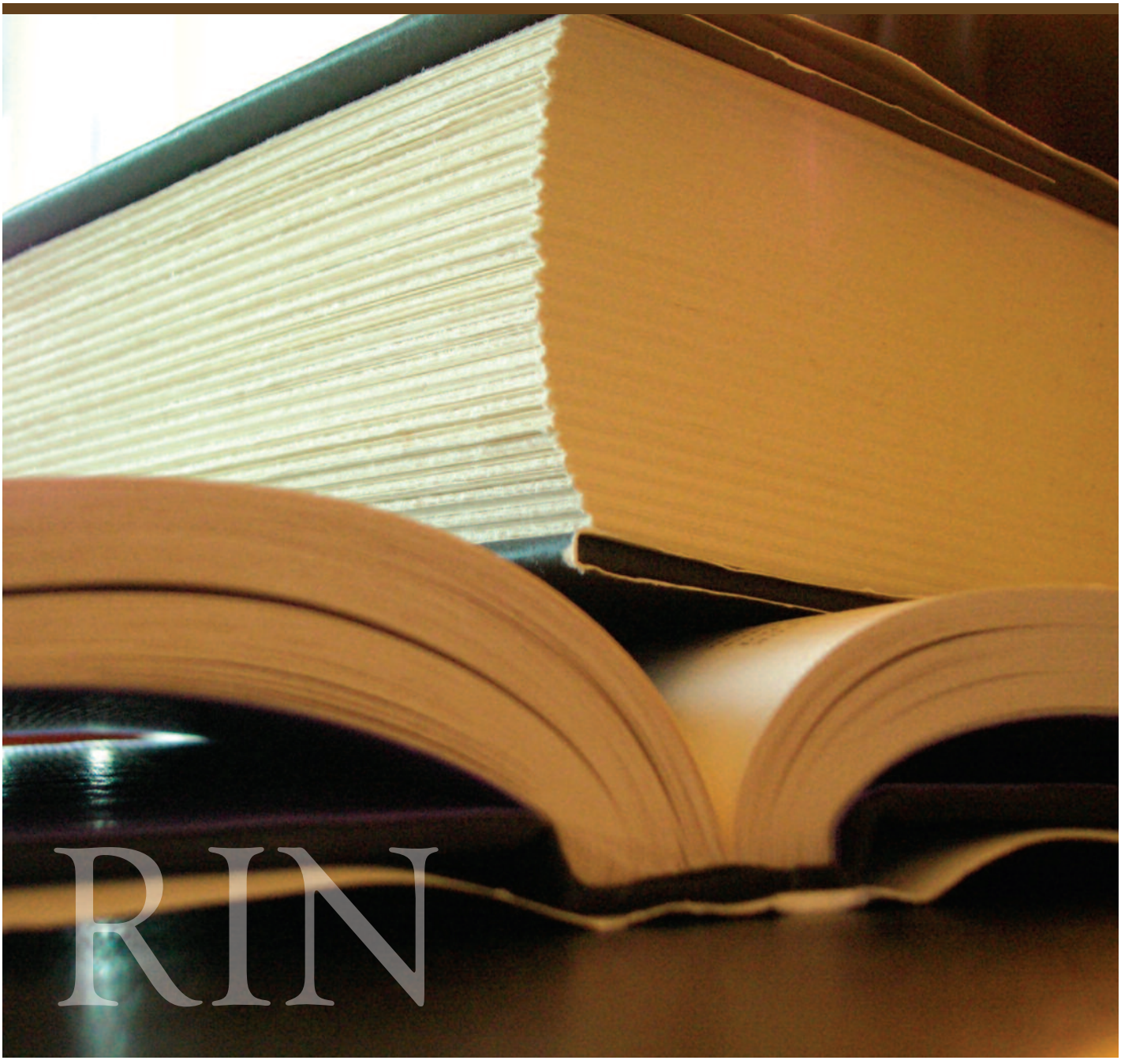
5 WEBINAR LUC WEYTS (ING) P 633

6 WEBINAR DE CLAUSURA DE CHRISTINE MORIN (FR) P 637

7 WEBINAR DE CLAUSURA DE JP DECORPS (FR) P 650

8 WEBINAR DE CLAUSURA DE LUC WEYTS (ING) P 653

Doctrina



UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

1

Entrevista

Cristina N. Armella - Presidenta de la UINL

PUBLICADA POR: LA SEMAINE JURIDIQUE - NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE - N° 10 - 12 MARS 2021 - © LEXISNEXIS SA





Cristina N. Armella

"Actualmente 22 mujeres presiden sus notariados nacionales"

El Día Internacional de la Mujer es la ocasión para Cristina N. Armella, Presidenta de la Unión Internacional del notario (UINL), para subrayar la evolución del acceso de las mujeres en la profesión notarial y en los cargos jerárquico.

Orgullosa de ser la primer mujer en presidir una organización internacional después de 72 años de existencia y 28 presidentes que la precedieron. Recuerda que el notariado es una de las profesiones que tiene el mayor número de mujeres, tanto a nivel profesional como a nivel gerencial.

1 ¿Cuál es su visión de la mujer notaria en el siglo XXI?

He ejercido la profesión de notaria durante casi 40 años, en los que experimenté la evolución del rol de las mujeres dentro del notariado. Los códigos civiles del siglo XIX no reconocían a la mujer casada la capacidad de ser testigo instrumental, esa es la razón y en particular en Argentina, por la que no podían ejercer el notariado.

Ha pasado mucho tiempo desde entonces y hoy podemos decir que esta función, que la realizaban solo los hombres, pasó a estar también en manos de las mujeres. El acceso a la educación y más concretamente a las carreras universitarias y de posgrado, así como un fuerte afán de superación y estudio han permitido a las mujeres acceder a la función notarial y demostrar en los concursos para el otorgamiento de títulos notariales,

condiciones más que suficientes para asumir esta responsabilidad. La integración de conocimientos, saber y práctica en el arte notarial lo ha hecho posible. Actualmente nos encontramos en una situación de absoluta igualdad entre hombres y mujeres en los 89 países que integran la Unión Internacional de Notarios, con iguales facultades otorgadas por la ley, que colocan a los notarios en pie de igualdad en las comunidades en las que aseguran el ejercicio de la fe pública y los gobiernos de los estados que envisten en este servicio público. Una característica de esta función es el ejercicio de los derechos de las personas en el marco de la legalidad y la consolidación de la seguridad jurídica y la paz social. Y no es solo retórica. Los notarios apoyan el desarrollo de la persona humana a lo largo de su vida, con las habilidades necesarias que hacen posible la consecución de estos objetivos. Pero las notarias añaden una especial sensibilidad a esta tarea.

2 ¿Qué lugar ocupan las mujeres en los órganos notariales y cuál es la evolución?

En principio, los notariados están estructurados como organismos nacionales que rigen las matrículas y supervisan el cumplimiento de las obligaciones funcionales. En la mayoría de los casos, estas organizaciones notariales estaban integradas por notarios varones. Tanto a nivel nacional como internacional, son los notarios varones los que han ocupado los primeros puestos en estos organismos notariales. Sin embargo, las notarias no permanecieron indiferentes y acompañaron silenciosamente el desarrollo de la vida colegiada, hasta hace unos 50 años, cuando comenzaron a ocupar cargos directivos con más contundencia. Anteriormente se dedicaban a tareas administrativas, investigadoras o docentes, pero poco a poco fueron ascendiendo a puestos directivos. La prueba es que dentro de nuestra Unión Internacional, luego de 72 años de existencia de la organización internacional y 28 presidentes sucesivos, fui elegida como la primer presidente. Y me enorgullece ser la primera mujer en 72 años de existencia de esta organización que asume el desafío de liderar la profesión notarial al estilo latino en los 5 continentes. Todavía queda un largo camino por recorrer en este sentido. Las mujeres deben desarrollar su liderazgo y sus notariados deben capacitarlas para alcanzar estos puestos de responsabilidad. Si bien el notariado es una de las profesiones jurídicas con mayor número de mujeres, tanto a nivel profesional como gerencial, en la actualidad hay 22 mujeres que presiden sus Notariados nacionales, y la tendencia va en aumento.

3 ¿Se están tomando acciones en ocasión del Día Internacional de la Mujer el 8 de marzo?

Durante el primer año de mi mandato, envié un saludo especial a todas las notarias del mundo en un contexto de actividad sin precedentes para la UINL. Pensé que era muy importante que la primer presidente estuviera presente en una fecha tan importante, para visibilizar una conmemoración internacional en la que todos participamos por igual. Este año, pretendo hacer lo mismo y lanzar una campaña de mujeres notarias que culminará el 8 de marzo de 2022. El período de la pandemia tuvo efectos indeseables, pero también nos dio la posibilidad de 'estar juntos a través del uso de la tecnología'. Su uso, y el período que vivimos, aún en aislamiento, nos dan la oportunidad de reflexionar sobre el papel de la mujer notaria en la vida profesional, la relación con sus compañeros, con la sociedad y con el propio Estado. El principio de igualdad no se ve reforzado por casos aislados, sino por comportamientos sostenibles. Y eso es lo que haremos.

Entrevista de Julia Orfanos

Cristina N. Armella

“Actuellement, 22 femmes président leur notariat national”

La Journée internationale des droits des femmes est l’occasion pour Cristina N. Armella, présidente de l’Union internationale du notariat (UINL), de souligner l’évolution de l’accès des femmes à la profession de notaire et dans les instances.

Fière d’être la première femme à présider une organisation internationale après 72 ans d’existence et 28 présidents qui se sont succédé, elle rappelle que le notariat est l’une des professions juridiques qui compte le plus grand nombre de femmes, tant au niveau professionnel qu’au niveau de la direction.

1. Quelle est votre vision de la femme notaire au XXIe siècle ?

J’ai exercé la fonction de notaire pendant près de 40 ans, j’ai donc pu vivre personnel lement une expérience très particulière qui a été l’évolution du rôle des femmes dans le notariat. Les codes civils du XIXe siècle ne re connaissaient même pas à la femme mariée la capacité d’être un témoin instrumentaire, c’est pourquoi les femmes, au début, et en particulier en Argentine, ne pouvaient pas exercer la fonction de notaire. Beaucoup de temps s’est écoulé depuis lors et nous pou vons affirmer aujourd’hui que cette fonction exercée uniquement par les hommes, est ensuite devenue une fonction également aux mains des femmes. L’accès à l’éducation et plus précisément aux carrières universitaires et postuniversitaires, ainsi qu’une forte volon té de s’améliorer et d’étudier ont permis aux femmes d’accéder à la fonction de notaire en démontrant dans les concours pour

l'octroi de titres de notaire, des conditions plus que suffisantes pour assumer cette responsabilité. L'intégration des connaissances, du savoir et de la pratique dans l'art notarial l'a rendu possible. Nous nous trouvons actuellement dans une situation d'égalité absolue entre les hommes et les femmes dans les 89 pays qui composent l'Union internationale du notariat, avec des pouvoirs égaux donnés par la loi, qui mettent les notaires sur un pied d'égalité dans les communautés dans lesquelles ils assurent l'exercice de la foi pu blique et les gouvernements des États qui les investissent de cette fonction publique. Une caractéristique de cette fonction est l'exer cice des droits des individus dans le cadre de la légalité et la consolidation de la sécurité juridique et de la paix sociale. Et ce n'est pas seulement de la rhétorique. Les notaires accompagnent le développement de la per sonne humaine tout au long de son parcours de vie, avec les compétences nécessaires qui permettent d'atteindre ces objectifs. Mais les notaires femmes ajoutent une sensibilité par ticulière à cette tâche.

2. Quelle place les femmes occupentelles dans les instances notariales et quelle est l'évolution ?

Les notariats sont en principe structurés par des organisations nationales qui régissent les certificats d'aptitude et supervisent l'accom plissement des obligations fonctionnelles. Dans la plupart des cas, ces organisations notariales étaient composées de notaires hommes. Tant au niveau national qu'interna tional, ce sont les notaires hommes qui ont occupé les premières places dans ces orga nisations notariales. Cependant, les notaires femmes ne sont pas restées indifférentes et ont accompagné silencieusement le déve loppement de la vie collégiale, jusqu'à il y a environ 50 ans, où elles ont commencé à occuper avec plus de force les postes de direction. Auparavant, elles se consacraient à des tâches de gestion, d'administration, de recherche ou d'enseignement, mais peu à peu, elles ont accédé à des fonctions de management. La preuve en est qu'au sein de notre Union internationale, après 72 ans d'existence de l'organisation internationale et 28 présidents qui se sont succédé, j'ai été élue comme première présidente. Et je suis fière d'être la première femme en 72 ans d'existence de cette organisation qui relève le défi de diriger la profession notariale de type latin sur les 5 continents. Il reste encore beaucoup de chemin à parcourir à cet égard. Les femmes doivent développer leur leader ship et leurs notariats doivent leur permettre d'atteindre ces postes de responsabilité. Même si le notariat est l'une des professions juridiques qui compte le plus grand nombre de femmes, tant au niveau professionnel qu'au niveau de la direction, il y a actuelle ment 22 femmes qui président leur Notariat national, et la tendance est à la hausse.

3. Des actions sont-elles menées à l'occasion de la Journée internationale des femmes du 8 mars ?

Durant la première année de mon mandat, j'ai adressé un message de salutation spécial à toutes les femmes notaires du monde dans un contexte d'activité sans précédent pour l'UINL. J'ai pensé qu'il était très important que la première présidente soit présente à une date aussi importante, pour rendre visible une commémoration internationale à laquelle nous participons tous à égalité. Cette année, je compte faire de même et lan cer à cette date une campagne de femmes notaires qui culminera le 8 mars 2022. La période de pandémie a eu des effets indé sirables, mais elle nous a aussi donné la pos sibilité d'être ensemble grâce à l'utilisation de la technologie. L'utilisation de celle-ci, et la période que nous vivons, encore en isole ment, nous donnent la possibilité de réfléchir sur le rôle de la femme notaire au sein de la vie professionnelle, le rapport avec ses collègues, avec la société et avec l'État lui-même. Le principe d'égalité ne se renforce pas par des cas isolés, mais par des comportements durables. Et c'est ce que nous ferons.

Propos recueillis par Julia Orfanos

2



LAS MUJERES NOTARIAS, EJEMPLO DE VALORES ÉTICOS, IGUALDAD Y SOLIDARIDAD

NOTA PUBLICADA EN "LA NACIÓN" A LA PRESIDENTA DE LA UINL, CRISTINA N. ARMELLA. 18 DE MARZO DE 2021

https://www.lanacion.com.ar/opinion/las-mujeres-notarias-ejemplo-de-valores-eticos-igualdad-y-solidaridad-nid18032021/

Las mujeres notarias, ejemplo de valores éticos, igualdad y solidaridad

NOTA EN "LA NACIÓN" A LA PRESIDENTA DE LA UINL, CRISTINA N. ARMELLA

A partir de la creación en la organización internacional del notariado de un ámbito virtual de diálogo y reflexión, se convocó a las mujeres líderes de la profesión para analizar su rol de las notarias en el siglo XXI y más especialmente de las vivencias recogidas en pandemia y post-pandemia. Buscamos –a través de esta organización integrada por 89 países, en cinco continentes, con diferencias étnicas, de credos, culturales, sociales, económicas y gubernamentales- poner de relieve un común denominador: el ejercicio de la **función pública notarial de tipo latina.**

En ese marco, miles de notarios y notarias abastecen los requerimientos de dos terceras partes de la población mundial, siendo custodios de la **justicia preventiva, la seguridad jurídica y el ejercicio de los derechos en normalidad.** El proyecto, de carácter inédito para la institución, abarcará un temario de estricta actualidad, posicionado en la lucha de las mujeres durante más de un siglo en pos del reconocimiento de sus derechos, que se proyectará en beneficio de las generaciones venideras. Las conclusiones del foro serán expuestas el 8 de marzo del año próximo.

En ese sentido, estoy convencida de que las mujeres notarias deben constituirse como ejemplo de valores personales, éticos y morales, como también de los valores de la igualdad, la solidaridad y el bien común, que deben primar en toda sociedad jurídicamente organizada. La Unión, que reconoce su origen en el I Congreso del Notariado Latino realizado en Buenos Aires en 1948, luego de 72 años de existencia, está por primera vez dirigida por una mujer. Las diferentes áreas de interés (políticas, económicas y de capacitación) se desarrollan a través del trabajo cotidiano de cuatro comisiones continentales, algunas intercontinentales y por grupos de trabajo, todas integradas por notarios y notarias expertos en cada una de ellas, propuestos por los notariados miembros. Esta organización internacional mantiene estrechas relaciones con otras organizaciones internacionales como **Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, GAFI, GAFILAT, Banco Mundial y el G20**, entre muchas otras.

Las mujeres notarias deben consti tuirse como ejemplo de valores perso nales, éticos y morales, como también de los valores de la igualdad, la solidaridad y el bien común.

En febrero se reeditaron exitosamente las vinculaciones con la **Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)**, quienes han diseñado un proyecto de trabajo en común. Todos los países integrantes de ALADI tienen notariados integrantes de la UINL. Ello crea un escenario absolutamente auspicioso para colaborar en temas de facilitación de comercio internacional desde el punto de vista notarial. La utilización de herramientas tecnológicas, la creación de sociedades comerciales *online* con participación notarial, la apostilla digital, capacitación virtual de pymes en temas comerciales y legales y la utilización de plataformas digitales que garanticen veracidad de la información al inversor extranjero, especialmente al inversor de Asia en la región, donde la UINL cuenta entre sus miembros a los notariados de China, Corea, Indonesia, Japón, Mongolia, Rusia y Vietnam. Por último, se está analizando técnicamente la categorización de la UINL como "Observador" de la ALADI, como ya lo es de otros organismos internacionales. Así, la ponderación de las cuantiosas iniciativas de la Unión Internacional del Notariado buscará promover el empoderamiento de la actividad con el fin último de mejorar la organicidad de la sociedad jurídica a escala global.

Presidenta de la Unión Internacional del Notariado
Cristina N. Armella

3

DECÁLOGO PARA LAS ESCRITURAS NOTARIALES A DISTANCIA



GRUPO DE TRABAJO NUEVAS TECNOLOGÍAS
PRESIDENTE CARLO ALBERTO MARCOZ

TEXTO APROBADO POR EL CONSEJO DE DIRECCION EL 26 DE FEBRERO DE 2021

Decálogo para las escrituras notariales con "comparecencia en linea"

Grupos de Trabajo Acto Auténtico y Nuevas Tecnologías
Presidente GT Nuevas Tecnologías: Carlo Alberto MARCOZ
Presidente GT Acto Auténtico: Enrique BRANCOS

APROBADO POR LA ASAMBLEA DE NOTARIADOS MIEMBROS DEL 3 DE DICIEMBRE 2021

PREÁMBULO

Las nuevas tecnologías forman parte integrante de la actividad notarial desde hace muchos años, en particular en las actuaciones preliminares y posteriores, en la comunicación con los servicios públicos y en la conservación de los archivos.

La pandemia de Covid-19 y el desarrollo mundial de las tecnologías de la información han acelerado el uso de los medios tecnológicos en casi todos los ámbitos; por ello, los notariados de todo el mundo se han visto obligados a encontrar soluciones para garantizar el ejercicio de la función en el respeto de los principios fundamentales.

Estas directrices complementan los principios generales de la Unión Internacional del Notariado en lo que respecta a las nuevas tecnologías, en particular en lo que se refiere al ejercicio de la función notarial y al acto auténtico en un entorno virtual.

En particular el decálogo se refiere al otorgamiento de escrituras notariales bajo el concepto de "comparecencia en línea" de los requirentes ante notario. Con esta expresión se viene a significar que la identificación y la prestación del consentimiento en un momento determinado en el tiempo a través de medios tecnológicos adecuados puede equivaler a la personación ante el Notario cuando éste no alberga dudas sobre la identidad del compareciente y el momento de prestación del consentimiento, pudiendo dar fe de ambos extremos.

Tienen por objeto su aplicación a todos los Notariados miembros de la UINL, cualquiera que sea su nivel de avance y desarrollo en materia digital, para consolidar los principios de confianza y seguridad jurídica en la función pública notarial.

Identificación de las partes por el notario

1) Cualquier sistema de identificación digital que se utilice, debe coexistir con el juicio directo y personal por parte del notario de la identidad o identificación del compareciente /requirente conforme su legislación de fondo. La ejecución con "comparecencia en línea"

también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional.

La constante evolución de la tecnología debe apoyar al notario en su proceso cognitivo de identificación de los comparecientes, con una función complementaria: se puede pensar en el uso de documentos de identidad electrónicos o en el acceso a una base de datos oficial.

En la apreciación de sus datos personales digitalizados o digitales para identificar a su titular, el notario puede recurrir a ellos como un elemento más para formar convicción, pero nunca el único.

Deben respetarse las normas más exigentes en relación a la representación y los poderes. De otro modo, las reglas relativas a la verificación de la identidad y a la declaración de voluntad pueden ser incumplidas. Presentar un poder en soporte papel en el transcurso de una videoconferencia no puede ser considerado suficiente en ningún caso. Por el contrario, el poder debe transmitirse en forma digital y responder a las normas más estrictas en materia de verificación de la identidad y del consentimiento del mandante. Por otra parte, hay que asegurarse de que el poder conserva su vigencia y validez en el momento de la realización de la transacción jurídica.

2) El notario debe seguir siendo el único responsable de la identificación de las partes, incluso si decide proceder con el apoyo de instrumentos digitales. También debe tener la facultad de elegir los instrumentos que utiliza para confirmar la identificación de las partes, ya sea su conocimiento personal o los medios digitales de identificación en el marco que establezca el legislador competente.

Control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos

3) Debe utilizarse una plataforma informática suministrada por el Estado o aprobada por la institución notarial para la conexión con las partes y la gestión de la sesión en línea. La plataforma ha de permitir la confidencialidad de los intercambios personales, así como una interacción segura y clara. Debe respetar de manera estricta el secreto profesional y todas las normas de protección de datos personales, en particular lo referido a la transferencia transfronteriza de datos sensibles.

4) En consideración de la función pública que desempeña el notario al extender un instrumento auténtico, la plataforma utilizada debe ser pública y de no ser posible, la utilización de plataformas privadas debe evaluarse con sumo cuidado, en particular en lo que respecta a la seguridad de la transmisión de información sensible y la gestión segura de la conferencia.

5) La plataforma debe, de ser posible, y para garantizar el control de la legalidad y de los datos sensibles, ser administrada o controlada directamente por el notariado o predispuesta expresamente para este fin.

6) Debe otorgarse al notario la facultad de decidir si rechaza la redacción a distancia de la escritura en todo caso de duda. Es fundamental subrayar la importancia de celebrar consultas preliminares y audiencias preliminares virtuales, como así también de analizar los documentos originales virtuales recibidos para la preparación de la escritura y de todos los elementos a disposición del notario.

Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial

7) Hay que considerar atentamente el impacto que la introducción de la escritura con "comparecencia en línea" puede tener en las normas que rigen la competencia territorial de los notarios, en los casos en que existan. Dado que el ciberespacio no tiene fronteras, se pueden considerar nuevos factores de vinculación para la videoconferencia o para todo otro medio técnico electrónico basados, por ejemplo, en la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato.

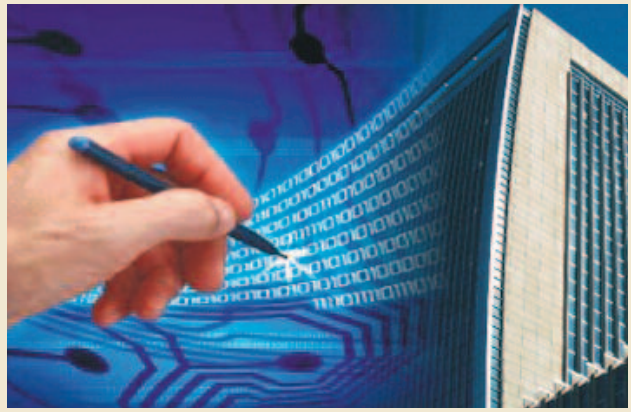
Conviene que los notarios que estén más familiarizados

con el derecho aplicable y los requisitos locales y tenga mejor acceso a las demás autoridades implicadas sean los directamente responsables de los actos otorgados con “comparecencia en línea”. Si bien esta exigencia no se impone para los actos auténticos en soporte papel, tiene mayor sentido en la “comparecencia en línea” puesto que el otorgante no tiene necesidad de desplazarse al despacho del notario considerado más idóneo. Esto vale tanto para negocios inmobiliarios como para los societarios.

Se puede considerar que es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia dentro de un concepto "ampliado": el lugar de ejecución de la escritura notarial es el lugar donde se encuentra la oficina notarial, siempre dentro de los límites territoriales asignados por la ley, a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial. No sólo es necesaria la seguridad en la identificación de la persona sino también la fijación exacta del momento de perfección del acto o negocio jurídico en el tiempo.
Es preciso determinar de manera incontestable el instante preciso en que la relación jurídica y las declaraciones vinculantes de las partes, han sido emitidas y han quedado, sin equívoco, unidas las unas a las otras.
La relación jurídica quedará “cerrada” en el momento en que el notario autoriza el documento mediante su firma electrónica. El acto o negocio jurídico se entenderá celebrado en el lugar de radicación del notario

8) Evaluar la posibilidad, para las escrituras con "comparecencia en línea", de permitir el acceso a todos los ciudadanos, especialmente a favor de los usuarios que viven en el extranjero, bajo las mismas condiciones que los residentes. La legislación nacional debe determinar en sus normas de derecho internacional privado los factores di vinculación para determinar la validez del acto con "comparecencia en línea" sometido a su sistema jurídico cuando las partes se encuentran fuera del país.

Además, es importante evaluar la posibilidad de incorporar disposiciones legislativas relativa a los instrumentos tecnológicos nacionales y transfronterizos que permitan la comunicación entre las diferentes plataformas notariales digitales, (por ejemplo, para el uso transfronterizo de los medios de identificación nacionales),



para la aceptación de los actos digitales, su circulación y ejecución, y de conocer las diferentes normativas de aceptación y reconocimiento por parte del legislador competente.

En este ámbito, se puede considerar la diferencia entre los actos auténticos digitales que, por su naturaleza o uso, están destinados a la circulación (como los poderes) y los actos auténticos digitales que deben ser extendidos por un notario designado en el Estado en el que se utiliza el acto (por ejemplo, en el ámbito del derecho inmobiliario y de sociedades).

Firma de la escritura

9) Debe desarrollarse un sistema que sea fiable pero también fácil de usar para todos. Los países que ya están familiarizados con la redacción de escrituras en soporte electrónico pueden adaptar su sistema con la introducción de una firma electrónica para los usuarios del más alto nivel de seguridad que se encuentre reconocida en el ordenamiento jurídico del notario que expide el documento que también puede ser emitida puntual y directamente por el notario.

En los países en los que aún no se han previsto escrituras en soporte digital, se puede considerar que el documento sea firmado por el notario, quien, tras haber obtenido expresamente la declaración de consentimiento de las partes, transcribirá sus dichos en el documento notarial y en este caso, siempre que sea posible, al menos una de las partes debería comparecer ante notario.

Se puede plantear un acto con notarios presentes con cada una de las partes, que reciban sus declaraciones, a condición de que todas las legislaciones nacionales implicadas en el negocio jurídico lo permitan expresamente.

También se puede disponer que sea el propio notario quien se encargue de proporcionar la firma digital a las partes que requieran sus servicios.

En la esfera digital a veces se puede hacer difícil la distinción entre los borradores y textos preliminares del documento definitivo. A veces incluso cabe dudar sobre si hay consentimientos que puedan entenderse prestados al admitir parcialmente el documento proyectado. Es importante establecer medios que permitan distinguir claramente los tratos preliminares del documento definitivo de tal forma que el acto o negocio sólo se entienda perfeccionado en el momento en que, redactado el texto final, coincidan todas las voluntades, punto que hoy se concreta con toda certeza en la unidad de acto.

Es esencial en orden a la seguridad jurídica poder identificar claramente el documento final jurídicamente vinculante, el único que será suscrito válidamente por las partes y el notario.

Limitación a determinadas categorías de escrituras

10) Considerar la posibilidad de limitar la utilización de los sistemas de "comparecencia en línea" a las escrituras que, por su carácter unilateral o su carácter asociativo, no presenten intereses opuestos (en particular los poderes y los actos constitutivos o modificatorios de asociaciones o sociedades).

Se aconseja excluir de este método los testamentos y pactos sucesorios. El notario podrá exigir la presencia física, excluyendo la "comparecencia en línea", cuando a su juicio lo requiera la complejidad del acto o negocio jurídico que se pretende otorgar.

Ello no impide que los estudios en la materia avancen hacia la posibilidad de autorizar bajo la modalidad de escritura pública virtual todo tipo de negocios jurídicos, en el respeto de los demás principios mencionados anteriormente, cuando las herramientas tecnológicas lo permitan, sin límite alguno en función de la naturaleza del acto y/o del número de participantes en el mismo.

CONCLUSIÓN

El notario debe ser el punto central de la audiencia notarial virtual con "comparecencia en línea".

Las herramientas tecnológicas no pueden sustituir, sino que deben equilibrar y sustentar su responsabilidad en el control de la legalidad y de la seguridad jurídica, que va mucho más allá de la mera seguridad tecnológica.

La tecnología debe ser una herramienta al servicio del notario en el cumplimento de sus obligaciones en el ejercicio de la función pública notarial, al identificar al requirente, calificar su capacidad y discernimiento y controlar la ausencia de vicios del consentimiento y legitimarlo en su accionar.

En definitiva, es el notario el que debe responder personalmente por su conducta que debe ajustarse a la ley que lo rige y a los principios y fundamentos del notariado latino.

La escritura notarial con "comparecencia en línea" lleva a reinterpretar el principio de inmediación en la comparecencia y a cambiar las formas de contacto de las partes con el notario interviniente. Lo importante no es la presencia física ante el notario, sino la comparecencia directa con el notario que es responsable de la autenticación, aunque sea a través de una plataforma tecnológica.

La escritura pública configurada por medios digitales no modifica en nada las calidades de la escritura pú-

blica en soporte papel. Solo es una modalidad distinta que permite la comunicación con los requirentes / comparecientes a distancia.

El uso de las nuevas tecnologías en la actividad notarial se basa en tres pilares fundamentales:

LA INVERSIÓN: en sistemas tecnológicos avanzados con un alto nivel de seguridad;

LA CAPACITACIÓN: de los notarios, por un lado, y de los usuarios, por el otro para permitir una amplia difusión del uso de instrumentos digitales.
Es preciso promover la capacitación permanente para que los notarios alcancen competencias digitales y puedan utilizar las nuevas tecnologías de forma eficaz y con el respeto de la seguridad jurídica;

LA LEGISLACIÓN: Los ordenamientos jurídicos locales deben legislar acerca del documento notarial digital, su creación, alcances y efectos. Todas las leyes que rigen la forma del acto jurídico en el derecho interno y en el derecho comparado deben considerar esta nueva posibilidad tecnológica y reconocer su valor y efectos.

El Notariado deberá estar atento a los recientes avances en materia de almacenamiento de datos en soporte óptico dado que su desarrollo supondrá una capacidad de almacenaje y una permanencia de la información prácticamente ilimitados en su volumen y en tiempo de duración, lo que a buen seguro potenciará el documento notarial, especialmente el redactado en soporte electrónico.

Decalogue sur les actes a distance

Groupe de Travail Acte Authentique et Nouvelles Technologies
Président GT Nouvelles Technologies
Président GT Acte Authentique Enrique BRANCOS

APPROUVÉ PAR L'ASSEMBLÉE DES NOTARIATS MEMBRES DU 3 DÉC. 2021

PRÉAMBULE

Les nouvelles technologies font partie intégrante de l'activité notariale depuis de nombreuses années, notamment dans le cadre des actions préalables et postérieures, de la communication avec les services publics ou encore de la conservation des archives.

La pandémie de Covid-19 et le développement mondial des technologies de l'information ont accéléré l'utilisation des moyens technologiques presque dans tous les domaines ; c'est ainsi que aussi les notariats du monde entier ont été sollicités à trouver des solutions pour assurer l'exercice de la profession dans le respect des principes fondamentaux.

Ces lignes guides viennent compléter les principes généraux de l'Union Internationale du Notariat en matière de nouvelles technologies, et plus particulièrement concernant l'exercice de la fonction notariale et l'acte authentique dans un contexte virtuel.

En particulier le décalogue est relatif à la conclusion d'actes authentiques avec "comparution en ligne" des clients face au notaire. Par cette expression, on entend que l'identification et le consentement donnés à un moment précis par des moyens technologiques appropriés peuvent être équivalents à la comparution physique devant le Notaire, lorsque ce dernier n'a aucun doute quant à l'identité du comparant et quant au moment où il donne son consentement, et peut attester des deux.

Elles ont vocation à s'appliquer à tous les Notariats membres de l'UINL, quel que soit leur degré d'avancée et de développement en matière digitale, pour consolider les principes de confiance et de sécurité juridique dans la fonction publique notariale.

Identification des parties par le notaire

1) Tout système d'identification numérique utilisé doit coexister avec le jugement direct et personnel du notaire sur l'identité ou l'identification du comparant/demandeur conformément à son droit matériel.

L'exécution avec "comparution en ligne" doit également permettre au notaire d'effectuer, avec les moyens

appropriés, le contrôle de capacité et les autres contrôles requis par son droit national.

L'évolution constante des technologies doit supporter le notaire en son processus cognitif d'identification des comparants, avec une fonction complémentaire : on peut penser à l'utilisation des pièces d'identité électroniques ou à l'accès à une base de données officielles. Dans l'évaluation des données personnelles digitalisées ou numériques pour identifier le titulaire, le notaire peut recourir à ces données comme à un élément de plus pour former sa conviction, mais jamais le seul.

Les règles plus strictes en matière de représentation et de procurations doivent aussi être respectées. Autrement, les règles concernant la vérification de l'identité et la déclaration d'intention peuvent être insatisfaites. La présentation d'une procuration sur papier au cours d'une vidéoconférence ne peut en aucun cas être considérée comme suffisante : au contraire, la procuration doit être transmise sous forme numérique et répondre aux normes les plus strictes en matière de vérification de l'identité et du consentement du mandant. En outre, il faut s'assurer que la procuration reste valide et en vigueur lors de la réalisation de la transaction juridique.

2) Le notaire doit rester le seul responsable de l'identification des parties, même s'il décide de procéder avec l'aide d'instruments numériques. Il doit d'ailleurs pouvoir choisir les outils qu'il utilise pour valider l'identification des parties, qu'il s'agisse de sa connaissance personnelle des parties ou de moyens d'identification digitaux dans le cadre fixé par le législateur concerné.

Contrôle de la libre expression de la volonté des parties et sureté des transmissions des données

3) Une plateforme informatique fournie par l'État ou approuvée par l'institution notariale doit être utilisée pour l'interaction en ligne avec les parties. La plateforme doit assurer la confidentialité des échanges personnels, ainsi qu'une interaction sure et claire. Elle doit respecter le secret professionnel et toutes les normes de protection des données de manière stricte, notamment en ce qui concerne le transfert transfrontalier de données sensibles.

4) Considérant la fonction publique qu'exerce le notaire lorsqu'il rédige un acte authentique, la plateforme utilisée doit être publique et, si cela n'est pas possible, l'utilisation de plateformes privées doit être évaluée avec très grande attention, en particulier pour ce qui concerne la sureté de la transmission des informations sensibles et de la gestion sécurisée de la conférence.

5) Pour garantir le contrôle de légalité et des données sensibles, la plateforme devrait, si possible, être gérée ou contrôlée directement par le notariat ou prédisposée expressément à ce but.

6) Il faut octroyer au notaire la faculté de décider de refuser la rédaction de l'acte à distance en tout cas de doute. Il est essentiel de souligner l'importance des consultations préliminaires et des colloques préalables virtuels, de l'analyse des documents originaux reçus virtuellement pour la préparation de l'acte et de tous les éléments à disposition du notaire.

Compatibilité du système avec la compétence territoriale

7) Il faut bien considérer l'impact que l'introduction de l'acte avec "comparution en ligne" peut avoir sur les règles qui disciplinent la compétence territoriale des notaires, où elles existent. Comme le cyberespace n'a pas de frontière, on peut considérer de nouveaux facteurs de rattachement pour la visio-conférence ou pour tout autre moyen technique électronique basés, par exemple, sur la résidence ou la nationalité des parties ou sur le lieu où se trouve le bien objet du contrat.

On peut considérer que les notaires qui connaissent le mieux la loi applicable et les exigences locales et qui ont un meilleur accès aux autres autorités concernées soient directement responsables des actes conclus avec "comparution ligne". Bien que cette exigence ne s'applique pas aux actes authentiques avec comparution physique,

elle peut être plus logique dans le cas de la comparution en ligne, puisque le requérant n'a pas besoin de se déplacer à l'office du notaire considéré comme le plus approprié. Ce critère peut s'appliquer aussi bien aux transactions immobilières qu'aux transactions de sociétés.

On peut aussi considérer que c'est le notaire lui-même qui doit être dans le territoire de sa compétence dans un concept d'office notarial "augmenté" : le lieu d'exécution de l'acte notarié est le lieu de l'office notarial, toujours dans les limites territoriales assignées par la loi, malgré la géolocalisation factuelle des parties de l'acte notarié. Il est nécessaire non seulement d'être certain de l'identification de la personne mais aussi d'établir le moment exact de la perfection de l'acte ou de la transaction juridique dans le temps. Il faut déterminer de façon incontestable le moment précis et le lieu où les déclarations contraignantes des parties ont été faites et sont devenues sans équivoque liées les unes aux autres. Le rapport juridique se cristallise lorsque le notaire autorise l'acte au moyen de sa signature électronique. L'acte juridique pourrait donc être considéré comme ayant été conclu au siège de l'office du notaire.

8) Évaluer la possibilité, pour les actes avec "comparution en ligne", de permettre l'accès à tous les citoyens, notamment en faveur des clients qui demeurent à l'étranger, aux mêmes conditions que les résidents. La loi nationale doit déterminer dans ses règles de droit international privé les facteurs de rattachement pour déterminer la validité de l'acte avec "comparution en ligne" soumis à son système juridique quand les parties sont hors du pays.

Il est cependant important d'évaluer la possibilité d'incorporer des dispositions législatives concernant des instruments technologiques nationaux et transfrontaliers qui permettent la communication entre les différentes plateformes notariales digitales (par exemple pour l'utilisation transfrontalière des moyens d'identification nationaux), pour l'acceptation des actes digitaux, leur circulation et exécution.

En outre, il est important de considérer la différence entre les actes authentiques numériques qui, pour leur nature ou leur utilisation, sont destinés à la circulation (tels que les procurations) et les actes authentiques numériques qui doivent être établis par un notaire nommé dans l'État où l'acte est utilisé (par exemple dans le domaine du droit immobilier et du droit des sociétés) et de connaître les différentes réglementations relatives à l'acceptation et à la reconnaissance des actes établies par le législateur concerné.



Signature de l'acte

9) Il faut réaliser un système qui soit fiable mais aussi facile à utiliser pour tous. Les Pays qui connaissent déjà la rédaction des actes sur support électronique, peuvent adapter leur système avec l'introduction d'une signature électronique pour les clients du plus haut niveau de sécurité reconnu par le système juridique du notaire instrumentant, qui peut aussi être délivrée à l'occasion et directement par le notaire.

Dans les Pays où les actes en forme digitale ne sont pas encore prévus, on peut considérer que l'acte soit signé par le notaire, après qu'il a expressément obtenu la déclaration de consentement des parties dont il fera mention dans l'acte, avec, si possible, prévision dans ce cas qu'une des parties au moins soit présente physiquement devant le notaire.

Il est possible d'envisager un acte avec des notaires présents auprès de chacune des parties, qui reçoivent

leurs déclarations, à condition que toutes les lois nationales impliquées dans l'opération juridique le permettent expressément.

On peut aussi prévoir que c'est le notaire lui-même qui est chargé de fournir la signature digitale aux parties qui font appel à ses services.

Dans la sphère numérique, il est parfois difficile de distinguer les brouillons et les ébauches de textes du document final. Parfois, il peut même être douteux que des consentements puissent être considérés comme ayant été donnés lorsque le projet de document est partiellement accepté. Il est important de mettre en place des moyens permettant de distinguer clairement le projet du document définitif, de telle sorte que l'acte ou la transaction ne soit considéré comme parfait que lorsque, une fois le texte définitif rédigé, toutes les volontés s'accordent, ce qui aujourd'hui se consacre avec certitude par l'unité de l'acte. Il est essentiel pour la sécurité juridique de pouvoir identifier clairement le document final juridiquement contraignant, le seul qui sera signé validement par les parties et le notaire.

Limitation à certaines catégories d'actes

10) Considérer la possibilité de limiter l'utilisation de systèmes de "comparution en ligne" aux actes qui, par leur nature unilatérale ou leur caractère associatif ne présentent pas opposition d'intérêts (en particulier procurations et actes constitutifs ou modificatifs d'associations ou sociétés).

Il est conseillé d'exclure de cette procédure les testaments et les pactes successoraux. Le notaire pourra exiger la présence physique, en excluant la comparution en ligne lorsque, à son jugement, la complexité de l'acte ou de la transaction juridique à passer le requière.

Cela n'empêche pas les études dans ce domaine d'avancer vers la possibilité d'autoriser, dans le cadre de la modalité de l'acte public virtuel, tous les types de transactions juridiques, dans le respect des autres principes mentionnés ci-dessus, lorsque les outils technologiques le permettent, sans aucune limite dépendant de la nature de l'acte et/ou du nombre de participants à celui-ci.

CONCLUSION

Le notaire doit être au centre de la réalisation de l'acte virtuel avec "comparution en ligne".

Les outils technologiques ne peuvent pas substituer, mais doivent équilibrer et supporter sa responsabilité en matière de contrôle de légalité et de sécurité juridique, qui vont bien au-delà de la simple sécurité technologique.

La technologie doit être un outil au service du notaire dans l'accomplissement de ses obligations dans l'exercice de la fonction publique notariale, avec l'identification du client, la vérification de sa capacité et de son discernement, le contrôle de l'absence de vices de consentement et la légitimation de ses actes. En bref, c'est le notaire qui doit répondre personnellement de sa conduite, qui doit être conforme à la loi qui la régit et aux principes et fondements du notariat latin.

L'acte avec "comparution en ligne" nous amène à réinterpréter le principe de comparution et à faire évoluer les formes de contact des parties avec le service notarial. L'important n'est pas la présence physique devant le notaire, mais la comparution directe avec le notaire qui est responsable de l'authentification même si c'est par le biais d'une plateforme technologique.

L'acte public rédigé par voie numérique ne modifie absolument les qualités de l'acte public sur papier. Ce n'est qu'une autre modalité qui permet de communiquer à distance avec les demandeurs/participants.

L'utilisation des nouvelles technologies dans l'activité notariales repose sur trois piliers fondamentaux:

L'INVESTISSEMENT: dans des systèmes technologiques de pointe bénéficiant de haut niveau de sécurité.

LA FORMATION: des notaires, d'une part, et des usagers d'autre part pour permettre une large diffusion de l'utilisation des instruments digitaux.

La formation continue doit être encouragée afin que les notaires acquièrent des compétences numériques et puissent utiliser les nouvelles technologies de manière efficace et dans le respect de la sécurité juridique.

LA LÉGISLATION: les systèmes juridiques locaux devraient légiférer sur l'acte notarié numérique, sa création, sa portée et ses effets. Toutes les lois régissant la forme de l'acte juridique en droit interne et en droit comparé doivent tenir compte de cette nouvelle possibilité technologique et reconnaître sa valeur et ses effets.

Le notariat doit être attentif aux récentes avancées dans le domaine du stockage de données sur supports optiques, étant donné que leur développement signifiera une capacité de stockage pratiquement illimitée et une permanence de l'information en termes de volume et de durée, ce qui valorisera sans aucun doute l'acte notarié, notamment celui établi sur support électronique".

Decalogue for notarial deeds with "Online appearance"

Working Groups Authentic Act and New Technologies
President of the New Technologies WG Carlo Alberto MARCOZ
President of the Acte Authentique WG Enrique BRANCOS

GUIDANCE ON NOTARIAL AUTHENTICATION WITH ONLINE APPEARANCE

PREAMBLE

New technologies have been an integral feature of notarial practice for many years, particularly in the context of procedures which precede or follow the notarial act itself, communication with public bodies and record-keeping.

The Covid-19 pandemic and global developments in information technologies have accelerated the use of those technologies in almost all fields; for these reasons, notariats all over the world have needed to develop solutions enabling the profession to operate in this new environment without sacrificing, however, the fundamental principles of notarial practice.

These guidelines seek to complement the general principles of the International Union of Notaries with regard to new technologies, with specific focus on the exercise of the notarial function and the drawing-up of authentic instruments in a virtual context.

In particular, the Guidelines relates to the execution of authentic instruments with the "online appearance" of the clients before the notary. By this expression it is meant that identification and consent given at a specific time by appropriate technological means can be equivalent to physical appearance before the notary, when the latter has no doubt about the identity of the person appearing and about the time when s/he gives her/his consent, and can attest to both.

The guidance is intended to apply to all UINL Member Notariats, irrespective of their level of progress and development in the digital arena, in order to reinforce trust in the public notarial function and the legal certainty, which it provides.

Identification of the parties by the notary

1) Whatever digital identification system is employed, it must not operate to the exclusion of the notary's direct and personal verification of the appearer's identity in accordance with the notary's national law. Furthermore, execution with "online appearance" must not prevent the notary carrying out, by appropriate means, the verification of capacity and other verifications required by his national law.

The constant developments in technology should be a complementary means of assisting the notary in the cognitive process of identifying the parties, for example through the use of electronic identity documents or access to official databases.

In the assessment of the personal data needed to identify the holder, the notary may use digital data as an additional element on which to base his conviction, but never as the only element.

The stricter rules on representation and powers of attorney must also be respected. Otherwise, the rules on verification of identity and declaration of intent may not be met. The presentation of a paper power of attorney during a videoconference can in no way be considered sufficient: on the contrary, the power of attorney must be transmitted in digital form and meet the highest standards of verification of the identity and consent of the principal. Furthermore, it must be ensured that the power of attorney remains valid and in force when the legal transaction is carried out.

2) The notary must remain solely responsible for the identification of the parties, even if he decides to proceed with the aid of digital tools. Moreover, the notary must be able to select the tools used to verify the identity of the parties, whether through personal knowledge of the parties or through digital identification methods within the framework established by the competent legislator.

Verifying the free expression of the will of the parties and security of data transmission

3) An IT platform provided by the Government or approved by the notarial institution must be used for online interaction with the parties. The platform must ensure the confidentiality of personal exchanges, as well as secure and clear interaction. It must strictly comply with professional secrecy and all data protection standards, particularly with regard to the cross-border transfer of sensitive data.

4) In view of the public function performed by the notary when drawing up an authentic act, the platform used must be public and, where this is not possible, the use of private platforms must be evaluated with great care, especially with regard to the security of sensitive data transmission and the secure management of the videoconference.

5) Wherever possible, in order to ensure legal compliance and security of sensitive data, the platform should be managed or supervised directly by the notariat or established expressly for this purpose.

6) The notary must have power, where any doubt exists, to refuse to draw up a remote authentic instrument. It is essential to underline the importance, in drawing-up an authentic instrument, of preliminary online consultations and videoconferences as well as the analysis of original documents received in digital format and all other elements available to the notary.

Compliance of the system with rules of territorial competence

7) It is necessary to consider the impact that the introduction of the authentic instruments with "online appearance" may have on rules governing the territorial competence of notaries, where such rules exist. Since cyberspace has no borders, new connecting factors may need to be considered for videoconferencing or for any other electronic technology-based means of authentication, including, for example, the residence or nationality of the appearers or the location of the property that is the subject of the contract.

It may be considered that the notaries who are most familiar with the applicable law and local requirements and who have better access to other relevant authorities should be directly responsible for authentic instruments granted with "online appearance". Although this requirement does not apply to authentic instruments with physical appearance, it may make more sense in the case of online appearance, since the applicant does not need to travel to the office of the notary that is considered

to be most appropriate. This criterion can be applied to both real estate and corporate transactions.

The notary's area of competence might be expanded to encompass an "augmented" concept of the notarial office: in this scenario, the place of execution of the notarial instrument would be the place where the notary's office is located, provided it is within the territorial limits established by national law, irrespective of the physical geolocation of the parties to the notarial instrument. It is necessary not only to be certain of the identification of the person but also to establish the exact moment of completion of the act or legal transaction in time. The precise time and place at which the binding declarations of the parties were made and became unequivocally linked to each other must be determined without a doubt. The legal relationship crystallizes when the notary grants the act by means of her/his electronic signature. The legal transaction could therefore be regarded as having been granted at the notary's office.

8) In the case of authentic instruments with "online appearance", consideration may need to be given to affording access to all national citizens, without territorial restriction, especially for the benefit of clients living abroad, who would be granted access on the same conditions as residents. National rules of private international law should establish the connecting factors for determining the validity of r instruments with "online appearance" to which its law applies in cases where the parties are outside the jurisdiction.

However, it is also important to consider the need for the introduction of legislative provisions covering national and cross-border technological tools enabling communication between different digital notarial platforms (e.g. for cross-border use of national means of identification), the acceptance of digital acts, their circulation and execution.

Furthermore it is important to consider the difference between digital authentic instruments which, because of their nature or use, are intended for circulation (such as powers of attorney) and those digital authentic instruments which must be drawn up by a notary appointed in the jurisdiction where the instrument is used (e.g. in the field of real estate and company law) and to take account of different rules on acceptance and recognition established by the competent legislator.



Signature of authentic instruments

9) It is necessary to create a system that is reliable but also easy for everyone to use. Countries that are already familiar with the drawing-up of authentic instruments in digital form can adapt their system to enable electronic signatures for clients providing the highest level of security recognized by the jurisdiction of the authenticating notary, with the possibility for such signatures to be issued on occasion by the notary directly. In those countries where no provision has yet been made for digital instruments, consideration might be given to such instruments being signed by the notary alone after obtaining the express declaration of consent of the parties, such fact to be mentioned in the instrument, with, if possible, provision in this case for at least one of the parties to be physically present before the notary.

It is possible to envisage situations where an authentic act is drawn up by notaries in different jurisdictions, each receiving the declarations of the party appearing before him, always provided that both national laws involved in the transaction expressly so permit.

Provision might also be made for the officiating the notary himself to issue digital signatures to the parties requiring his services.

In the digital sphere, it is sometimes difficult to distinguish drafts from the final document. Sometimes it may even be questionable whether consents can be considered to have been given when the draft is partially accepted. It is important to put in place means to clearly distinguish the draft from the final document, so that the act or transaction is only considered to be complete when, once the final text has been drawn up, all the parties agree, which today is established with certainty by the unity of the document.

It is essential for legal certainty to be able to clearly identify the final legally binding document, the only one that will be validly signed by the parties and the notary.

Restriction on certain categories of authentic instruments

10) Consideration might be given to limiting the use of remote appearance systems to authentic instruments which, because of their unilateral or constitutive nature, do not give rise to conflict of interests (in particular powers of attorney and instruments forming associations or companies or amending the same).

It is advisable to exclude wills and inheritance agreements from this procedure. The notary may require physical presence, excluding online appearance when, in her/his judgement, the complexity of the act or legal transaction to be granted requires it.

This does not prevent further research in this field in order to explore the possibility of permitting, within the context of the remote notarial act, at such time when the technological tools so permit, all types of legal transactions which comply with the principles set out above without any restriction as to on the nature of the act and/or the number of parties.

CONCLUSION

The notary must be the central figure in theestablishment of the electronic authentic instrument with "online appearance".

Technological tools cannot substitute the notary's responsibility for ensuring the legality and legal security of the instrument, but must be a counterbalance and support for that responsibility which goes far beyond mere technological security.

Technology must be a tool at the service of the notary in performing the obligations incumbent in the exercise of the notarial public function, namely identifying the appearer, verifying his capacity and understanding as well as ensuring the absence of factors vitiating consent and the legitimacy of the instrument.

In short, it is the notary who is personally accountable for his conduct, which must comply with his national law and the founding principles of the Latin Notariat.

The authentic instrument with "online appearance" requires us to re-examine the principle of personal appearance and to develop other means of contact between the notary and appearing parties. What is important is not physical presence before the notary, but direct appearance before the officiating notary, even if such appearance is via a technological platform.

An authentic instrument drawn up digitally is of no lesser effect than a public instrument established on paper. It is simply another means of achieving the same outcome, but one that allows remote communication with the parties.

The use of new technologies in notarial practice relies on three fundamental pillars:

INVESTMENT: in state of the art technological systems offering a high level of security.

TRAINING: of both notaries and appearers to enable broad familiarisation with the use of digital instruments.

Continuing education in digital technology must be promoted in order to enable notaries to acquire digital skills and use new technologies efficiently and in a legally secure manner.

LEGISLATION: national legislation should make provision for digital notarial instruments, their creation, scope and effects. All laws governing the form of the authentic instrument in national and comparative law must take account of the possibilities offered by new technologies and recognise their value and effectiveness.

The Notariat must be attentive to recent advances in the field of data storage on optical media, given that their development will mean a practically unlimited storage capacity and permanence of information in terms of volume and duration, which will undoubtedly enhance the notarial document, especially that drawn up on electronic support

4



ACTE À DISTANCE

Le notaire à distance des parties: avenir ou péril pour le notariat?

SOLUTION NOTAIRE HEBDO 17 JUIN 2021 N° 20

Acte à distance

“Le notaire à distance des parties”: avenir ou péril pour le notariat?

SOLUTION NOTAIRE HEBDO 17 JUIN 2021 N° 20

La chaire de notariat de l’Université de Montréal organisait, le 23 avril dernier, sous l’égide de l’Union Internationale du notariat (UINL) et de la chambre des notaires du Québec, un colloque international intitulé “Le notaire à distance des parties.“ Synthèse des débats.

Elle-même organisée en mode virtuel, la manifestation, placée sous la présidence d’honneur de Cristina Armella, présidente de l’UINL (Union internationale du notariat) et doyenne de l’Université notariale argen tine, a attiré plus de 600 participants, issus de 87 pays du monde entier. Elle visait à répondre aux questions, pratiques et doc trinales, soulevées par l’adaptation du nota riat aux exigences de distanciation sociale, de confinement et de restrictions aux dépla cements imposées par les autorités publiques pour faire face à la pandémie de Covid-19. Il s’agissait, plus concrètement, de savoir *« si les solutions numériques per mettant la réception du consentement et la signature à distance des parties, parfois même lorsqu’elles sont à l’étranger, sont compatibles avec les principes traditionnel lement considérés comme constitutifs de l’acte authentique, à savoir la comparution physique des parties ou de leurs représentants devant le notaire, et la compétence territo riale de ce dernier. »* a résumé Jeffrey Talpis, notaire à Montréal, professeur titulaire à la faculté de droit et titulaire de la chaire du notariat à l’université de cette même ville.

Débat international

Le débat concerne de plus en plus de notariats : la France a expé rimenté, puis pérénnisé, par un décret de novembre 2020, la procuration authentique à dis-

tance, a rappelé Sophie Gaudemet, professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas. La Belgique a fait de même par une loi d'avril 2020, pour des procura tions concernant tous types d'actes, sauf les testaments. Au Québec, il est même possible, depuis avril 2020, de signer les actes eux-mêmes à dis tance, et pas sim plement les procurations. Bientôt, l'Italie, l'Espagne et l'Al lemagne pratiqueront également la signa ture des actes à distance, en droit des sociétés, moins du fait du Covid que de la transposition dans leur droit national de la directive européenne de 2019/1151 sur l'uti lisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, qui l'autorise.

> **" Il faut rester attentif à ce que les modi"cations du formalisme de l'acte authentique ne le rapprochent pas de l'acte contresigné par un avocat "**

Fondements de l'acte authentique

Sophie Gaudemet a appelé à la vigilance : l'acte à distance ne doit pas substituer une sécurité technique, dépendante d'une plateforme tierce, certificatrice de la signature des par ties, à la sécurité juridique prodiguée par le notaire. À défaut, il existe un risque de diluer la force de l'acte authentique alors que celui-ci, doté des forces probante et exécutoire, implique le conseil impartial et le contrôle personnel, par le notaire, de l'identité des parties et de leur consentement ? « *Il faut dans tous les cas rester attentif à ce que les modifications du forma lisme de l'acte authen tique ne le rapprochent pas de l'acte contresigné par un avocat, acte sous seing privé dépourvu quant à lui de toute force exécutoire, laquelle ne peut s'attacher qu'aux seuls actes du notaire en sa qualité d'officier public* », a-t-elle jugé.

Enjeux de DIP

Cyril Nourissat, professeur agrégé à l'Université Jean Moulin-Lyon III, s'est penché, lui, sur les enjeux de droit international privé. Il a souligné que le droit régissant les actes avec comparution à dis tance des parties devait être celui du pays de leur réception par le notaire, garantissant ainsi leur pleine validité et leur compatibi lité avec les principes du notariat latin. Il appelait ainsi à faire application des prin cipes locus regit actum et lex auctoris, qui posent qu'un acte juridique est soumis aux conditions de la loi du pays où il est rédigé et à celles de l'autorité qui l'établit. À l'appui de son raisonnement, il évoquait un arrêt de la Cour de cassation de 2016 ayant refusé de faire produire des effets en France à une procuration établie par un «notary » public australien en vue de consentir à une caution hypothécaire dressée par acte authentique en France, au motif que cette procuration ne revêtait pas les solennités requises en France pour un tel acte authentique (*Cass. 1e civ. 14-4-2016 n° 15-18.157 F-PB).*

Préconisations de l'UINL.

L'UINL planche précisément sur ce sujet, au sein d'un groupe de travail sur les nouvelles techno logies présidé par Carlo Alberto Marcoz, notaire à Turin, qui a proposé plusieurs lignes directrices, visant à assurer que le notaire reste toujours au centre de la pro cédure et en ait la parfaite maîtrise : l'iden tification des parties devrait ainsi toujours être réalisée par lui, ainsi que le contrôle de la libre expression de leur volonté; il devrait également toujours pouvoir refuser la rédac tion de l'acte en cas de doute. La transmis sion des données devait également être parfaitement sécurisée, soit via des plate formes conçues par les notaires, soit des plateformes tierces sécurisées.

Développement incontournable à organi ser

La synthèse est revenue à Michel Grimaldi, professeur à l'Université de Paris II Panthéon-Assas. « Le distanciel menace-t-il l'acte authentique, ou bien est-il une condition de sa survie et de son dévelop pement ? » s'est-il interrogé, tout enrappelant que l'acte authentique dématé

rialisé, aujourd'hui introduit et parfaitement acclimaté dans la plupart des notariats de l'UINL (en France en 2005) avait ouvert la voie à l'acte à distance, et que ce dernier, une fois que les clients du notaire y auront goûté, constituera sans doute une évolution irréversible. Ce qui n'empêche certes pas de s'assurer que la pratique soit doublement maîtrisée : quant aux actes concernés — doit-on l'accepter pour tous les actes ou certains d'entre eux ? Quant à son champ géographique - si l'acte à distance doit être une opportunité pour créer un notariat décloisonné et favoriser la circulation des actes, il ne doit pas conduire à « amazoni ser » les notariats, à la faveur par exemple des différences de tarifs entre pays voire de leur absence, comme en Italie (un risque souligné notamment par Franco Salerno Cardillo, notaire à Palerme, président de la Commission des affaires européennes de l'UINL). Et Michel Grimaldi de conclure que le notaire doit et peut, dans un monde numérique en pleine expansion, en être un acteur dynamique, en mettant la technolo gie au service de sa mission — pas question pour lui de se dessaisir de ses attributions — et non l'inverse. Car à travers lui, c'est aussi l'État et les fonctions régaliennes qui pourront imposer leurs valeurs dans l'uni vers virtuel.

À noter : la vidéo du colloque, ainsi que les textes des intervenants, seront bientôt dispo nibles sur le site de la chaire du notariat de l'Université de Montréal : https://www.chairedunotariat.qc.ca.

François Bouche



TUAN DAO THANH, PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION DES NOTAIRES DU VIETNAM

Le notariat du Vietnam

Le notariat du Vietnam est membre de l'Union Internationale du Notariat (UINL) depuis 2013. En partenariat avec l'UINL, La Semaine Juridique présente ce notariat d'Asie, qui préside actuellement la Commission des affaires asiatiques.

STATUT DU NOTAIRE

Les notaires sont des témoins professionnels nommés par l'État avec délégation de puissance publique. L'institution notariale du Vietnam est en cours de transition : de l'ancien modèle de notariat d'État (bureaux notariaux publics) à un modèle de notariat indépendant (bureaux notariaux privés). Actuellement, c'est donc un modèle mixte transitoire qui prévaut. Les deux types d'organismes assument la même responsabilité juridique. Les notaires sont égaux devant la loi : le processus de nomination, leurs droits et obligations et la valeur juridique de leurs actes notariés sont identiques. Auparavant, la création d'organismes notariaux était fondée sur la « planification globale du développement du métier notarial ». Depuis 2017, la création d'un bureau notarial privé dépend seulement de l'autorisation délivrée par les Comités populaires des provinces et des villes centrales.

COMPÉTENCES

Les notaires au Vietnam sont chargés d'authentifier des contrats et transactions, conserver des testaments, certifier des actes traduits, des copies et des signatures. La « notarisation » est une activité centrale. Elle est obligatoire (par exemple pour l'accord sur la maternité de substitution à des fins humanitaires ou les contrats définissant les droits des utilisateurs fonciers) ou volontaire.

TARIF

Le tarif des notaires est régulé. Il diffère en fonction des conditions socio-économiques spécifiques de chaque localité. Le plafond de la rémunération du notaire pour la rédaction des contrats est fixé par les Comités populaires des provinces et des villes centrales. Les frais peuvent être fixes, en fonction du type de contrat, ou progressifs, en fonction de la valeur inscrite dans l'acte. Les autres frais, tels que les frais d'expertise, sont convenus sur la base des informations tarifaires affichées publiquement au siège de l'organisme notarial. Le requérant doit être clairement informé sur chaque dépense.

LE CHIFFRE

Notaires en exercice (dont 638 notaires d'État et 2.990 notaires indépen dants), 1.139 organismes notariaux (dont 125 bureaux publics et 1.014 bureaux privés), soit environ 1 notaire pour 26.500 habitants.

Certains considèrent que la date de constitution du notariat au Vietnam est marquée par le décret français du 24 août 1931 sur l'organisation notariale, appliquée dans toute l'Indochine. À l'époque, il exis tait au Vietnam un bureau notarial à Hanoï et trois bureaux notariaux à Saigon. Dans les autres provinces, le travail notarial était assuré par le chef du bureau administratif du tribunal de première instance. D'autres estiment que le notariat n'a été officiellement constitué au Vietnam qu'en 1987 par la circulaire du ministère de la Jus tice du 10 octobre 1987 portant sur l'acti vité notariale publique. Le premier bureau notarial public du Vietnam a été créé à Hô Chi-Minh-Ville le 21 septembre 1988. Pen dant toute cette période, le service nota rial était une agence d' État et le notaire un fonctionnaire de l'État.

Après la promulgation du Code civil de 2005, dans le cadre de la mise en œuvre d'une stratégie de réforme judiciaire, la loi notariale est promulguée en 2006. Ce texte marque l'évolution du notariat vietnamien d'un modèle étatique à un modèle de pro fession indépendante.

Aujourd'hui, c'est la loi notariale de 2014, ses décrets et ses circulaires d'applica tion qui régissent le fonctionnement de l'activité notariale au Vietnam. On retrouve dans cette loi des dispositions relatives à la transformation des bureau notariaux pu blics en bureaux notariaux privés.

En 2020, la résolution du Gouvernement du 19 novembre 2020 relative à la politique de développement du métier notarial pose les bases de l'innovation du fonctionne ment notarial au Vietnam pour les années à venir, conformément à la volonté de construire un « e-gouvernement », minimi sant les procédures administratives en vue de constituer une ère industrielle 4.0.

L'Association des notaires du Vietnam a été créée en 2019 à Hanoï. À la même date, ont été élus les membres du Conseil national des notaires. Tuan Dao Thanh est notaire depuis 2000. Il est maître de conférences et enseigne le droit notarial à l'Académie Judiciaire. Il a rempli plusieurs fonctions de représentation avant d'être élu en 2019 président de l'Association des notaires du Vietnam. Et il préside pour 2021 la Commission desffaires asiatiques de l'UINL.

QUESTIONS

Pouvez-vous nous présenter votre plan d'action ?

Mon plan opérationnel se concentre notam ment sur les travaux suivants :
- promouvoir la création des associations de notaires dans les provinces et les villes cen trales sans associations. En février 2021, 59 des 63 provinces et villes centrales avaient créé une association de notaires ;
- mettre en œuvre les règles d'éthique nota riale promulguées en 2012 par le ministère de la Justice ;
- coopérer activement avec les agences viet namiennes concernées par la révision du contenu des textes juridiques liés aux activi tés notariales ;
- planifier et mettre en œuvre les étapes préparatoires nécessaires pour construire une base de données commune aux orga nismes notariaux à l'échelle nationale, visant au développement de la « notarisation » numérique ;
- renforcer la coordination avec les organisa tions de représentation internationale.

En quoi consiste l'activité internationale du notariat du Vietnam ?

La coopération internationale est l'une des priorités de l'Association.
Cette coopération crée des opportunités de développe-

ment pour le notariat du Viet nam : si les expériences et les réalisations législatives de pays plus avancés en matière notariale sont appliquées de manière flexible et conformément aux conditions socio-éco nomiques concrètes et spécifiques du Viet nam, elles deviendront une force motrice importante. Malgré son très jeune âge, l'Association vient de fêter ses 2 ans en jan vier, elle est un membre dynamique et res ponsable de l'UINL et de la Commission des affaires asiatiques (CAAs).

Quelle est votre priorité en tant que président de la CAAs ?

Le 27 novembre 2020, grâce à la confiance des collègues internationaux, il a été déci dé que le notariat vietnamien assurerait en 2021 la présidence de la CAAs. J'occupe de ce fait le poste de président ; Mme Le Thi Danh, vice-présidente de l'Association des notaires du Vietnam, occupe le poste de vice-présidente ; M. Nguyen Tri Hoa, secré taire général de l'Association des notaires du Vietnam, celui de secrétaire. Il s'agira de l'activité de coopération internationale la plus importante de l'Association des notaires du Vietnam en 2021. Dans cette mission, je me concentrerai sur l'étude de l'adaptation des activités notariales dans les conditions provoquées par la Covid-19. Il conviendra de construire et mettre en œuvre des institu tions de « notarisation » numérique dans un environnement de plus en plus digitalisé. Un séminaire aura lieu au Vietnam sur ce thème. Avec la participation et le soutien enthou siaste de chaque membre de la CAAs, nous pensons que les activités de l'Association des notaires du Vietnam contribueront positive ment au développement et à la prospérité du métier notarial en Asie et dans le monde.

Propos recueillis par
Élodie Letouche, consultante pour l'Union Internationale du Notariat (UINL)

6

LA NUEVA LEY AUSTRÍACA SOBRE EL SUICIDIO ASISTIDO

La nueva ley sobre el suicidio asistido está en vigor en Austria desde el 1 de enero de 2022. Esto significa que el suicidio asistido está permitido si el paciente tiene una enfermedad grave o terminal, es mayor de edad y tiene capacidad para tomar decisiones. Aquí hay algunas preguntas y respuestas importantes sobre este tema:



1: ¿Qué personas pueden escribir un testamento de muerte?

La persona que desea morir debe tener su residencia habitual en Austria o ser ciudadano austriaco. Además, debe ser mayor de edad y capaz de tomar decisiones. La capacidad de tomar decisiones debe darse sin duda.

2: ¿Qué condición médica debe estar presente para que se redacte un testamento de muerte?

Un testamento de muerte no puede estar establecido si la persona quien quiere morir està sofriendo de una enfermedad mortal o de una enfermedad muy grave. Además, la enfermedad debe ir acompañada de un estado de sufrimiento que no se puede evitar. La existencia de tal estado de sufrimiento debe ser confirmada por uno de los medicos que proporcione la información.

3: Si este estado de sufrimiento está presente, ¿qué debe preceder a la redacción de un testamento?

La redacción del testamento de muerte debe ir precedida de una explicación de dos médicos. Uno de los dos médicos debe tener un título en medicina paliativa. La ley estipula un contenido mínimo de información médica. En otras palabras: información sobre posibles alternativas de tratamiento, referencia a ofertas específicas para una discusión psicoterapéutica y para consejos de prevención del suicidio.

Y: Los médicos deben confirmar de forma independiente que la persona lista para morir es capaz de tomar decisiones y ha tomado una decisión libre y autodeterminada.

4: ¿Cuándo se puede planificar una muerte?

Se puede redactar un testamento de muerte como muy pronto doce semanas después de la primera explicación médica. Excepcionalmente, se puede implantar dos semanas después de que el médico haya confirmado que la persona a punto de morir padece una enfermedad mortal incurable y ha entrado en fase terminal. En otras palabras, la enfermedad ha alcanzado una etapa que, según el criterio médico, es probable que provoque la muerte dentro de los seis meses.

5: ¿Quién puede hacer tal testamento de muerte?

Un notario o el abogado del paciente puede redactar un testamento de muerte. El decreto debe hacerse personalmente y por escrito.

En cualquier caso, el Consejo Superior del Notariado de Austria está disponible para solicitudes específicas relacionadas con la redacción de testamentos de muerte. Sobre todo al principio, será más eficaz que los interesados se pongan en contacto directamente con el Consejo Superior del Notariado, que podrá designar a los notarios correspondientes.

6: ¿A qué se tiene que prestar especial atención?

Es la determinación de la persona dispuesta a morir de poner fin a su propia vida. Esta decisión debe ser libre y autodeterminada. Por lo tanto, en particular, libre de error, engaño, engaño, coacción física o psicológica e influencia de terceros.

También es posible designar una o más personas que asisten a la muerte, quienes acompañarán a la persona lista para morir en la ejecución de las medidas de fin de vida. Las personas que presten asistencia deben ser mayores de edad y capaces de tomar decisiones.

7: ¿Qué detalles deben tener en cuenta los notarios a la hora de redactar dicho testamento de muerte?

Antes de emitir el consentimiento para morir, el notario debe reproducir nuevamente la documentación sobre la información médica entregada a la persona que consiente en morir. Además, la persona lista para morir debe ser informada de los aspectos legales, como la posible creación de un testamento en vida o poder notarial, la creación de un testamento, los límites penales de asistencia y otras consecuencias legales.

8: ¿Qué pasa con el decreto?

El original del testamento de muerte debe entregarse a la persona que desea morir y el notario debe conservar una copia del testamento. Inmediatamente después de la redacción del decreto, el notario debe declarar cierta información al registro de decretos. Importante: Un testamento de muerte pierde su efectividad después de un año.



LA NOUVELLE LOI AUTRICHIENNE SUR LE SUICIDE ASSISTÉ

La nouvelle loi sur le suicide assisté est en vigueur en Autriche depuis le 1er janvier 2022. Cela signifie que le suicide assisté est autorisé si le patient est gravement ou incurablement malade, s'il est majeur et capable de prendre des décisions. Voici des questions et réponses importantes sur ce sujet:

1 : Quelles personnes peuvent rédiger un testament de décès ?

La personne qui souhaite mourir doit avoir sa résidence habituelle en Autriche ou être citoyen autrichien. De plus, elle doit être majeure et capable de prendre des décisions. La capacité de prendre des décisions doit être donnée sans aucun doute.

2 : Quelle condition médicale doit être présente pour qu'un testament de décès soit rédigé ?

Un testament de décès ne peut être délivré que si la personne prête à mourir souffre d'une maladie mortelle incurable ou d'une maladie grave et de longue durée avec des symptômes persistants dont les conséquences ont un impact négatif sur l'ensemble de ses habitudes de vie. De plus, la maladie doit s'accompagner d'un état de souffrance qui ne peut être évité. L'existence d'un tel état de souffrance doit être confirmée par l'un des professionnels de la santé fournissant l'information.

3 : Si cet état de souffrance est présent, qu'est-ce qui doit précéder la rédaction d'un testament ?

La rédaction d'un testament de décès doit être précédée d'une explication par deux médecins. L'un des deux médecins doit être diplômé en médecine palliative.

La loi stipule un contenu minimum d'informations médicales. En d'autres termes : des informations sur les alternatives de traitement possibles, référence à des offres spécifiques pour une discussion psychothérapeutique et pour des conseils de prévention du suicide.

Et : Les médecins doivent confirmer de manière indépendante que la personne prête à mourir est capable de prendre des décisions et a pris une décision libre et autodéterminée.

4 : Quand un décès peut-il être plannifié ?

Un testament de décès peut effectivement être rédigé au plus tôt douze semaines après la première explication

médicale. Exceptionnellement, elle peut être mise en place deux semaines après que le médecin a confirmé que la personne prête à mourir est atteinte d'une maladie incurable, mortelle et est entrée en phase terminale. En d'autres termes, la maladie a atteint un stade qui, selon le jugement médical, est susceptible d'entraîner la mort dans les six mois.

5 : Qui peut rédiger un tel testament de décès ?

Un notaire ou un avocat des patients peut rédiger un testament de décès. Le décret doit être fait personnellement et par écrit.

Dans tous les cas, le Conseil Supérieur du notariat autrichien est disponible pour des demandes spécifiques concernant la rédaction de testaments de décès. Surtout au début, il sera plus efficace pour les personnes concernées de contacter directement le Conseil Supérieur du notariat, qui peut nommer des notaires en conséquence.

6 : À quoi doit-on faire particulièrement attention ?

C'est la détermination de la personne prête à mourir à mettre fin elle-même à ses jours. Cette décision doit être libre et autodéterminée. Donc, en particulier, exempt d'erreur, de ruse, de tromperie, de coercition physique ou psychologique et d'influence de tiers. Il est également possible de désigner une ou plusieurs personnes aidantes au décès, qui accompagneront la personne prête à mourir dans l'exécution des mesures de fin de vie. Les personnes qui prêtent assistance doivent être majeures et capables de prendre des décisions.

7 : Quels détails les notaires doivent-ils prendre en compte lors de la rédaction d'un tel testament de décès?

Avant d'émettre le consentement à mourir, le notaire doit à nouveau reproduire la documentation sur les informations médicales remises à la personne qui consent à mourir. En outre, la personne prête à mourir doit être informée des aspects juridiques, tels que la création éventuelle d'un testament de vie ou d'une procuration, la création d'un testament, les limites pénales de l'assistance et d'autres conséquences juridiques.

8 : Qu´est-ce qu´on fait avec le testament de décès ?

L'original du décret doit être remis à la personne disposée à mourir et une copie du décret doit être conservée par le notaire. Immédiatement après la rédaction du décret, le notaires doit déclarer certaines informations au registre des décrets. Important : Une directive de décès perd son efficacité après un an.

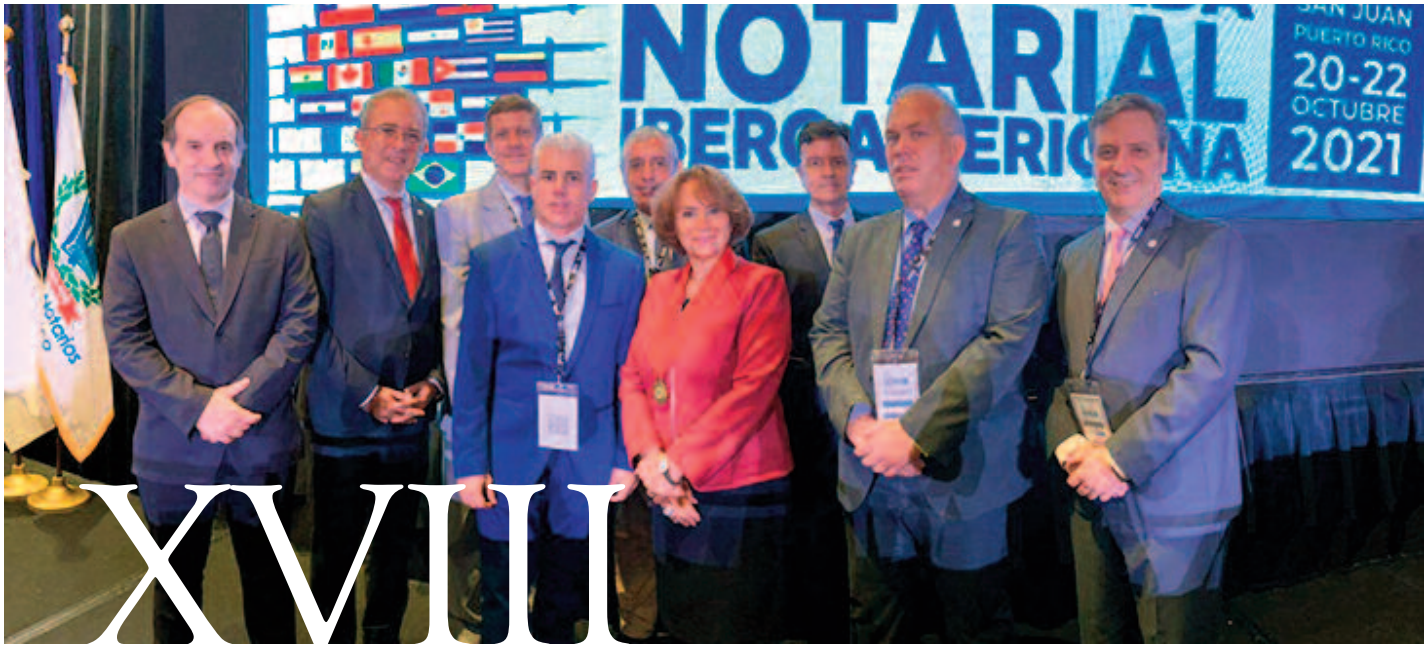
UINL

XVIII Jornada Notarial Iberoamericana



UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

1



XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

DISCURSOS, ARTÍCULOS, PONENCIAS Y PREMIOS

SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021



DISCURSO DE BIENVENIDA

POR EL NOTARIO MANUEL PÉREZ CABALLER,
PRESIDENTE DEL COLEGIO DE NOTARIOS DE PUERTO RICO Y DEL COMITÉ ORGANIZADOR DE LA XVII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANACELEBRADA

SAN JUAN DE PUERTO RICO, EN OCTUBRE DE 2021

Buenos días a todos los presentes, me uno al saludo protocolar y reitero la bienvenida a las autoridades gubernamentales y de la Unión Internacional que nos honran con su presencia, así como los sobre trescientos notarios locales e internacionales que de manera presencial y virtual se integran a este importante evento.

Para el Colegio de Notarios de Puerto Rico es un gran honor la designación como notariado anfitrión de la 18va Jornada Notarial Iberoamericana. Hace dos años asumimos con gran sentido de responsabilidad el reto que significa planificar un evento de esta naturaleza, desconociendo en ese entonces que enfrentaríamos además una pandemia. Ciertamente han sido tiempos llenos de retos y los hemos afrontado con optimismo entusiasmo y determinación. Hoy sentimos gran satisfacción al ver que esta cumbre académica por fin se hace realidad. Recordamos y honramos aquellos notarios que por razón de la pandemia ya no están con nosotros, a nivel de toda América han sido pérdidas irreparables. Nuestro mejor tributo es continuar defendiendo los postulados de nuestra noble profesión y caminar con paso firme hacia el futuro.

La presencia de todos ustedes en este evento tiene a su vez otro significado, de mayor importancia que superar retos de logística y planificación. La Jornada Notarial Iberoamericana en Puerto Rico es la mejor evidencia de que nuestro notariado de tipo latino está vivo y en constante desarrollo. Si damos una mirada a nuestro pasado, esto cobra mayor relevan-



cia. En Puerto Rico, al igual que el resto de las Américas, sus instituciones jurídicas surgen con la llegada al Nuevo Mundo de los conquistadores europeos. Cuando Cristóbal Colón pone pie en la Isla de Borikén en el 1493, nos llegó nuestro idioma español, aspectos socioculturales, y como dato importante, entre los tripulantes había un notario real encargado de levantar las actas relacionadas a los descubrimientos de nuevas tierras. El notariado de tipo latino nos ha acompañado en nuestro desarrollo como pueblo desde ese entonces.

A diferencia de gran parte de las colonias que ganaron su independencia, Puerto Rico, Cuba y Filipinas siguieron bajo dominio español. En el 1898, los Estados Unidos de América invade Puerto Rico como parte de los eventos de la Guerra Hispanoamericana. Finalmente, con el Tratado de Paris, Puerto Rico es cedido a su nueva metrópolis.

La llegada de los Estados Unidos significó inicialmente la puesta en riesgo de nuestras instituciones jurídicas, dado que los Estados Unidos, como anterior colonia inglesa, no compartía nuestro legado civilista ni el notariado de tipo latino. Sin embargo, nuestro derecho notarial y en gran medida nuestro derecho civil en general, subsistió y continua vigente hoy dentro de la presente relación jurídica con los Estados Unidos. Los cambios fueron menores, se combinó la función de abogado y notario en un mismo profesional del derecho, y de un colegio notarial de número cerrado se pasó a una designación totalmente abierta sin limitación por área geográfica. Esos cambios no vulneraron la esencia de nuestro notariado.

La Garita es el símbolo que hemos seleccionado para representar esta Jornada. Este era el lugar desde donde los centinelas vigilaban y protegían nuestra ciudad amurallada. Esas garitas y murallas que rodean el Viejo San Juan han resistido bombardeos, ataques y el paso del tiempo. Para nosotros la garita representa a su vez la fuerza, vitalidad y arraigo de nuestro notariado de tipo latino.

El notario puertorriqueño se balancea entre dos sistemas jurídicos que parecerían incompatibles entre sí. Somos una jurisdicción mixta, con todo lo bueno y lo malo que eso representa. Somos puro ejemplo de que un sistema notarial de raíces fuertes puede sobrevivir



cualquier proceso interior o influencia exterior. No solo debe resistir, sino crecer, como lo hemos constatado con las nuevas competencias que nos han sido delegadas en tiempos recientes.

Resistimos y crecemos por el valor que representa el trabajo que hacemos. En los pasados años Puerto Rico ha sufrido desastres naturales como el Huracán María, terremotos en el área sur, y ahora la pandemia. Mucho se ha comentado sobre el carácter resiliente de nuestro pueblo al enfrentar tantas crisis en tan corto tiempo. De manera similar, celebramos el carácter resiliente de nuestro derecho notarial, que ha podido no solo resistir con el paso del tiempo, como la Garita, sino crecer e innovar. Puerto Rico ha sabido a lo largo de los siglos valorar su sistema de derecho notarial. Miramos al futuro con optimismo. Foros académicos como el que hoy comienza nos permiten desarrollar conocimientos y abrir espacios para la innovación. Los dos temas por discutirse brindan una oportunidad única para conocer las experiencias recientes de países hermanos e implementar cambios a nivel local que nos permitan evolucionar en la dirección correcta.

En nombre de nuestro Colegio agradezco a todos su presencia, auguro días de mucho aprendizaje, debate de ideas y colaboración entre hermanos iberoamericanos. Esa es la esencia de estos encuentros y una los beneficios principales de formar parte de la Unión Internacional. Puerto Rico, como notariado miembro desde su fundación hace 73 años, reafirma hoy su compromiso con la defensa de los principios que son la razón de ser de nuestro notariado. Continuaremos resistiendo y creciendo.

Muchas gracias.

San Juan, Puerto Rico, a 20 de octubre de 2021

2



ARTÍCULO*

PRINCIPIOS COMUNES QUE DEBEN REGIR EN LA FUNCIÓN JUDICIAL Y NOTARIAL PARA EL PLENO RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

HON. LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ**

INTRODUCCIÓN

Reciban mi más afectuoso saludo y bienvenida a Puerto Rico. Es un honor participar nuevamente en las Jornadas Notariales Ibe-roamericanas. La participación en estas Jornadas, así como en otros eventos de la Unión Internacional del Notariado Latino y el Colegio de Notarios de Puerto Rico, me ha brindado la oportunidad de estudiar y escribir sobre las valiosas aportaciones del notariado latino al sistema jurídico iberoamericano y su importancia como promotor del acceso a la justicia.[1] En esta ocasión, lamento no poder participar presencialmente con ustedes, pero agradezco la oportunidad de unirme a este foro y, una vez más, contribuir al diálogo sobre el desarrollo de esta profesión.

A través de esta ponencia, enfoco la discusión en tres aspectos que considero medulares en la búsqueda del pleno reconocimiento y la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

* Este artículo es producto de la participación del autor como ponente en la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana de la Unión Internacional del Notariado.

** Juez Asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico. El autor agradece a la Lcda. Lorraine Acevedo Franqui y al Lcdo. Jerry Negrón Marín por su colaboración en la edición y citación del artículo.

[1] LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ, LA FIGURA DEL NOTARIO COMO PROMOTOR DEL ACCESO A LA JUSTICIA (2019); Luis F. Estrella Martínez, El notariado latino en Puerto Rico como exponente de las aspiraciones del sistema jurídico iberoamericano, 60 REV. D. P. 545 (2021).

En primer término, sostengo que los retos de la judicatura y el notariado en esta materia son muy similares, por lo que el tema objeto de discusión en estas Jornadas es sumamente relevante a raíz del desarrollo internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, "Convención"). En segundo término, para demostrar tal similitud, comparto unos principios comunes que pueden servir de norte a la función notarial y la judicial: (1) como garantes de la equidad; (2) como propulsores de inclusión social; (3) a través de un rol activo y no autómata; (4) como proveedores de un sistema de apoyo para procurar el ejercicio del mayor grado de capacidad jurídica posible en personas con discapacidad; (5) como actores sensibles en el ejercicio de su función; (6) a través de la participación efectiva de la propia persona con discapacidad, y (7) el trato individualizado en la implantación de un sistema de apoyo. A mi juicio, estos siete principios enmarcan los postulados locales, nacionales e internacionales que deben guiar la función notarial y judicial en el fortalecimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En tercer término, aspiro a compartir las herramientas necesarias con las jurisdicciones que no cuentan con la Convención como norma internacional vinculante o que adolecen de una legislación habilitadora a tales fines. Puerto Rico sirve de experimento ideal para ello, toda vez que, por su relación con los Estados Unidos, depende de la acción del Gobierno federal para reconocer la aplicabilidad obligatoria de la Convención, jurisdicción que no la ha ratificado al presente. Ahora bien, intentaré demostrar que esa omisión, aunque inconveniente, no es obstáculo para alcanzar el reconocimiento y la protección cabal de las personas con discapacidad. Veamos.

I. EL ROL NOTARIAL Y EL JUDICIAL COMO GARANTES DE LA EQUIDAD

El primer principio consiste en afirmar el rol del notariado y la judicatura como garantes de la equidad. A diferencia de la parcialidad que caracteriza a los abogados litigantes, la imparcialidad que define el rol notarial y judicial sirve de motor para impulsar la equiparación de diferencias entre los sectores poblacionales y procurar una igualdad real. Esto, similar al juez activo que, mediante la equiparación de diferencias, promueve una igualdad real con la misión de que el postulado constitucional de igualdad no sea meramente una frase escrita en piedra.

La obligación de convertirnos en verdaderos garantes de la equidad emana de múltiples articulados de la Convención, entre los que resalto el Artículo 1, el cual promueve el "goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. . ."[2] Asimismo,

[2] Convencion sobre los derechos de las personas con discapacidad, NACIONES UNIDAS, en la pág. 4 https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf (última visita 22 de octubre de 2021).

el Artículo 5 introduce la vertiente de no discriminación contra las personas con discapacidad como mecanismo para garantizar una igualdad real.[3] El Artículo 12, por su parte, reitera también el igual reconocimiento como persona ante la ley y,[4] no menos importante, el Artículo 13 reconoce la necesidad de asegurar un acceso a la justicia en igualdad de condiciones.[5]

Como puede apreciarse, la aprobación de la Convención constituye un acontecimiento histórico porque, como bien se reconoce en la *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública* (en adelante, "Guía Notarial"), ésta "sitúa a la discapacidad en el nivel de los derechos humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y la concepción de las personas con discapacidad".[6]

Ahora bien, según anticipado, Puerto Rico no tiene la capacidad jurídica internacional para firmar y ratificar la Convención. Los Estados Unidos participó en su concepción y la firmó el 30 de julio de 2009, mas, todavía no la ha ratificado. Sin embargo, esta realidad no puede ser excusa para que las jurisdicciones que no la hayan firmado, ratificado o que no cuenten con leyes habilitadoras relacionadas a ésta no se unan al cumplimiento de sus pronunciamientos. De haber voluntad, existen las herramientas jurídicas para ello. Por tanto, si bien es cierto que los Estados Unidos no ha ratificado la misma, no es menos cierto que en Puerto Rico aplica legislación federal de gran prominencia dirigida a atender los problemas de desigualdad que enfrenta esta población. A manera de ejemplo, nos referimos a la *Americans with Disabilities Act* (en adelante, "Ley ADA").[7] Este estatuto prohíbe el discrimen contra las personas con discapacidad y atiende muchos de los aspectos que motivaron la promulgación de la Convención. Bajo esta legislación, la determinación de si una persona es "discapacitada" debe hacerse caso a caso y se reconocen las "discapacidades mentales o físicas" que limitan una o más actividades mayores de la vida del individuo, los récords de "discapacidad" y aquellas instancias en que la persona es percibida como "discapacitada". Así, mediante ésta, el Congreso de los Estados Unidos atendió el discrimen contra los "discapacitados" en las áreas del empleo, las telecomunicaciones, la transportación y en las entidades y lugares públicos, entre otras.

[3] Id. en la pág. 8.

[4] Id. en las págs. 11-12.

[5] Id. en la pág. 12.

[6] Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública, UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO, en la pág. 9 https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec (última visita 22 de octubre de 2021).

[7] Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §§ 12101-12213.

No menos importante, desde temprano en la historia de la Constitución de Puerto Rico se reconoció la necesidad de proteger a aquellas personas que tienen alguna discapacidad.[8] Particularmente, la propuesta Sección 20 de la Constitución de Puerto Rico reconocía "el derecho de toda persona a la protección social en . . . la incapacidad física" y "el derecho de todo niño a recibir cuidados y ayudas especiales". Sin embargo, esta sección no fue ratificada en la Resolución Conjunta Núm. 430, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos el 1 de julio de 1952, mediante la cual se ratificó la Constitución de Puerto Rico.[9]

A pesar de la eliminación de la citada sección, los delegados de la Asamblea Constituyente expresaron que, por varias razones, esto no implicaba la pérdida de derecho alguno, toda vez que:
(1) Los derechos consagrados en la Sección 20 están en otras secciones de la Constitución y forman parte de la aspiración real de la conciencia puertorriqueña, por lo que pueden incluirse en otros documentos.
(2) Esta desaprobación no abroga la capacidad de la Asamblea Legislativa para legislar estos derechos.
(3) La Constitución busca "promover el goce cabal de los derechos humanos", reconoce el derecho a la vida y precisa en la sección 19 que los derechos reconocidos no son restrictivos.[10]

Esta base legal consignada por los constituyentes, y la realidad histórica de que la Constitución de Puerto Rico estuvo influenciada por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, permiten incorporar los reconocimientos de la Convención para darle contenido a las garantías constitucionales vinculantes que protegen a las personas con discapacidad. Ello, unido a las garantías constitucionales expresamente consignadas en nuestra Constitución dirigidas a promover la igualdad y a proteger la dignidad humana.

De hecho, la Ley Núm. 238-2004, mejor conocida como *La carta de derechos de las personas con impedimentos*,[11] precisamente se ampara en la Sección 1 del Artículo II de la Constitución de Puerto Rico, la cual profesa que la dignidad del ser humano es inviolable y reconoce que todos los seres humanos son iguales ante la ley.[12] Como cuestión de Derecho, en su Artículo 12, tal ley dispone

[8] Juan Santiago Nieves, PANEL ACCESO A LA JUSTICIA, PERSONAS CON IMPEDIMENTOS FÍSICOS, Primer Congreso Acceso a la Justicia: XXII Conferencia Judicial : 2 y 3 de mayo de 2002, San Juan, Puerto Rico.

[9] Id. en las págs. 1-2 (citando a 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 2516-44 (1961)).

[10] Id. en las págs. 2-3 (citando a 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE 2518-19, 2524-26, 2531-35).

[11] La carta de derechos de las personas con impedimentos, Ley Núm. 238-2004, 1 LPRA §§ 512-512m (2016).

[12] CONST. PR art. II, § 1.

que todos los derechos y deberes reconocidos deberán ser interpretados de la forma más liberal y beneficiosa posible para la persona con discapacidad.[13] De igual forma, legislación local ha sido adoptada en reconocimiento a la *Declaración de Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas* promulgada el 9 de diciembre de 1975, mediante la cual se pretende incluir a esta población en todos los contextos sociales.[14]

En ese sentido, la propuesta de integrar los mecanismos e ini-ciativas sustantivas y procesales de la Convención no representa una aspiración utópica, sino una obligación del deber ministerial de integrar las garantías constitucionales y los derechos humanos para evitar una segregación que los convierta en letra muerta. Al igual que en Puerto Rico, muchas jurisdicciones contienen en sus constituciones reconocimientos y garantías individuales de igual-dad y dignidad, por lo que esta propuesta pudiera aplicar a ellas.

De otra parte, el Poder Judicial también ha reconocido la inte-gración de estos principios en dos importantes precedentes. En *Bonilla v. Chardón*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció una acción en daños por actuaciones de funcionarios del Departamento de Educación y admitió que, históricamente, las personas con discapacidad han sido maltratadas y estigmatizadas.[15] En *García Pagán v. Shiley Caribbean*, ETC., el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que la Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959,[16] incluye una compensación por los daños emocionales que puede haber sufrido el obrero discriminado.[17] Por tanto, estas determinaciones jurisprudenciales, en conjunto con la aprobación de la *Ley de derechos civiles de Puerto Rico*[18] y la *Declaración Universal de Derechos Humanos*,[19] han adelantado la discusión del acceso a los tribunales y la igualdad entre las partes con respecto a las personas con discapacidad. Sin embargo, ¿están los tribunales listos para reconocer el discrimen por diversidad funcional como uno protegido constitucionalmente? Precisamente, este tipo de evento nos provee las herramientas para hallar una respuesta que se ajuste a la altura de estos tiempos.

Como puede apreciarse, tanto en el rol notarial como en el judicial existe espacio para aumentar el ámbito de acción del notariado y la judicatura como garantes de una equidad que tenga como base la consecución de una igualdad real. En el ámbito de las personas con discapacidad, la equiparación de las diferencias es pieza clave para lograr esa meta.

---

[13] 1 LPRA § 512 n.

[14] Declaración de los derechos de los impedidos, A.G. Res. 3447 (XXX), N.U. DOC. A/RES/3447 (XXX), 9 de diciembre de 1975, http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3447(XXX)&Lang=S&Area=RESOLUTION.

[15] Bonilla v. Chardón, 118 DPR 599, 605-606 (1987).

[16] Ley contra el discrimen en el empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2017).

[17] García Pagán v. Shiley Caribbean, ETC., 122 DPR 193, 215 (1988).

[18] Ley de derechos civiles de Puerto Rico, Ley Núm. 131 de 13 de mayo de 1943, 1 LPRA §§ 13-18 (2016).

[19] Declaración universal de derechos del hombre, A.G. Res. 217 (III) A, N.U. DOC. A/RES/217 (III), 10 de diciembre de 1948, http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III).

II. EL ROL NOTARIAL Y EL JUDICIAL COMO MECANISMOS DE INCLUSIÓN SOCIAL

Por otra parte, el segundo principio gira en torno a los mecanismos de inclusión social que deben implantarse en el ejercicio de la función notarial y judicial. Ello es esencial, en particular unido al criterio de la accesibilidad incorporado en el Artículo 9 de la Convención, el cual procura que las personas con discapacidad puedan vivir con el mayor grado de independencia posible y participen plenamente en todos los aspectos de la vida.[20] El citado Artículo 9 contiene una serie de medidas concretas que deben adoptar los Estados partes, muy similares a legislaciones y regulaciones adoptadas en Puerto Rico por virtud de principios constitucionales y por mandato de legislación federal y local, siendo la Ley ADA la más abarcadora en este tema. Asimismo, el Poder Judicial de Puerto Rico cuenta con un *Plan Estratégico 2020-2025* denominado *Mapa hacia una Justicia de Vanguardia*, el cual reafirma su compromiso con promover la equidad procesal y eliminar las barreras de acceso a la justicia que enfrentan algunas personas por motivo de su género, nacionalidad y diversidad funcional, entre otros factores.[21]

A su vez, el Poder Judicial de Puerto Rico cuenta con un Programa de Accesibilidad adscrito a la Oficina de Administración de los Tribunales, el cual tiene como objetivo facilitar que los tribunales y otras dependencias cumplan con las disposiciones de leyes federales y locales aplicables a los derechos de las personas con discapacidad, además de coordinar las modificaciones razonables necesarias para garantizarles un acceso adecuado a la justicia. Destaco que el uso de la tecnología ha sido un gran aliado en promover el principio de accesibilidad. A modo de ejemplo, resalto las siguientes iniciativas: el servicio de intérpretes de lenguaje de señas por vía remota para beneficio de las personas sordas; la modificación de formularios electrónicos y páginas de internet del Poder Judicial accesibles a personas con determinadas discapacidades, y el Protocolo para la atención de personas con diversidad funcional, el cual consta de una iniciativa para uniformar los procesos para la atención de personas con diversidad funcional que acuden a los tribunales para recibir servicios o que son partes de los procesos judiciales.

En lo que atañe al rol notarial, me parece que los Colegios de Notarios juegan un papel importante en el factor de accesibilidad y pueden convertirse en protagonistas en la solidificación de este principio. Me explico. Resulta muy difícil pretender que notarios individuales puedan hacerse

[20] *Convencion sobre los derechos de las personas con discapacidad, supra* nota 2, en las págs. 10-11.

[21] *Plan estrategico del Poder Judicial de Puerto Rico 2020-2025: Mapa hacia una justicia de vanguardia*, https://www.poderjudicial.pr/Documentos/Informes/Plan-Estrategico-Poder-Judicial-PR-2020-2025.pdf (última visita 22 de octubre de 2021).

cargo de todos los retos tecnológicos y de accesibilidad que ciertamente se deben adoptar al momento de atender a clientes con discapacidad. Sin embargo, los Colegios de Notarios pueden servir de recurso para proveer herramientas tecnológicas para ayudar a su matrícula de notarios. Por ejemplo, el Colegio de Notarios de Puerto Rico podría adquirir amplificadores de sonido y tener identificados los servicios de intérpretes de lenguajes de señas para cuando sus colegiados atiendan clientes que necesiten tales recursos.

Adviértase que existen múltiples recursos en las universidades y en diversas organizaciones sin fines de lucro que podrían formar extraordinarias alianzas con el notariado. ¿Y por qué no también entre el Colegio de Notarios y el Poder Judicial? Traigo a su atención la alianza entre el Programa de Asistencia Tecnológica de Puerto Rico de la Universidad de Puerto Rico y el Poder Judicial. Desde el 2015, tal acuerdo facilita el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mediante el uso de equipos y servicios de asistencia tecnológica para aumentar, mantener o mejorar las capacidades funcionales de las personas con discapacidad.

Surge diáfanamente, pues, que, si media la voluntad, está a nuestro alcance una abundancia de herramientas jurídicas para concretar las aspiraciones contenidas en el Artículo 19 de la Con-vención, así dirigidas a adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad y lograr su inclusión y participación absoluta en la comunidad.[22]

III. EL ROL DEL NOTARIO Y EL JUEZ ACTIVO Y NO AUTÓMATA

El tercer principio bajo discusión consiste en propiciar un rol activo y no autómata del notariado y la judicatura. En este tema de la discapacidad el automatismo es muy peligroso, pues la confusión entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad mental puede conllevar el ignorar los postulados de inclusión que reconocen nuestros ordenamientos jurídicos. Como bien precisa la Guía Notarial:

La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones,

[22] Véase *Convencion sobre los derechos de las personas con discapacidad*, supra nota 2, en las págs. 15-16.

que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos ambientes y sociales.[23]

Con respecto a tal distinción, en Puerto Rico hemos avanzado en cierta medida si comparamos lo dispuesto en el anterior Código Civil con el nuevo Código aprobado en el 2020. Como bien precisa el Prof. Gerardo J. Bosques Hernández, el Código Civil derogado no contemplaba gradaciones para la incapacidad. Es decir, la persona era capaz o incapaz totalmente.[24] Sin embargo, el Artículo 101 del Código Civil de Puerto Rico de 2020 introduce gradaciones de in-capacidad al reconocer la incapacidad absoluta y la parcial.[25]

Precisamente, el Artículo 12 de la Convención persigue evitar que un déficit en la capacidad mental sea una barrera para alcan-zar el mayor grado de reconocimiento posible de la capacidad jurídica de cualquier ser humano.[26] Esta aspiración encarna un postulado de equiparación de diferencias que ejemplifica la igualdad real a la que debemos apuntar todas las Naciones.
Si el notariado y la judicatura no se encuentran activos en esa encomienda, esa aspiración quedará en letra muerta y el rigorismo y el formalismo jurídico constituirá una barrera insalvable para el sector vulnerable bajo estudio. Una aplicación simplista de la dicotomía capacidad/incapacidad nos conduciría a un automatismo jurídico que no permitiría erradicar el trato discriminatorio. En ese sentido, la consecución de la igualdad real a través de la equiparación de diferencias quedaría frustrada.

---

[23] *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública*, supra nota 6, en la pág. 18.

[24] Gerardo J. Bosques Hernández, *10 cambios notables en el derecho de familia del nuevo Código Civil*, 25 de septiembre de 2020, https://aldia.microjuris.com/2020/09/25/10-cambios-notables-en-el-derecho-de-familia-del-nuevo-codigo-civil/.

[25] El Artículo 102 del Código Civil de 2020 establece que son incapaces absolutamente:
(a) la persona que tiene disminuidas o afectadas permanente y significativamente sus destrezas cognoscitivas o emocionales y tal estado le impide percatarse del contenido y alcance de los actos ordinarios y jurídicos que realiza; y
(b) la persona que padece una condición física o mental que le imposibilita cuidar de sus propios asuntos o intereses, mientras se encuentra en este estado. 31 LPRA § 5612.
Además, el Artículo 104 del Código precitado establece las causas para que una persona pueda considerarse incapacitada parcialmente, la cual tendrá restringida su capacidad de obrar por sí misma en los asuntos que afectan sus bienes o sus intereses personales, con las limitaciones que expresamente le imponen la ley o la sentencia de incapacitación, a saber:
(a) el menor no emancipado;
(b) la persona que padece de discapacidad mental moderada y que tiene una vida útil e independiente;
(c) la persona con discapacidad física que no puede comunicarse efectivamente por ningún medio, y que requiere asistencia para hacerse entender, para participar consciente o activamente en algún acto jurídico o para consentir expresamente y por escrito a una obligación;
(d) la persona que dilapida su patrimonio de modo ligero y desenfrenado, con probado menosprecio de las atenciones de previsión familiar que le son propias y de sus obligaciones pecuniarias; y
(e) la persona que habitualmente consume bebidas embriagantes, drogas o sustancias controladas por ley, que haya desarrollado tal grado de dependencia fisiológica o psicológica de ellas que le produzca un estado físico, mental y anímico que le impide tomar decisiones acertadas sobre su estabilidad y su seguridad personal; sobre sus bienes y su solvencia económica; sobre la atención de sus obligaciones jurídicas; y sobre su inserción en procesos conducentes a su rehabilitación. Id. § 5614.

[26] Véase *Convencion sobre los derechos de las personas con discapacidad,* supra nota 2, en las págs. 11-12.

IV. EL ROL NOTARIAL Y JUDICIAL EN LA PRESTACIÓN DE UN SISTEMA DE APOYO PARA PROCURAR EL EJERCICIO DEL MAYOR GRADO DE CAPACIDAD JURÍDICA POSIBLE

De otra parte, el cuarto principio constituye uno de los principales pilares que sostienen el adecuado discernimiento del tema bajo estudio, a saber: el rol notarial y judicial en la prestación de un sistema de apoyo para procurar el ejercicio del mayor grado de capacidad jurídica posible en las personas con discapacidad. Sabido es que el inciso (5) del Artículo 12 de la Convención propende a que los Estados partes tomen todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes sin ser privadas de estos de forma arbitraria, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.[27]

Sin un sistema de apoyo adecuado, esas disposiciones sencillamente pueden quedar en meras aspiraciones. En el citado articulado se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados no deben denegar de plano la capacidad jurídica de las personas con diversidad funcional, sino que deben facilitar su acceso al apoyo necesario para la toma de decisiones con efectos jurídicos.

El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. Es decir, nunca debe consistir en decidir por ellas. Como bien apunta la Guía Notarial, si bien es cierto que la Convención no especifica cómo debe ser el apoyo, no es menos cierto que éste es un término amplio que engloba arreglos de distintos tipos e intensidades.[28] Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden establecer su propio sistema de apoyo compuesto por una o más personas de confianza que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, como también pueden recurrir al respaldo mutuo o a la asistencia para comunicarse. Además, el sistema de apoyo puede comprender medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universal (tales como, exigir a entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, que ofrezcan información comprensible para los miembros de esta comunidad), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconoci-

[27] Id. en la pág. 12.

[28] *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública, supra* nota 6, en la pág. 19.

miento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. En este aspecto, la legislación aplicable en Puerto Rico instrumenta y suplementa parcialmente la ausencia de la normativa de la Convención. A modo de ejemplo, la normativa federal cataloga las sedes notariales y oficinas de abogado como facilidades que tienen que cumplir con determinados parámetros de accesibilidad y anti-discrimen en sus servicios.

Finalmente, recalco que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica requerirá un escrutinio de las normas adoptadas para comprobar su observancia con los parámetros constitucionales y las normas de derechos humanos que las enmarcan. A la luz de las normas de Derecho discutidas en esta ponencia, me parece que hay taller para la comunidad jurídica y la judicatura en la erradicación de cualquier barrera discriminatoria que sea lesiva a las garantías constitucionales que cobijan a los miembros de esta comunidad y evite la incorporación de un adecuado sistema de apoyo.

Ese rol interpretativo no es uno meramente judicial, sino que el notariado en muchas situaciones tiene el terreno fértil para realizar interpretaciones de avanzada que eventualmente sentarán precedente en la jurisprudencia. Es por ello que, en la pasada Jornada celebrada en Tenerife, tuve la oportunidad de resaltar y cito:

En contraste con el notariado anglosajón, el notario latino no es un mero documentador. Tal como ha expuesto Francesco Carnelutti: "El notario lo que hace en realidad es interpretar, traducir la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, ligar la ley al hecho".[29] Por tanto, reafirmo que si existe la determinación y el com-promiso, contamos con las herramientas para manifestar tales objetivos.

V. LA SENSIBILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y JUDICIA

Al igual que en muchos temas de derechos humanos y del ac-ceso a la justicia, la voluntad y la sensibilidad son elementos clave. Ciertamente, un discernimiento óptimo de la materia requiere que su análisis se enmarque en el principio de la sensibilidad. Ésta, a su vez, debe estar acompañada de la voluntad para usar las herramientas jurídicas en servicio de las personas con discapacidad, así dirigida a promover la confianza y comunicación adecuada con la persona que necesita un sistema de apoyo.

[29] Luis F. Estrella Martínez, *El notariado latino en Puerto Rico como exponente de las aspiraciones del sistema jurídico iberoamericano*, 60 REV. D. P. 545, 548 (2021) (citando a Francesco Carnelutti, *La figura jurídica del notario, REVISTA INTERNACIONAL DEL NOTARIADO 6, 1950, en la pág. 320).*

Esa toma de conciencia no es una dádiva sino un deber del ejercicio de nuestras profesiones, el cual, incluso, está recogido en Puerto Rico en los Códigos de Ética que rigen la profesión de la abogacía y la judicatura.

El Artículo 8 de la Convención precisa que tal deber es uno colectivo con implicaciones en la sociedad en general y no meramente en la relación abogado-cliente, al acertadamente disponer, en su parte pertinente, la responsabilidad de:

a) **Sensibilizar** a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas[.][30]

Nótese que la Convención le da contenido a la sensibilidad para que no caigamos en el error de promover una indebida categorización de minusvalía en este sector. Por ello, tengamos presente que como bien reconoce *La carta de derechos de las personas con impedimento:* "los impedimentos son una creación social, las personas no son impedidas[,] sino que los sistemas impiden a las personas".[31] Indudablemente, la insensibilidad es una de las barreras que se erigen en los sistemas que no reconocen plenamente los derechos de las personas con discapacidad.

VI. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LA PROPIA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El próximo principio puede resumirse en fomentar el mayor grado de participación efectiva de la propia persona con discapaci-dad y está entrelazado con los principios ya discutidos. Ello requerirá que nuestros ordenamientos vayan encaminados a erradicar las líneas tajantes entre capacidad e incapacidad, sentando las bases para un fortalecimiento del concepto "capacidad suficiente" como impulsor de una participación efectiva de la persona con discapacidad.
Sin duda, los postulados de la Convención encarnan ese cam-bio radical. Valls Xufré apunta a la aportación de la Convención en establecer que "[n]o hay incapaces, sino personas que necesitan un apoyo. . .".[32]

[30] *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, supra* nota 2, en la pág. 9 (énfasis suplido).

[31] La carta de derechos de las personas con impedimentos, Ley Núm. 238-2004, 1 LPRA § 512 (nota) (2016).

[32] Josep M. Valls Xufré, *La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La convención de Nueva York y su incumplimiento en España*, 9 de noviembre de 2020, https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana/.

VII. EL TRATO INDIVIDUALIZADO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE APOYO

Por último, y no menos importante, el séptimo principio consiste en promover un trato individualizado en la implantación de los sistemas de apoyo.

Según expuesto durante esta ponencia, la inaplicabilidad de la Convención no puede ser excusa para impedir el avance de sus postulados presentes en las garantías locales, en beneficio a la protección y el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En ocasiones, esa falta de trato individualizado efectivo no se alcanza a causa de la desinformación, la falta de sensibilidad y la ausencia de voluntad para reconocer las herramientas jurídicas a nuestro alcance, entre otros factores.

La garantía constitucional para proteger la dignidad humana es un postulado reconocido expresamente en la Constitución de Puerto Rico y, a mi juicio, es la piedra angular en la ejecución de este principio. Éste va de la mano con la política pública de promover el mayor grado de ejercicio de la capacidad de las personas con diversidad funcional.

Esta ecuación jurídica es germana con el Artículo 26 de la Convención que impone la responsabilidad a los Estados de adoptar medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el "apoyo" de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, su capacidad física, mental, social y vocacional, y su inclusión y participación en todos los aspectos de la vida.[33]

No cabe duda de que ese trato individualizado en la implantación de los sistemas de apoyo resulta clave para erradicar la arcaica dicotomía de la capacidad plena y la incapacidad absoluta. Como ya hemos discutido, no debemos cometer el error de caer en etiquetas simplistas que podrían, incluso, conducir a una degradación de la dignidad de las personas con discapacidad. A modo de ejemplo, sería un error tratar uniformemente a toda la población con síndrome de Down, sin reconocer la individualidad de cada uno de sus miembros y sus aportaciones específicas en múltiples facetas profesionales y sociales.

Enfrentados con el reto de brindar un trato individualizado, no debe perderse de vista otro aspecto medular que ha quedado un tanto rezagado en la discusión teórica y, peor aún, en la implantación

[33] *Convencion sobre los derechos de las personas con discapacidad, supra* nota 2, en las págs. 21-22.

de políticas públicas relacionadas con los sistemas de apoyo de los cuales depende este trato. Me refiero a que los notarios también necesitan un sistema de apoyo que les coloque en una posición de comodidad para ejercer su juicio al momento de ofrecer los servicios a esta población y procurar el nivel más alto de capacidad de obrar en clientes de esta naturaleza. Sin ese sistema de apoyo al Notario, será cuesta arriba -especialmente en jurisdicciones en las que la Convención no sea vinculante y que no exista legislación especial- que se alcance el reconocimiento pleno de los derechos discutidos y analizados en este importante evento.

Ante ese cuadro, las tres Ramas de Gobierno deben reconocer la importancia de tomar acciones afirmativas también desde la perspectiva del Notario. En ese sentido, retomo ese rol similar del notariado y la judicatura para traer a la discusión la necesidad de introducir a nuestros respectivos ordenamientos jurídicos elementos de respaldo al notario en ese juicio tan delicado dirigido a procurar el mayor grado de reconocimiento de la capacidad jurídica de su cliente. Hay que explorar la necesidad de proveer garantías para apoyar al notario en la adopción de un juicio responsable, independiente y, lo más importante, que esté protegido al mayor grado posible en términos de su apreciación profesional. Claro está, manteniendo sus responsabilidades éticas y sin pretender que se goce de una inmunidad absoluta cuando medien intenciones ajenas a la ley.

Otro aspecto importante para incentivar que el Notariado pueda instrumentar sistemas de apoyo efectivos y, al mismo tiempo sentirse apoyado, lo constituye el ámbito de los seguros por responsabilidad profesional, particularmente el garantizar el ofrecimiento de cubiertas que le brinden certeza y tranquilidad al momento de brindar ese trato individualizado ideal.

De otra parte, también resulta clave el aspecto ético. Este tipo de investigación y estudio me brindó la oportunidad de concienciarme en torno a la necesidad de que seamos sensibles, justos y conscientes de los retos que tiene el notario en este ámbito. Ello, en particular, al momento de atender quejas de partes que aleguen ser afectadas por el ejercicio de los derechos que válidamente obren las personas con discapacidad a través de los actos autorizados por los notarios.

Finalmente, el rol del Poder Judicial es incuestionable para brindarle ese sistema de apoyo al notario. Aun con los obstáculos sustantivos discutidos en esta ponencia y la falta de garras en el actual Código Civil, existe margen para procurar que esas sentencias de incapacitación parcial sean lo más particularizadas posible y provean al notariado y al resto de la sociedad un mapa claro encaminado a que el dictamen se adapte al mayor grado de capacidad natural de la persona sobre quien recaiga el dictamen. A mayor profundidad de las lagunas en esta materia, mayor es la responsabilidad del Poder Judicial, por virtud del mismo Código Civil de Puerto Rico, de proveer

remedios en equidad para que las garantías estatutarias y constitucionales aplicables no se conviertan en letra muerta.

Termino estos pensamientos con una poderosa cita de la Ley 8/2021 de España que recoge muchas de las barreras que ha enfrentado este sector vulnerable en el ámbito que nos ocupa:

No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.[34]

Con esta ponencia, espero haber contribuido a la evolución de la discusión y el desarrollo de herramientas para la creación de una política pública dirigida a la búsqueda del pleno reconocimiento de los derechos y la protección de las personas con discapacidad. Espero haber demostrado que los retos de la judicatura y el notariado en esta materia son muy similares, por lo que debemos implantar y poner en acción los principios comunes discutidos para ambos roles. Afirmo que estos principios representan mecanismos e instrumentos prácticos para materializar los postulados que deben guiar la función notarial y judicial para fortalecer los derechos de las personas con discapacidad. Al compartir la experiencia de Puerto Rico, espero haber demostrado que la inaplicabilidad de la Convención, aunque inconveniente, no debe ni puede ser una excusa para no alcanzar la meta del pleno reconocimiento y la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Aunque haya jurisdicciones que no cuenten con las herramientas más idóneas, existen las suficientes para lograr un cambio sustantivo y procesal. Eventos como este también promueven una discusión necesaria para que los tres Poderes de los Gobiernos reconozcan la urgencia de agregar más herramientas concretas y accesibles. La pregunta clave es: ¿existe la voluntad? Espero y seguiré luchando porque la contestación sea un rotundo sí.
Muchas gracias.

[34] Ley por la que se reforma la legislacion civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad juridica, en la pág. 67,791 https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8 (España) (versión digital).

3

PREMIO
A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

"PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA"



GRUPO DE INVESTIGACIÓN:
Sebastián Justo Cosola, Javier Hernán Moreyra, Karina Vanesa Salierno, Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA
SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021



TEMA DE INVESTIGACIÓN:

CAPACIDAD Y VULNERABILIDAD

PRINCIPIOS Y PROPUESTAS DEL NOTARIADOPARA EL EJERCICIO PLENO DE LOS DERECHOS

Trabajo de investigación jurídica
de la República Argentina

Desarrollado sobre la base del tema II de la Jornada Notarial Iberoamericana 2021: "El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito notarial".

GRUPO DE INVESTIGACIÓN:

Sebastián Justo Cosola
Javier Hernán Moreyra
Karina Vanesa Salierno
Marcela Viviana Spina
Otilia del Carmen Zito Fontán

Sumario

CAPÍTULO PRIMERO
Capacidad y vulnerabilidad

1. Introducción: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

2. La capacidad jurídica
2.1 Cambios trascendentes
2.2 La capacidad de ejercicio y la regla del discernimiento
2.3 El juicio de discernimiento notarial

3. La vulnerabilidad exorbita el concepto de capacidad jurídica
3.1 Las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas vulnerables
3.2 La vulnerabilidad plantea un desafío para los operadores jurídicos
3.3 La vulnerabilidad objetiva de las personas con discapacidad. Vulnerabilidad digital
3.3.1. Las barreras digitales

CAPÍTULO SEGUNDO
Los apoyos y otras figuras de asistencia para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad

1. ¿Qué es el apoyo en los términos de la CDPD?

2. Otras figuras de asistencia
2.1. Persona de "Confianza"
2.2. El facilitador
2.3. Mediadores Personales

3. Evaluación del tipo de apoyo que pueden necesitar las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica.
3.1. Ejercicio autónomo
3.2. Asistencia en la toma de decisiones
3.3. Asistencia de terceras personas
3.2 Asistencia de un apoyo más intenso
3.3. El tema plantea un debate que continúa abierto
3.4. Cómo resuelven las legislaciones esta realidad insoslayable y cómo se implementan y designan los apoyos
3.5. A modo de conclusión

4. Salvaguardias

5. Accesibilidad. Diseño universal. Ajustes razonables. Tres conceptos distintos

6. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico argentino. Apoyos judiciales y extrajudiciales

7. La ausencia de normativa pone en crisis el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la CDPD por el Estado argentino

8. Medidas voluntarias de apoyo. Directivas anticipadas en previsión de la propia incapacidad

9. Apoyos extrajudiciales. Propuesta de implementación de Acuerdos de apoyo en sede notarial, en el actual marco legal
9.1 Reciente interpretación jurisprudencial

Sumario

10. Acuerdo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica
10.1. Personas que pueden designar apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica
10.2. Personas que pueden ser designadas para ejercer la función de apoyo
10.3. Contenido del acuerdo
10.4. Registración del Acuerdo
10.5. Participación de la persona designada para ejercer la función de apoyo, en el otorgamiento de actos que produzcan efectos jurídicos
10.6 Efectos
10.7 Responsabilidad de la persona que ejerce la función de apoyo

CAPÍTULO TERCERO

Implementación de la Guía de Buenas Prácticas notariales aprobadas por la UINL en la Asamblea celebrada en la Ciudad de Yakarta, Indonesia, en Noviembre de 2019. Recepción por los notariados del Área Iberoamericana con independencia de que los países hayan ratificado la CDPD o reformado su derecho interno

1. Introducción

2. Buenas prácticas
2.1 Acceso al notariado
2.2 El notario como autoridad pública y apoyo institucional
2.3 Ajustes razonables
2.4 Acceso universal
2.5 Leguaje sencillo
2.6 Apoyos
2.7 Actividad notarial creadora de derecho
2.8 Capacitación permanente y toma de conciencia

3. Necesidad o no de reformas legislativas notariales además de las legislaciones civiles

CAPÍTULO CUARTO

Parte especial

1. Adecuaciones normativas
1.1 Perú
1.2 Colombia
1.3 Costa Rica
1.4 Puerto Rico
1.5 España
1.7 Argentina
1.8 México
I. El "Amparo en Revisión 1368-2015"que declaró la inconstitucionalidad de la Interdicción
II. Amparo en revisión número 702/2018. Sentencia del 9 de setiembre de 2019

2. El control de constitucionalidad y de convencionalidad
2.1 El control de constitucionalidad y convencionalidad del notario

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Bibliografía

Amaya, Jorge A. (Dir.), Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad. Parte General, t° 1, Astrea, Buenos Aires, 2018.

Amaya, Jorge A., Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad, Astrea, Buenos Aires, 2017.

Arauz-Castex, Manuel- Llambías, Jorge J., Derecho Civil. Parte General, t° II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1955.

Arnaud, André-Jean y otros, Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 60.

Aylward, Carol, "Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide", en Journal of Critical Race Inquiry, Vol 1, Nº 1

Bahareh, Keith, Department of Pediatrics, University of Florida College of Medicine, Gainesville Randall Children's Hospital at Legacy Health, Portland, Oregon, Center on Children and Families, University of Florida Levin College of Law, Gainesville, disponible en https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/article-abstract/2613405

Basterra, Marcela I., Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.

Beloff, Mary, Presentación al libro Derecho, infancia y familia, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 11.

Bianchi, Alberto B., Dinámica del Estado de Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

Bidart Campos, German A., Manual de la Constitución reformada, T° 1, Ediar, Buenos Aires, 2013

Bidart Campos, Germán J., "Familia y Derechos Humanos" en Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 85 y ss.

Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, T. I, y T. II, 1ra reimp., Buenos Aires, Ediar, 1998.

Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 2001, t. I-B, p. 51.

Bielsa, Rafael, Los conceptos jurídicos y su terminología, Depalma, Buenos Aires, 1.961.

Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, T. 1, 20 ed. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2006.

Bourzac, Katherine, "Sacando provecho del poder de la persuasión", MIT Technology Review, disponible en https://www.technologyreview.es//s/1468/sacando-provecho-del-poder-de-lapersuasion (último acceso 31-7-2021).

Castro Girona, Martinez, Almudena. Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en Revista El Notario del Siglo XXI del Colegio de Notarios de Madrid. Número ENSXXI Nro.98 Julio- Agosto 2021 https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10763-proyecto-de-ley-por-el-quese-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-condiscapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica

Bibliografía

Cardona Llorens, Jorge, "La Convención de los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos" en Nuria González Martín (Coord.), Temas de actualidad jurídica sobre la niñez, Porrúa, México, 2012, p. 2.

Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2009.

Cifuentes, Santos, Los derechos personalísimos, Lerner, Córdoba, 1.974.

Cillero Bruñol, Miguel, "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección

De J. Finkelstein, traducido por Mikel Salazar González, basado en File: Maslow's hierarchy of needs.svg, de J. Finkelstein, CC BY-SA 3.0, https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=2696674

Devandas Aguilar, Catalina. Informe presentado en la Asamblea de la ONU en diciembre de 2017.A / HRC / 37/56 y versión fácil de leer. Informe del relator especial sobre Capacidad Jurídica y toma de decisiones con apoyoPresentada al CDH en su 37 ° período de sesiones, 6 de marzo de 2018. https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/LegalCapacity.aspx

Dworkin, Ronald, "El Liberalismo", en Liberalismo, constitución y democracia, Buenos Aires, La Isla de la Luna, 2003, p. 30.

Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113.

Fernández Sessarego, Carlos, Derecho de las personas, Grijley, Lima, 2004.

Gelli, Maria Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, t° I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018.

Gil Dominguez, Andrés, El estado constitucional y convencional del derecho en el Código Civil y Comercial, Ediar, Buenos Aires, 2016.

Gil Domínguez, Andrés Famá, Victoria, Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2012.

Giones-Valls, Serrat-Brustenga, textos universitaris de biblioteconomia i documentació. Recuperado el 22 de febrero de 2017, de http://bid.u b.edu/24/gione s2.htm (junio de 2010).

Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas," en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (eds.), Tratado de Derecho a la Salud, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, ps. 133-159.

Grosman, Cecilia O., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL 1993-B-109.

Grosman, Cecilia P (dir.), Videtta, Carolina A., (coord.) Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado de su propio cuerpo. T.I y II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019.

Grosman, Cecilia P (dir.), Videtta, Carolina A., (coord.) Responsabilidad Parental. Derecho y realidad. Una perspectiva psico-socio-jurídica, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2019.

Bibliografía

Guastini, Riccardo, Cuestiones de ciencia jurídica y teoría constitucional. "Discutendo", BdeF, Buenos Aires, 2020.

Herrera, Marisa, "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de los niños, niñas, adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", en Justicia y Derechos del Niño, Buenos Aires, Nº 11, p. 107.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Molina de Juan Mariel, F. (coord.) Paradigmas y desafíos del derecho de las familias y de la niñez y adolescencia, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2019.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Borrillo, Daniel A., Rodríguez, Jesús F. (coord.), Nuevos Desafíos del Derecho de Familia, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lloveras, Nora (dir.), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, T. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Krasnow, Adriana N., Iglesias, Mariana, Familia y Sucesiones contexto jurisprudencial y doctrinario del Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2017.

Lasarte Álvarez, Carlos, "La capacidad de obrar del menor", en La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores, María Paz Pous de la Flor, Rosa Lonsegui, Guillot A., Fátima Yañez Vivero (coords), p. 10.

Levi Straus, Claude, La identidad, España, Ediciones Petrel, 1891, p. 7.Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, Astrea, Buenos Aires, 2015.

Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte General, t° II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.

Loffler, Ernesto A., Supremacía y primacía normativa. La Constitución Nacional frente a los tratados internacionales de derechos humanos, Ábaco, Buenos Aires, 2020.

Lorenzetti, Ricardo L., Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de La Nación Argentina, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016.

Loutayf Ranea, Roberto G.-Colombo Murúa, Ignacio- Rueda, Roque- Solá, Ernesto, Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, Astrea, Buenos Aires, 2018.

Medina, Graciela, "artículos 401 a 723", en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Julio César Rivera, Graciela Medina (dir.) y Mariano Esper (coord.), T. II, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2014, p. 502.

Mender Bini, Susana Eloísa, "Privacidad y protección de datos personales. Tratamiento de sus vulnerabilidades en los Estados Unidos, Argentina y la Unión Europea (sesgos, fortalezas y similitudes en su legislación y jurisprudencia)", en El Derecho Diario, T. 288, 2020, ED-CMXXI-637.

Bibliografía

Midón, Mario A.R., Control de convencionalidad, Astrea, Buenos Aires, 2016.

Midón, Mario A.R., Manual de derecho constitucional argentino, La Ley, Buenos Aires, 2018.

Morello, Augusto M., Persona, sociedad y derecho, Lajouane, Buenos Aires, 2006.

Mosset Iturraspe, Jorge y Piedracasas, Miguel, Código Civil anotado. Responsabilidad Civil, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 65.

Mosset Iturraspe, Jorge, Derecho civil constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa FE, 2011.

Mosset Iturraspe, Jorge, El valor de la vida humana, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

Nieto, María Bibiana, Derecho a la intimidad del niño, Buenos Aires, El Derecho, 2020.

Nikken, Pedro, Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva de acceso a la justicia y la pobreza, en "Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos", San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008. En: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23706.pdf (Consulta 5/08/2021).

Nino, Carlos, Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación, 2ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 1.

Prensky, Marc, "Nativos e inmigrantes digitales", adaptación al castellano del texto original "Digital Natives, Digital Immigrants", en www.marcprensky.com

Rajmil, Alicia, Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Capacidad de ejercicio. Los derechos personalísimos. Derecho al propio cuerpo. Ponencia en "IV Congreso Argentino Latinoamericano de Derechos Humanos: Diálogos pluriculturales para la equidad", Rosario, mayo 2013.

Richardson, Johana. El lenguaje Claro: Una tendencia mundial. En diario la La Ley suplemento especial Lenguaje claro. del 6 de Septiembre de 2021 Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2525/2021

Ripert, Georges- Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, t° I, La Ley, Buenos Aires, 1988.

Ripert, Georges- Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, t° II, La Ley, Buenos Aires, 1988.

Ripert, Georges- Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, t° III, La Ley, Buenos Aires, 2.005.
Rivera, Julio C., Instituciones de Derecho Civil-Parte General, t° I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

Rivera, Julio C., Instituciones de derecho civil. Parte General, t° I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

Rivera, Julio C., Personas de existencia visible, en Belluscio,César A.(Dir.)-Zannoni, Eduardo A. (Coord.), Código Civil y Leyes Complementarias, t° I, Astrea, Buenos Aires, 2005.

Bibliografía

Rivera, Julio Cesar, "Derechos Personalísimos", en Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 125.

Rocca, Fernando Bernabé en El Lenguaje Claro en la agenda pública. En La Ley Suplemento Especial. Lenguaje Claro del 6 de Septiembre de 2021. Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2525/2021

Rodríguez, Ángel, Integración europea y derechos fundamentales, Madrid, Civitas, 2001, p. 100.

Rosatti, Horacio, Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 55.

Rosatti, Horacio, El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

Sabsay, Daniel A., Manual de Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2016.

Sales, Nancy Jo, American Girls Social Media and the Secret Lives of Teenagers, Vintange Books, Penguin Random House, New York, 2017, p. 9-10.

Salvat, Raymundo M. -Act. Víctor Romero del Prado-, Tratado de derecho civil argentino. Parte General, t° II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958.

Salvioli, Fabián, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimiento y jurisprudencia, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétano, 2020, p. 14.

Sambrizzi, Eduardo A., Derecho de Familia. Responsabilidad Parental, Thomson Reuters, Buenos Aires, La Ley, 2017.

Sánchez-González, Diego y Egea-Jiménez, Carmen, Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socio ambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252011000300006

Santolaya Machetti, Pablo, El derecho a la vida familiar de los extranjeros, Valencia, Institut de Pret Public, 2004, p. 67 y ss.

Spota, Alberto G. -Leiva Fernández, Luis F.P, Contratos. Instituciones de derecho civil, t° II, La Ley, Buenos Aires, 2.009.

Sunstein, Cass R., Choosing not to choose, understanding the value of choice, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Tapscott, Don y Alex, La Revolución Blockchain, Barcelona, Planeta, 2017.

Bibliografía

Tello, Lucía, "Intimidad y extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook", en Comunicar, Nº 41, v. XXI, Madrid, 2013, pp. 205-213.
Tobías, José, Capacidad, en Alterini, Jorge (Dir. Gen.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, t° I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2.016.

Toller, Fernando M., "El carisma universitario en la promoción de los derechos fundamentales de la persona", en Auctoritas Prudentium, Nº 5, Guatemala, 2011, pp. 5-29.

Tomeo, Fernando, "Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil", Buenos Aires, LL online, 2010, C, 1025, AR/DOC/3468/2010.

Trucco, Marcelo F. Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho y el derecho interno 2007www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DASF070025 interno 2007www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DASF070025

Ubeda de Torres, Amaya, Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos, Madrid, Reus, 2007, pp. 618-619.

Urra Portillo, Javier, "Niños y jóvenes sujetos de derechos y de deberes", en La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario, Centro Internacional de Estudios Políticos, Bosch, Barcelona, 1998, p. 657.

Vaninetti, Hugo A., "Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn", LL online, 2019-B-777.

Vanossi, Jorge R- Dalla Vía, Alberto R., Tratados internacionales, integración y derechos humanos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019.

Von Thur, Andreas, Parte general del derecho civil, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018.

Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D., "The right to privacy", en Harvard Law Review, vol. 4, Nº 5 del 15-12-1890, ps. 193-220.

Women´s rights Online: Translating Access into Empowerment, World Wide Web Foundation, 2015. https//webfoundation.org/research/womens-rightsonline-2015/

World Economic Forum, The global Gender Gap Index 2015, World Economic Forum, 2015, http//wef.ch/1Mkpfot

Zuboff, Shoshana, "Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization". Springer Link, Journal of Information Technology 30, Nº 1 (2015): 75-89. En https://link.springer.com/article/10.1057/jit.2015.5.

Zysman, María, Ciberbullying. Cuando el maltrato viaja en las redes, Buenos Aires, Paidós, 2017.

CAPÍTULO PRIMERO

Capacidad y vulnerabilidad

1. Introducción: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El propósito de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, *CDPD*) es "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respecto de su dignidad inherente*". Es una norma universal jurídicamente vinculante que proporciona la orientación internacional para llevar a cabo las reformas legislativas necesarias y conducentes para hacer operativas sus disposiciones. Los Estados que ratifican la Convención se obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad y la vida digna de las personas, adecuar su legislación y establecer políticas públicas para hacerlas cumplir. La Convención se desarrolla sobre una serie de principios basados en la visibilización, inclusión, no discriminación, autonomía y autorregulación del proyecto de vida, el derecho a la vida, la educación, al trabajo, a la salud, a formar una familia y a la participación cívica, social y cultural de las personas con discapacidad.

Dentro de este marco transformador, el derecho interno de cada Estado que ha ratificado la Convención se vio impactado directamente por nuevos paradigmas que movilizaron las fibras básicas de los sistemas jurídicos. En este sentido, la regulación de la capacidad de ejercicio como institución milenaria del derecho civil fue impactada por la Convención sobre los derechos de las personas con

discapacidad, lo que motivó la movilización de la comunidad jurídica para replantear los escenarios normativos en favor del reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad. Estos cambios profundos que produjo la Convención, nos llevan a indagar e investigar cuestiones como la tensión entre la autonomía de la voluntad y el proteccionismo estatal o paternalismo estatal justificado, las transformaciones profundas en relación con los representantes y apoyos y el desborde de la noción civilista de capacidad de ejercicio asociada a los actos jurídicos.

Entre los cambios más importantes que se produjeron con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, es sin lugar a dudas el que se dio con la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad. Sobre todo a partir del reconocimiento de la tutela de la dignidad humana como principio del ordenamiento jurídico, se procura impulsar que las personas puedan tomar por sí mismas las decisiones vinculadas con el ejercicio de sus derechos. La capacidad es uno de los atributos o cualidades intrínsecas de la persona, junto con el nombre, el domicilio, el estado de familia y el patrimonio, por lo cual parece jurídicamente imposible hablar de “incapacidad jurídica” sin romper el esquema transcendental de la personalidad humana. Los atributos son para la persona humana tanto inherentes como correspondientes.

En este sentido, el sistema de la capacidad jurídica se posiciona como un régimen legal de protección, en virtud del reconocimiento de la existencia de limitaciones que presentan ciertas personas para ejercer por sí mismas los derechos y obligaciones de los cuales es titular por su especial condición de vulnerabilidad.

La capacidad de ejercicio se conecta con la autorresponsabilidad, y si la persona no tiene aptitud suficiente para ejercer sus derechos por sí misma, debe tener acceso al apoyo que necesite que la coloque en una situación de igualdad frente a los demás, y no negarle la capacidad jurídica que es un derecho inherente a su condición humana

La conexión entre dignidad como condición humana y capacidad de ejercicio significa claramente que se ha puesto énfasis en que sea la misma persona la que ejerza sus derechos con autonomía. Esto explica ciertamente, que en el derecho actual la teoría de los derechos personalísimos o de la personalidad ocupa un lugar central en el estudio de la comprensión del derecho.

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos interpela el concepto clásico de capacidad de ejercicio y a partir de allí la necesaria reforma legislativa, que en la mayoría de los Estados resultó insuficiente. Aun así, se viene marcando un camino cuyo objetivo principal es representado por el principio supremo o superior de la Convención en tratamiento, que es el principio de autonomía de la voluntad, en un marco de respeto por los derechos y preferencias de la persona humana.

En este sentido, el art. 12 de la CDPD establece el derecho a la igualdad en el reconocimiento como personas ante la ley. Así, los Estados deben reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de la vida. Para ello, se deben adoptar medidas que sean suficientes para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, promoviendo esencialmente, su propia autonomía. En esta orientación que venimos sosteniendo, resulta oportuno tener presente la primera

observación general emanada del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) que impulsó el modelo de apoyos que reemplazaría el régimen sustitutivo de voluntad por los sistemas integrativos. La Convención marca la importancia de la toma de decisiones sobre el propio proyecto de vida que comprende una variedad de derechos, actos, servicios de salud, disposición de derechos personalísimos anteriormente aludidos, y simples actos de la vida cotidiana.

En esta inteligencia, entendemos que para el desarrollo de la vida de relación, la concepción de la capacidad jurídica del derecho civil sigue resultando insuficiente; las herramientas o técnicas promovidas por tal derecho parecen limitadas, evidenciándose claramente un verdadero «desborde» del propio concepto de capacidad jurídica. En el derecho argentino y en general, en todo derecho que reconozca una raíz latina, la capacidad fue la medida de la *personalidad*[1]*,* y hoy es mucho más que eso: una institución que mantiene un vínculo estrecho con las nociones de *personalidad, de imputabilidad y de responsabilidad.*

2. La capacidad jurídica

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina reúne en su seno una vasta y variada cantidad de fuentes del derecho, permitiendo así un amplio margen para la argumentación jurídica -con reglas claras de remisión a principios generales del derecho y a la aplicación de supuestos especiales por interpretación analógica-. Su fuente principal, sostenida normativamente, es la

[1] SPOTA, ALBERTO G. -LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t° II, La Ley, Buenos Aires, 2.009, p. 161.

Constitución Nacional, lo que permite hacer presumir que la comprensión y desarrollo de la parte general de la capacidad en las personas en general, necesariamente tiene que presentar un «tamiz constitucional». Además de ello, se incorporan en nuestro país al propio texto constitucional –aunque técnicamente, no formando parte de la Constitución[2]-, los tratados con jerarquía de Derechos Humanos que también se convierten en ley superior de la Nación, y que se encuentran en permanente diálogo y retroalimentación con la propia Carta Magna, generando la noción de Estado Constitucional y Convencional del Derecho[3] al que actualmente se encuentra sometido, para su ejercicio, el jurista argentino. Se generan así, denominaciones verdaderamente trascendentes, como el denominado «bloque de constitucionalidad», a partir de la última reforma Constitucional argentina (1994), que se encuentra conformado por un conjunto normativo que parte de la Constitución con capacidad para añadir disposiciones, valores y principios que son de naturaleza constitucional, pero que se encuentran fuera del texto de la constitución escrita[4]; en el ejemplo, los referidos tratados y otras fuentes internacionales de la misma jerarquía, que a través de un procedimiento especial descripto en la norma fundamental, pueden alcanzar a convertirse también en ley suprema de nuestra nación. La noción de bloque nos posiciona frente a un sistema compacto de respeto por la concreción de los derechos fundamentales; y aunque con razón se generan dudas en torno a la precisión del alcance de la alocución[5], lo cierto es que la misma nos obliga

[2] MIDÓN, MARIO A.R., *Manual de derecho constitucional argentino,* La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 165.

[3] Gil Dominguez, Andrés, *El estado constitucional y convencional del derecho en el Código Civil y Comercial,* Ediar, Buenos Aires, 2016, p. 29.

[4] BIDART CAMPOS, GERMAN A., *Manual de la Constitución reformada,* T° 1, Ediar, Buenos Aires, 2013, p. 276.

[5] VANOSSI, JORGE R- DALLA VÍA, ALBERTO R., *Tratados internacionales, integración y derechos humanos,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 46. Advierten los autores que existe confusión en el tratamiento del tema, existiendo juristas que se refieren al bloque de constitucionalidad como aquello que comprende a la

a pensar y repensar el ejercicio del derecho actual que, técnicamente, pueda alejarse o no tener en cuenta el orden superior constitucional y convencional en referencia.

Existe un evidente diálogo, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, más allá de las posturas sostenidas desde la doctrina y desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación –tesis monistas o tesis dualistas[6]- que tenemos que atender y tener siempre presentes. En definitiva, para el derecho argentino la Constitución no es «un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar determinados objetivos[7]».

Decía el maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO que la vida humana social y los valores representan el elemento dinámico del derecho; movimiento que siempre termina por generar conflictos entre el comportamiento humano y las normas previstas, a las que hay que constantemente poner en revisión[8]. Por ello es que la denominada «dinámica del Estado de derecho» en nuestro país se refiera puntualmente, a las cuestiones emergentes de los conflictos sociales entre las emergencias y la seguridad jurídica que emana de la norma[9].

Constitución Nacional conjuntamente con los Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; otros que la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos comparte el mismo rango o hasta superior que la Constitución, mientras que otros advierten que el bloque es una norma abierta que conforme al principio «pro homine» puede considerar comprendido incluso aquellos tratados de derechos humanos no firmados ni ratificados por la Argentina.

[6] LOFFLER, ERNESTO A., *Supremacía y primacía normativa. La Constitución Nacional frente a los tratados internacionales de derechos humanos,* Ábaco, Buenos Aires, 2020, p. 196.

[7] SABSAY, DANIEL A., Manual de Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 67.

[8] FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Derecho de las personas,* Grijley, Lima, 2004, p. xxiii.

[9] BIANCHI, ALBERTO B., *Dinámica del Estado de Derecho,* Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 21.

En esta orientación, cuando el comportamiento humano era suprimido por la voluntad de otra persona –tutor o curador- no había demasiados conflictos, por cuanto la voluntad de la persona tutelada era precisamente, anulada. Pero cuando un sistema de derechos humanos pone de resalto la necesidad de tener que acompañar la voluntad de quién por una situación de vulnerabilidad temporaria o permanente, la regla cambia drásticamente: el apoyo no sustituye, sino que acompaña la decisión de quien decide sobre sus derechos. Si esta ecuación se respeta, los conflictos demorarán en llegar. Si, por el contrario, el apoyo excede las facultades conferidas, el choque de voluntades será inmediato y evidente.

Resulta difícil sostener y obligar jurídicamente a las personas sin tener en cuenta su voluntad sobre cuestiones que son absolutamente privativas de ellas mismas. Sobre esto, no debe dejar de tenerse particularmente en cuenta que la mutación normativa, jurisprudencial y doctrinaria del derecho desde un paradigma rígido hacia uno flexible en materia de atributos de la personalidad, se impone por estos tiempos de manera clara y contundente. En efecto, se sostiene que en la actualidad se tiene capacidad por el sólo hecho de ser persona; la preexistencia de la personalidad es condición necesaria para la determinación de la capacidad. La personalidad determina la capacidad, y no es a la inversa. Esto formaliza la importancia que entre nosotros tienen hoy, por ejemplo, el tratamiento normativo de los ya aludidos derechos personalísimos, y que, en sintonía, de todos los atributos de la personalidad, sea la capacidad la que presente un tratamiento claramente diferenciado del régimen anterior, con matices interesantes que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar la norma a una determinada situación. Ni que decir del derecho que en materia de capacidad les asiste a las niñas, a los niños y los adolescentes, elevados a la categoría de

principios relacionados con su desarrollo, teniendo en cuenta en esta materia, el ámbito contractual en el que están inmersos y relacionados .

De todos ellos, pensamos que quizás la regla más contundente que confirma el cambio normativo de paradigma es la que sostiene que la capacidad de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. La frase es claramente relevante, porque se encuentra incluida como primer supuesto del artículo del Código Civil y Comercial de La Nación referido a las reglas generales que restringen el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 31 inc. a CCCN). En materia de capacidad, todos los artículos referidos de la parte general son relevantes, mereciendo un tratamiento singular que excede el propósito de este punto en la investigación.

2.1 Cambios trascendentes

La percepción general de la persona y de la capacidad que ha proyectado el derecho civil decimonónico, inspirado en los principios de la revolución francesa y tentado por los postulados esgrimidos por la escuela histórica y la escuela exegética del derecho en Alemania y Francia respectivamente, ha hecho particular hincapié en sostener un sistema rígido que no permitía excepciones frente a los casos de incapacidad previstos legislativamente, y que no daban lugar a doble o triple interpretación. Es oportuno en este espacio, recordar el clásico tratado de derecho civil de RIPERT Y BOULANGER[10] de tanta influencia en Iberoamérica. Los autores comenzaban por afirmar lo siguiente: *"La personalidad jurídica del ser humano comienza con su nacimiento. Sin*

[10] Ripert, Georges- Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil,* t° I, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 310.

embargo, un niño simplemente concebido puede ser titular de derechos (...)[11]". Luego insistían en que, hasta el momento del nacimiento, el niño no tiene vida distinta[12], a la vez de afirmar que, por *derogación de la regla,* la criatura no nacida ya es capaz para adquirir derechos[13], pero para ello deben darse dos condiciones: que el niño nazca vivo, y que además sea viable[14]. La primera cuestión está relacionada con el examen de viabilidad, que excede los planteos de este trabajo. Pero la segunda cuestión es absolutamente relevante, por cuanto nos conecta directamente con el tema de la capacidad: *"Viable quiere decir capaz de vivir; vitae habilis. Es así que no se debe tener en cuenta a los niños normalmente formados, pero que nacen antes de término, en un momento en que el desarrollo de sus órganos no está lo suficientemente adelantado como para permitirles vivir, ni tampoco a los niños monstruosos, en los que la vida se detiene en el momento en que se corta el cordón umbilical[15]"*. Para los autores franceses, la capacidad, es una medida que persigue un fin de protección a la persona que el *legislador considera inepta (...)[16]*. Y de nuevo en materia de menores, vuelven a afirmar: *"el menor está protegido a causa de su debilidad intelectual[17]"*. La misma regla rígida de la capacidad en general estaba descripta en la clásica obra del mismísimo VON THUR, con afirmaciones contundentes

[11] Ibídem.

[12] Ripert, Georges- Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil,* t° II, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 3.

[13] Ibídem.

[14] Ibíd., p. 4.

[15] Ibídem.

[16] RIPERT, GEORGES- BOULANGER, JEAN, *Tratado de Derecho Civil,* t° III, La Ley, Buenos Aires, 2.005, p. 437.

[17] Ibídem, p. 440. Y agregan a este párrafo: "(la incapacidad del menor) no es la misma en cualquier edad. Si un joven de veinte años no puede realizar un acto jurídico, ello no ocurre solamente porque no puede comprender su alcance. En efecto; a causa de la instrucción que recibió puede comprenderlo mucho mejor que un hombre de treinta años pero ignorante. Lo que ocurre es que ese menor está colocado bajo la autoridad de su padre o de su tutor. Su incapacidad asegura la autoridad de su protector legal."

como las siguientes: *"los menores gozan de capacidad restringida"; "los niños de hasta siete años son incapaces de obrar"*, o, aún más preciso el concepto rígido en la siguiente afirmación: *"La diferencia de sexos no tiene gran importancia en el derecho privado. La mujer, aun la casada, goza de plena capacidad. La mujer casada tiene que someterse a lo que determine el marido en cuanto a los negocios comunes, y su poder de disposición sobre los bienes propios aportados al matrimonio sufre ciertas limitaciones por efecto del derecho administración y disposición que se le reconoce a aquel[18]"*.

Así también era el derecho civil argentino y en general, todo el derecho continental de raigambre latina; de esta forma lo interpretamos y aprendimos, al menos hasta la jurisprudencia internacional disidente de los últimos años, y a la publicación en nuestros países de leyes especiales que fueron preparándonos para el cambio de paradigma que ocurre a partir de los primeros años del presente siglo. En nuestro país, salvo autores que han tratado el tema de los atributos de la personalidad[19], interconectados con el desarrollo de la persona humana y los avances científicos relacionados con la genética[20] y el tratamiento de los derechos personalísimos[21], todos los demás civilistas han optado por describir el sistema de capacidad en las personas físicas como algo rígido que, reiteramos, no permitía mayores valoraciones que las establecidas legalmente. Instituciones como la tutela o la curatela, con sus notables diferencias, sí compartían algo en común: la necesidad de sustituir la voluntad de aquellos o

[18] VON THUR, ANDREAS, *Parte general del derecho civil,* Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018, p. 49.

[19] RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil-Parte General,* t° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 415.

[20] Ídem, p. 379.

[21] RIVERA, JULIO C., *Personas de existencia visible*, en Belluscio, César A.(Dir.)-Zannoni, Eduardo A. (Coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias*, t° I, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 268.

aquellas personas que para el derecho calificaban como carentes de ella. Sin embargo, algunas voces se alzaban contra estas premisas normativas, mucho antes de la visualización del derecho integrado a los principios que en la actualidad es tan fácil advertir. El gran maestro argentino de los contratos, MOSSET ITURRASPE, era realmente contundente al advertir lo siguiente: *"La conclusión, adelantamos, no es otra que enfatizar acerca de lo atrás y lejano que se encuentra el Código Civil; de lo meramente "declarativo" y no "operativo" de tratados y constituciones; de la necesidad de hacer realidad para todos los hombres y todas las mujeres,* ***los derechos y los deberes de un mundo que quiere ser más justo, humano y solidario***[22]*"*. Realmente magistral. Hoy nos encontramos bastante alejados de estas argumentaciones. Creemos que, en este tema, los cambios son realmente positivos, sin pretender con ello realizar un juzgamiento posicionando un sistema sobre otro. Épocas diferentes, con necesidades diferentes a las que el derecho debe dar respuesta.

Es así que entonces, por los tiempos actuales, la parte general de la capacidad permite avizorar un cambio de denominación y de perspectiva relevante. Según uno de los codificadores, existe un cambio de paradigma copernicano en el tema de la capacidad; así, LORENZETTI sostiene que el primer principio a sostener en defensa de la persona humana es el que esgrime lo siguiente; *"****a favor de la capacidad y la autonomía***[23]". Por su parte, el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rosatti*, celebra que dentro del atributo de humanidad en el Código Civil y Comercial de La Nación, se adscriba a la presunción de capacidad de todas las personas, con limitaciones de carácter

[22] MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Derecho civil constitucional,* Rubinzal-Culzoni, Santa FE, 2011, p. 13.

[23] LORENZETTI, RICARDO L., *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de La Nación Argentina,* Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 97.

excepcional que únicamente pueden ser impuestas en su propio beneficio, teniendo en cuenta el principio «pro homine[24]».

Todo esto lleva a que el cambio de paradigma no solamente sea teórico, sino también que así se haya receptado en la norma. La misma ya no se refiere a la *capacidad de hecho,* sino a la de *ejercicio*. Teniendo en cuenta que la persona humana es el centro y fundamento del derecho actual, la referencia tanto al ejercicio como incluso al obrar, viene a demostrar que efectivamente, toda persona goza de la posibilidad de ejercer sus derechos simplemente por el solo hecho de serlo, siendo las únicas limitaciones a ese ejercicio las previstas especialmente en el código o en una sentencia judicial, la que además tiene que necesariamente determinar un alcance a las restricciones que imponga de manera temporal. Con razón se reconoce que en este tema, la cuestión de los conceptos o de los términos jurídicos es verdaderamente confusa[25], y en torno a ello, a pesar que la doctrina sea coincidente en aplicar un uso intercambiable de los términos más frecuentes[26], siempre es recomendable alcanzar a realizar una depuración de los conceptos, por cuanto es el derecho una disciplina en la que siempre conviene emplear la palabra adecuada o propia[27]. Se sigue así la regla que ordena mayor flexibilización al tema de la capacidad y no tanta rigidez en su consideración primaria. Y, además, la consideración de la capacidad como atributo y también como sostén del sistema que tutelan los derechos personalísimos, relativos a la dignidad, el decoro, la intimidad la libertad, entre

[24] ROSATTI, HORACIO, *El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 177.

[25] TOBÍAS, JOSÉ, *Capacidad,* en Alterini, Jorge (Dir. Gen), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2.016, t° 1, p. 201.

[26] Ibídem, p. 203.

[27] BIELSA, RAFAEL, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Depalma, Buenos Aires, 1.961, p. 9.

otros, que en cierta forma, emergen de la voluntad. Los *derechos personalísimos* son prerrogativas con las que cuenta cada persona por el solo hecho de gozar de esa calidad, de carácter extra-patrimonial, y que le son correspondientes desde antes del nacimiento y hasta después de su muerte[28]. No respetar estas prerrogativas importa menoscabar la propia personalidad. Los mismos son definitivamente, una defensa de reconocida trascendencia[29]. El hombre y la mujer, las niñas, los niños y los adolescentes, los ancianos, todos los que conformamos el mundo tal como lo conocemos y aceptamos somos individualidades inconfundibles; al mismo tiempo, participamos en la vida de relación. Por principio general, toda sociedad decae cuando no se respetan todos y cada uno de sus miembros[30]. Esto es algo realmente importante; una evolución jurídica notable que, sustentada por otras ciencias auxiliares, no se nos puede pasar por alto.

2.2 La capacidad de ejercicio y la regla del discernimiento

De esta manera distinguimos la capacidad, con los alcances anteriormente aludidos, de la regla del discernimiento, prevista en la parte general del acto jurídico como elemento vivificante de la propia voluntad.

La capacidad de ejercicio siempre se encuentra relacionada con la aptitud de las personas para poder ejercer por si los derechos como así también la de asumir

[28] RIVERA, JULIO C., *Instituciones de derecho civil. Parte General,* t° I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 1099.

[29] Cifuentes, Santos, *Los derechos personalísimos,* Lerner, Córdoba, 1.974, p. 84.

[30] Ibídem, p. 82.

los deberes u obligaciones que le sean correspondientes[31]. Por el contrario, el discernimiento es un elemento que abraza un mayor alcance, referido inclusive a cuestiones complejas que suelen escapar mucho más allá de la comprensión e interpretación que puede sustentar una ciencia como el derecho, comprometiendo así a otras ciencias como la filosofía, la antropología, la sociología, la psicología, etcétera. Llamativamente el discernimiento es estudiado como elemento de la voluntad, a poco de iniciar la comprensión de la teoría general del acto jurídico. Se encuentra referido a la posibilidad que en cada cual distinga "lo bueno, lo malo, lo justo de lo injusto", y que tan bien fuera referido por nuestros primeros maestros del derecho civil como SALVAT, ARAUZ CASTEX o el siempre vigente LLAMBÍAS, sólo por citar tres ejemplos contundentes. Para el primero, el discernimiento consiste en una determinada aptitud que permite que la persona aprecie o juzgue determinadas acciones, sabiendo lo que hace[32]. Para el segundo, el discernimiento implica admitir que existe una determinada aptitud en el espíritu humano que permite a las claras distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, apreciando lógicamente los resultados positivos o negativos de la acción humana ejercitada[33]. Atendiendo a la amplitud de criterios científicos para considerar al discernimiento, se orienta el mismo mas allá del derecho, aludiendo a que es «esa potencia del alma humana que desde la filosofía se denomina entendimiento o también, inteligencia[34]». La primera causa obstativa del

[31] Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte General,* t° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 764.

[32] SALVAT, RAYMUNDO M. -Act. Víctor Romero del Prado-, *Tratado de derecho civil argentino. Parte General,* t° II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 202.

[33] ARAUZ-CASTEX, MANUEL- LLAMBÍAS, JORGE J., *Derecho Civil. Parte General,* t° II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1955, p. 101.

[34] Ibídem.

discernimiento, argumenta LLAMBÍAS, es la inmadurez: *"El hombre, hasta haber cumplido cierta edad, variables en función de factores étnicos, geográficos y culturales, no adquiere una suficiente madurez intelectual que lo habilite para el conocimiento general de las cosas y para apreciar el alcance de sus acciones*[35]*"*. La segunda causa obstativa del discernimiento, es la insanidad[36].

De ahí, que para el derecho, sean siempre los hechos sin discernimiento, aquellos que son ejecutados por quienes se encuentran privados de razón al momento de realizar el acto jurídico, o por quienes, se supone, no alcanzan verdaderamente a comprender, de acuerdo a parámetros que la ley objetiviza a los fines prácticos -la edad-, el alcance de los actos ilícitos o lícitos respectivamente. En estos casos, en nuestras naciones, la ley parte de presumir que a determinada edad, las personas humanas pueden no alcanzar a comprender con exactitud el alcance de los actos que puedan celebrar. En la República Argentina, por ejemplo, son diez los años los que se consideran para comprender el alcance del acto ilícito, y, coincidiendo con la figura del adolescente, trece para comprender el alcance del acto lícito.

En sintonía con lo que veníamos argumentando al principio, en relación a que las herramientas del derecho civil no son verdaderamente suficientes para poder sostener un concepto multicultural tan importante como la capacidad, debe advertirse que los tratadistas citados, verdaderos maestros del derecho civil argentino, consideraban al discernimiento, como elemento de la voluntad, desde la teoría del acto jurídico. Una referencia, si bien amplia en contenido,

[35] LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Parte General,* t° II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 257.

[36] Ídem, p. 261.

absolutamente rígida en cuanto a argumentación jurídica. Las edades impuestas para "suponer" que se adquiere conocimiento de lo licito o ilícito reflejan una proyección rígida para el derecho que es propia de otros tiempos, en donde el derecho decimonónico y codificado era la única respuesta correcta para los problemas sociales.

Por los tiempos actuales, el discernimiento encuentra su desarrollo dentro del tema de la capacidad, ya que las personas humanas, por el solo hecho de serlas, determinan la capacidad y consecuentemente, el discernimiento. Si bien es cierto que el derecho sigue objetivizando claramente el tema en base a criterios científicos –de nuevo, la alusión a la edad supuesta para adquirir o no el discernimiento-, lo cierto es que la regla de la capacidad progresiva, sumada a otros principios esenciales de las personas humanas niñas, niños o adolescentes, o con capacidades limitadas o restringidas para ciertos y determinados actos enumerados en una sentencia judicial, vienen a demostrar que el derecho se ha flexibilizado hacia la comprensión de una teoría de la personalidad fuerte, contundente, que conforma, sin duda alguna, el centro o tronco del derecho privado contemporáneo.

2.3 El juicio de discernimiento notarial

La culminación de todo el proceso o "iter notarial" de configuración de los actos jurídicos, es la prestación por parte del o los requirentes de un consentimiento informado conforme a derecho, por el control de legalidad que realiza la autoridad notarial y el juicio de discernimiento, que implica, la convicción que el notario tiene de la *aptitud mental* del requirente, suficiente para entender y comprender el acto en toda su dimensión.

Tratándose de personas humanas que no han sido sometidas al régimen de protección establecido en el CCCN, la función del notario es evaluar si tiene la aptitud suficiente para comprender el objeto del acto que pretenden otorgar, si conocen su trascendencia y los efectos personales y jurídicos que deriven o puedan derivar y tomar en consecuencia la decisión adecuada en un ámbito de libertad e independencia. Requisitos éstos del acto voluntario que es otorgado con discernimiento, intención y libertad.

Si el notario, en las audiencias previas, percibe que la persona tiene alguna disminución intelectual o psíquica, sea de carácter permanente o transitoria, que pueda afectar la comprensión cabal del acto de que se trate, o que su voluntad está viciada por error, dolo o violencia de manera manifiesta y puede afectar la validez y eficacia del acto jurídico, este debe ser reputado como involuntario por falta de discernimiento y en consecuencia, no debe otorgarse.

El llamado "*juicio de discernimiento*", es una de las funciones u operaciones de ejercicio de mayor trascendencia de la actuación notarial; si bien no requiere su constancia instrumental, consiste en el convencimiento "*sin duda alguna*" del entender y querer el acto concreto por parte del requirente, para lo cual, el notario puede valerse de distintos elementos, pero en definitiva decidirá en un juicio de convicción personal. En este sentido, cabe resaltar que el notario no es un especialista o perito a quien se le exige una preparación o conocimiento especial, sino que es un operador jurídico que evaluará el discernimiento de la persona en cada caso, en virtud de un conjunto de circunstancias que rodean el acto. El control de legalidad notarial también ha mutado de viejo paradigma del paternalismo estatal que basaba su argumentación en el interés superior de la persona con discapacidad, a la mejor interpretación posible de su voluntad y

respetando el derecho a equivocarse en el proceso de toma de decisiones (dignidad de riesgo).

3. La vulnerabilidad exorbita el concepto de capacidad jurídica

Las dificultades para que el otorgante comprenda el acto (discierna) pueden provenir también de otras causas, como la falta de educación, la pertenencia a grupos minoritarios, migrantes, pueblos originarios, adultos mayores, o como veremos la incidencia de la tecnología. Vulnerable es aquel que es susceptible de ser dañado, herido o en cierta manera afectado, la persona que tiene un mayor grado de sufrir daños, en definitiva, la persona vulnerable presenta cierta debilidad jurídica. El eje de la vulnerabilidad posibilita fijar la mirada en el más débil de la relación jurídica para considerarlo de manera especial y brindarle así mayor poder y dominio.

"El estudio de la vulnerabilidad social se ha desarrollado desde un enfoque multidisciplinar, lo que brinda la posibilidad de estudiar los grupos vulnerables desde diferentes perspectivas metodológicas, y a distintas escalas, apareciendo así numerosas líneas de investigación que se abordan desde este enfoque"[37].

La palabra vulnerabilidad según el diccionario de la RAE[38], proviene del latín *vulnerabĭlis* y es un adjetivo que significa "*que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*".

La noción de vulnerabilidad no nace como un concepto jurídico, aunque se encuentra en la actualidad en plena cristalización por parte del derecho, sino

[37] DIEGO SÁNCHEZ-GONZÁLEZ Y CARMEN EGEA-JIMÉNEZ, Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socio ambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252011000300006

[38] https://dle.rae.es/vulnerable

que nace de conceptos de la sociología y la antropología humana. En principio, se presenta como un concepto vago, abierto, en vías de cristalización jurídica, variable, ajustable a las condiciones de la época y de los lugares geográficos, graduable y latente. Pero esta no definición permite su utilización para aprehender las diferentes realidades sociales de manera transversal y desde el individuo.

Así, la vulnerabilidad como concepto exorbita las categorías jurídicas de capacidad e incapacidad, y se presenta como un nuevo enfoque social, que visualiza la problemática desde un doble aspecto, el individual y el social, el reconocimiento de la situación de amenaza y la necesidad de un estatuto protectorio. Como concepto relacional, la vulnerabilidad es una condición, que puede ser actual o puede ser latente, puede aparecer y desaparecer, puede estar siempre presente, puede ser objetiva o subjetiva o pueden ser ambas. Asimismo, la condición de vulnerabilidad se visualiza como capas que ocultan o impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de la persona humana, capas que se adicionan, se incrementan o que disminuyen. Permite comprender la realidad de otra manera, y permite generar planteos interseccionales y trasversales. La vulnerabilidad entrecruza muchos aspectos de la vida humana, es de la esencia del hombre su vulnerabilidad.

El vocablo "vulnerabilidad" expresa tanto la exposición al riesgo como la medida de la capacidad de cada persona para enfrentarlo a través de una respuesta[39] inmediata. En una *primera* aproximación, podríamos decir que la vulnerabilidad es una condición humana frente a la cual, algunos tienen

---

[39] http://hum.unne.edu.ar/revistas/geoweb/Geo2/contenid/vulner6.htm

herramientas de reacción, recuperación y reconstrucción y otros no, porque presentan dificultades para alcanzar la resistencia frente a factores de riesgo, y no les basta con la libertad e igualdad declamada para todos, sino que son necesarias medidas extraordinarias de *compensación* del desequilibrio que sufren.

"*Una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando, por una causa o por una conjunción de causas, no está en condiciones de igualdad real frente a otras, para ejercer con plenitud sus derechos"*[40]. La realidad nos muestra que existen distintos grupos en la sociedad que se encuentran alcanzados no sólo por una *causa* de *exclusión*, sino por muchas, que se presentan como capas que se superponen, que derivan de las relaciones sociales, históricas, económicas y culturales y que en definitiva operan como estructuras del poder. El criterio de la interseccionalidad[41] es útil para reflexionar sobre cómo se construyen las diferentes capas de vulnerabilidad en un sujeto, y como por ejemplo, la tecnología contribuye al desarrollo de una capa[42] más de vulnerabilidad en ciertos grupos ya *marginales* y al nacimiento de una calidad objetiva o autónoma en grupos ajenos a este conflicto. Entonces diremos que hay grupos vulnerables, que, por sus condiciones, *socioculturales*, su origen

[40] Concepto de persona en situación de vulnerabilidad en 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 al 6 de marzo de 2008.

[41] La interseccionalidad es un término acuñado por primera vez en 1989, por la abogada feminista y defensora de los derechos humanos Kimberlé Williams Crenshaw, que es profesora de la Escuela de Derecho de UCLA y de la Facultad de Derecho de Columbia especializada en cuestiones de raza y género. Nació en Cantón, Ohio, en 1959, recibió un BA de Cornell en 1981, un JD de Derecho de Harvard en 1984, una Maestría en Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison en 1985, y ha sido parte de la Universidad de California, Escuela de Los Ángeles de Facultad de Leyes desde 1986.

[42] Decimos entonces que la interseccionalidad es el término que se utiliza para describir la "simultaneidad de la opresión", el "solapamiento de opresiones", o el "entrelazamiento de opresiones".

étnico, su género, su edad, su discapacidad o enfermedad o bien, por una combinación de factores, se encuentran en mayor grado de exposición y desprotección frente al riesgo tecnológico porque viven una realidad con mayores *impedimentos* para el disfrute igualitario y pleno de sus derechos fundamentales en iguales condiciones con los demás. En definitiva, estos grupos presentan ineptitud para identificar el riesgo tecnológico y enfrentar para prevenir el daño, lo que supone una incapacidad de respuesta *inmediata* o inhabilidad subjetiva para adaptarse rápidamente.

Las personas pueden ser vulnerables por factores endógenos o por factores exógenos o por su combinación de dos o más causas que las hace aún más endebles y por ello, susceptibles de mayor protección[43]. Son personas *vulnerables* por su condición física o personal: los *niños*[44] por su fragilidad física y su inmadurez (física y jurídica) a la que se puede sumar su *fragilidad* social, si pertenecen a un grupo minoritario, *detenido* o *migrante* o en un conflicto armado; las *mujeres*[45] cuya vulnerabilidad se incrementa si son niñas,

[43] ARMELLA, CRISTINA N., SALIERNO, KARINA V. Y OTROS, El notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables. UINL, Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en Revista Internacional del Notariado RIN 126 2020/2021 pág. 129.

[44] Corte IDH, OC-17/02, Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Rosendo Cantú et al. vs. México, Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay; Corte IDH, Bulacio vs. Argentina; Corte IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Corte IDH, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia.

[45] Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, Masacres de Rio Negro vs. Guatemala; Corte IDH, Plan de Sánchez vs. Guatemala, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, TiuTojin vs. Guatemala,

o pertenecen a comunidades indígenas; las personas con capacidad restringida o discapacidad;[46] los adultos mayores[47], los que pertenecen a minorías sexuales, y las pertenecientes a pueblos originarios o minorías raciales. Pero también son vulnerables, independientemente de su pertenencia a uno o más de los grupos mencionado, todas aquellas personas que se *relacionan* con internet, ya que la percepción *sensorial* del mundo analógico se encuentra tamizada por una determinada realidad digital cuya característica principal es la *masificación* del procesamiento de datos de forma ilimitada cuyo objetivo económico se encuentra enmascarado detrás de la pretendida gratuidad del servicio. Así, se crean nuevos riesgos, nuevas formas de poder y, en consecuencia, de satisfacción desigual de necesidades fundamentales y en definitiva, de exclusión y de marginación.

La vulnerabilidad entonces también se presenta como una situación de desigualdad funcional que no permite que las mismas personas gocen de los mismos derechos en las mismas situaciones, para lo cual es necesario crear mecanismos y herramientas que equilibren la desigualdad funcional o social, devolviendo la igualdad sustancial que es esencia de toda persona humana. "*La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*".[48]

La vulnerabilidad puede ser estable o transitoria, con ello digo que todos podemos estar potencialmente en una situación de riesgo en mayor o menor

[46] Corte IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina, Corte IDH, Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.

[47] Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile. 2018.

[48] CIDH, OC 4, 19/01/1984, Propuesta de modificación de la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55.

grado, con lo cual podría concluirse que la vulnerabilidad es una calidad propia de la condición humana.

La vulnerabilidad adquiere un matiz de suma relevancia, ya que constituye un factor que multiplica el riesgo, o sea la probabilidad de sufrir un daño.

La vulnerabilidad latente no tiene valor en sí misma, sino como potencial menoscabo, hasta que produce sus consecuencias. En consecuencia, el análisis jurídico deberá ponderar la capacidad de dar respuesta ante la causa generadora de esa desigualdad. Sin duda algunos se encuentran expuestos aun a un mayor riesgo por circunstancias de vida que tienen cierta perdurabilidad (niños, adultos mayores, personas con discapacidad) y otros por cuestiones esencialmente temporales o circunstanciales (enfermedad, pobreza) incluso las desventajas pueden resultar *ministerio legis*, por ser parte de una situación jurídica determinada por ejemplo el consumidor.

La igualdad real constituye la directriz, el objetivo que se aspira alcanzar, entonces la protección del vulnerable se presenta como un principio ordenador que aspira a lo óptimo y de la mejor manera posible.

La vulnerabilidad también es una situación de riesgo o de peligro “algo puede suceder” Es una condición humana frente a la cual, algunos tienen herramientas de reacción, recuperación y reconstrucción y otros no, porque presentan dificultades para alcanzar la resistencia a factores de riesgo y no les basta con la libertad y la igualdad declamada para todos, sino que son medidas extraordinarias de compensación del desequilibrio que sufren.

La condición de vulnerabilidad requiere una distinción fundamental con la situación de desvalimiento o desamparo, en esta última el sujeto ya no puede conectarse con sus recursos propios y tampoco con los de ayuda externa porque

siente interiormente que ya no tiene recursos y que los externos tampoco pueden ayudarlo. Estas personas deben ser acompañadas, protegidas y alojadas. El alojamiento en el deseo de otro, siempre es necesario para que un sujeto pueda constituirse como tal, para que pueda hablar, pensar, aprender, y desplegar sus capacidades.

3.1 Las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas vulnerables

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad, redactadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana son un conjunto de normas de *soft law* que establecen los principios básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran los niños, niñas y adolescentes. Fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008. En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia adhirió a las reglas por la Acordada 5/2009, están direccionadas a garantizar las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por los ordenamientos sea efectiva y a adoptar medidas que mejor se adecuen a cada condición de vulnerabilidad. Conceptualiza a la persona en situación de vulnerabilidad como "*aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades*

indígenas o a minorías, la victimización, la migración, la pobreza, el género y la privación de libertad".

Asimismo, deja abierta la posibilidad de que sea determinada la condición de vulnerabilidad en cada país de acuerdo a las características específicas o a su nivel de desarrollo social y económico. En este aspecto, la adaptación de las reglas en cada país, requerirá un análisis jurídico, económico y social de la composición de cada sociedad y las necesidades particulares que podrán ser adaptadas a través de directrices o guías de buenas prácticas para el cumplimiento de las mismas.

Estas normas respetan la evolución de los estándares internacionales de derechos humanos, tanto del Sistema Interamericano como el Sistema Universal en materia de acceso a la justicia, y obligan a los Estados que las adoptan a respetar sus lineamientos desde los poderes judiciales, ministerios públicos, defensorías públicas y oficiales públicos que directa o indirectamente estén vinculados con el acceso a la justicia de los grupos vulnerables. Asimismo, representan una cristalización del concepto de vulnerabilidad desde el punto de vista jurídico, aplicado a un principio específico que es el principio de tutela judicial efectiva de las personas que experimentan dificultades para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos en virtud de su pertenencia a los grupos vulnerables. Estas reglas apuntan a garantizar las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos sea efectiva.

Es importante resaltar que son destinatarios de las reglas, no solo los responsables de las políticas públicas, sino también los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores, abogados, escribanos y otros profesionales del

derecho, así como los colegios y agrupaciones de profesionales y todos aquellos que estén vinculados con el acceso a la tutela judicial efectiva y a la satisfacción y garantía de cumplimiento de los derechos humanos fundamentales.

3.2 La vulnerabilidad plantea un desafío para los operadores jurídicos

En esta etapa del planteo se hace necesario reformular el perfil de los operadores jurídicos. Así como la vulnerabilidad es una categoría que exorbita los conceptos jurídicos clásicos de capacidad e incapacidad, los requerimientos de los grupos vulnerables exigen un replanteo de la capacitación de los operadores jurídicos. En las últimas décadas, la multiplicidad de ramas del derecho marcaba la necesidad de la especialización del operador jurídico. Así se fue cristalizando la idea del operador especialista. Por muchos años el profesional que egresa de una carrera tradicional responde a la justicia formada sobre los principios clásicos, con reglas inmodificables, con estructuras procedimentales formalistas e incapaces de mutar asertivamente, que tienen como fin último una sentencia judicial producto de un proceso sumamente prolongado, litigioso y extraño, despersonalizado y objetivo. En la formación académica de muchas carreras de Derecho, cuesta romper el enfoque del conflicto como única mirada, centrada en el pleito al que se puede someter una contienda desplazando por otra vertiente la exploración de la realidad social y cualquier solución creativa e innovadora.

La noción de vulnerabilidad y los requerimientos de la sociedad actual exigen el replanteo de la capacitación de los juristas para darles herramientas que

permitan atender las necesidades de la sociedad moderna. En este camino, se impone el replanteo de las carreras clásicas que responden a un esquema dogmático que puede ser fácilmente reemplazado por la automatización a través de la tecnología de la inteligencia artificial, y mutar hacia carreras multidisciplinarias que brinden otras herramientas como las técnicas de resolución pacífica de controversias, neurociencias, oratoria, tecnología, entre otras. De esta forma, será imprescindible integrar las currículas académicas con miradas multidisciplinarias y con prácticas basadas en la realidad, despojadas de la abstracción y ajustada a los requerimientos sociales, interactuando desde los primeros años de la carrera con actores sociales o en negociaciones prejudiciales, para que de esta manera el ejercicio profesional evolucione en calidad y capacidad de resolución de los conflictos actuales.

Las personas con discapacidad presentan necesidades muy particulares que exigen que los operadores jurídicos conozcan la complejidad de cada una de las situaciones que podrían presentarse y posean herramienta para poder abordarlas. No existe un modelo de discapacidad abstracto y universal que estudiar y aprender, es necesario entonces comprender a la discapacidad como una categoría socio-cultural e histórica que permite dar cuenta de la variabilidad de experiencias, inscribir la categoría de discapacidad en su historicidad y comprender los cambios y transformaciones que esta ha tenido en relación con complejos procesos sociales, económicos y políticos. Debe tener un acabado conocimiento y manejo de la normativa internacional en materia de derechos humanos y deberá llevar adelante cada caso en particular desde la perspectiva *pro persona*, que conforme la define FABIÁN SALVIOLI[49], "*constituye una*

[49] Puede compulsarse en profundidad el trabajo del autor en http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-perspectiva-pro-persona-el-criterio-

herramienta útil para el exámen hermenéutico de situaciones de derechos humanos desde una mirada integral, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales a interpretar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones jurídicas de tutela de los derechos fundamentales de mujeres y hombres". La visión integral de la perspectiva pro persona se ajusta al concepto de vulnerabilidad funcional que hemos desarrollado, ya que analiza cada caso desde una óptica social y cultural y se nutre de la interseccionalidad como parámetro para entender la posibilidad que una situación deba ser abordada desde más de una condición de vulnerabilidad. [50]

contemporaneo-para-la-interpretacion-y-aplicacion-de-los-instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos.pdf (última consulta 20/09/2021).

[50] Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B (C. Federal Córdoba) (Sala B) Fecha: 12/04/2021 Partes: O., B. N. c. Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapacidad s/ Amparo Ley 16.986 Cita Online: AR/JUR/7444/2021Expte. N° FCB 38979/2019/CA2 1ª Instancia.- B_N_O s/ amparo. Córdoba, abril 12 de 2021. En un interesante fallo una persona trans de 30 años, con HIV, Sífilis y otras infecciones, solicita un amparo para solicitar una pensión por discapacidad, por su desesperante situación económica. La misma le es negada en primera instancia por no reunir el 76 por ciento de incapacidad física y laboral para obtener dicho beneficio según la normativa vigente. El fallo de Cámara ordena que se otorgue la pensión y hace un interesante análisis sobre las condiciones de vulnerabilidad, la interseccionalidad y la circunstancias agravantes motivadas por la pandemia, con los siguientes argumentos: "La incapacidad laboral debe analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad, existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. Debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social, ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo". "La necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional

La tutela judicial efectiva o el efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad también incluye el derecho de acceso al servicio público notarial de las personas con discapacidad. El notario está obligado a brindar a las partes el acceso al servicio notarial y la garantía del pleno goce de sus derechos fundamentales.

Finalmente, cabe destacar que la responsabilidad civil del siglo XXI y el derecho de daños se centra en la persona humana, en el principio *pro homine*, y en la perspectiva pro persona, en el daño injusto, en la víctima, y en el imperio de los factores objetivos de atribución de responsabilidad. De esta forma, también desde la responsabilidad y desde el derecho de daños, el notario se posiciona como garantía ex ante, figura principal de la justicia preventiva y salvaguardia de las personas con discapacidad para el acceso al pleno goce y disfrute de sus derechos fundamentales desde el concepto humanista de responsabilidad.

3.3 La vulnerabilidad objetiva de las personas con discapacidad. Vulnerabilidad digital

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección particular, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar

existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una "cuestión" disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Las personas pueden ser vulnerables por sus características personales (factores endógenos) o por su situación específica (factores exógenos), o por su combinación de una o más causas que las hace aún más vulnerables y susceptibles de mayor protección[51]. Son personas vulnerables por su condición física o personal: los niños[52] por su fragilidad física y su inmadurez (física y jurídica) a la que se puede sumar fragilidad social, si pertenecen a un grupo minoritario, detenido o migrante o en un conflicto armado, las mujeres[53] y su vulnerabilidad se incrementa si son niñas, o pertenecen a comunidades

[51] ARMELLA, CRISTINA N., SALIERNO, KARINA V. Y OTROS, El notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables. UINL, Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en Revista Internacional del Notariado RIN 126 2020/2021 pág. 129.

[52] Corte IDH, OC-17/02, Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Rosendo Cantú et al. vs. México, Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay; Corte IDH, Bulacio vs. Argentina; Corte IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Corte IDH, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia,

[53] Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, Masacres de Rio Negro vs. Guatemala; Corte IDH, Plan de Sanchez vs. Guatemala, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, TiuTojin vs. Guatemala,

indígenas, las personas con discapacidad[54], los adultos mayores[55], los que pertenecen a minorías sexuales[56], y las pertenecientes a pueblos indígenas u originarios o minorías raciales. Pero también son vulnerables, independientemente de su pertenencia a uno de los grupos mencionados, todas aquellas personas que se relacionan con internet, ya que la masificación del procesamiento de datos de forma ilimitada, transforma y enmascara objetivos económicos, crea nuevos riesgos, nuevas formas de poder y en consecuencia de satisfacción desigual de necesidades y en definitiva, de exclusión y de marginación.

La vulnerabilidad informática puede manifestarse como categoría adicional a cualquier otra de las preexistentes en cada una de las personas que generan discriminación, género, raza, edad, color, recursos económicos, a la luz del análisis interseccional que ha desarrollado la Corte Interamericana de DDHH en materia de vulnerabilidad, caso en el que estarán doble o triplemente expuestas a tener una ubicación marginal o periférica dentro de la sociedad digital; o bien como categoría autónoma, que aparece por el sólo hecho de la vinculación humana dentro del entorno digital.

El avance de la tecnología en este sentido ha transferido las categorías de inclusión y exclusión a otras dimensiones. Entre los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) elaborados en el marco de la agenda 2030 de la ONU, se

[54] Corte IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina, Corte IDH, Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.

[55] Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile. 2018.

[56] CIDH Atala Rifo. Vs. Chile. o Cantú vs. México.

incluye en el Objetivo 9 de Industria, innovación e infraestructura: "*Trabajar para reducir la brecha digital y garantizar el acceso igualitario a la información y el conocimiento que se transmite por las redes*". Las principales razones que explican la desigualdad en la conexión a Internet están relacionadas con la falta de recursos económicos: muchos países y regiones no disponen de una infraestructura de telecomunicaciones adecuada (especialmente en las zonas rurales). Sin embargo, también es importante invertir en la formación de personal cualificado que sepa gestionar esta infraestructura, hacer funcionar los equipos de nuevas tecnologías y, sobre todo, transmitir este conocimiento y habilidades tecnológicas a otras personas.

En Argentina se sancionó en 2010 la Ley 26.653 de Accesibilidad a Internet para personas con discapacidad, las normas y requisitos de accesibilidad deben ser determinadas por la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI), y surgen de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378). La normativa establece que el Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, empresas prestadoras o contratistas de bienes y servicios, deberán respetar en los diseños de sus páginas web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información que faciliten el acceso a sus contenidos, a todas las personas con discapacidad con el objeto de garantizarles la igualdad real de oportunidades y trato, evitando así todo tipo de discriminación.

3.3.1. Las barreras digitales

Las principales barreras a las que se enfrenta el colectivo de personas con discapacidad visual a la hora de utilizar las TICs radican, en los servicios

visuales, fundamentalmente en lo referente a contenidos e indicaciones visuales en la pantalla del ordenador y en la del teléfono móvil o la tableta. La interfaz convencional constituye un gran impedimento para que las personas con discapacidad visual puedan acceder a la red, por lo cual se deberá pensar en la redefinición del documento electrónico y de los servicios ofrecidos en línea, a través de la interfaz auditiva. En el caso de las personas con discapacidad auditiva, las principales barreras están relacionadas con su capacidad de comunicación con otras personas a través de las telecomunicaciones por voz, videoconferencias y con la utilización de contenidos y prestaciones de servicios basados en la voz. Finalmente, con respecto a las barreras en el uso de TIC que encuentran las personas con discapacidad de movilidad, si bien difieren en función del grado de afectación, suelen estar relacionadas con la utilización de interfaces que requieren manipulación precisa, como el ratón o el teclado del ordenador, o en el teléfono y la pantalla táctil.

Las necesidades actuales de la sociedad de la información, las conductas sociales digitales que comienzan a enquistarse y el paulatino paso del mundo analógico al mundo digital en un sinnúmero de actos jurídicos, lleva de inmediato al replanteo de las estructuras actuales que deben adaptarse a las demandas sociales. La irrupción de las nuevas tecnologías obliga también a reformular los mecanismos jurídicos de protección de los derechos fundamentales de las personas. El notariado no es ajeno a este proceso, en el cual se le impone la necesidad de conciliar los avances y desarrollos tecnológicos con la imprescindible seguridad jurídica, ponderando el alcance de la privacidad, con sus límites y garantías, en un contexto de progreso y mejora en la prestación del servicio notarial, vinculando la innovación continua con el respeto de los derechos humanos fundamentales y constituyendo el nexo entre

la tecnología y los vulnerables digitales. En este aspecto en notariado debe constituirse en apoyo y salvaguarda de las personas con discapacidad para mediar como traductor e intérprete del mundo digital al mundo analógico.

CAPÍTULO SEGUNDO

Los apoyos y otras figuras de asistencia para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad

1. ¿Qué es el apoyo en los términos de la CDPD?

El reconocimiento de la capacidad jurídica y el ejercicio del derecho a la toma de decisiones con apoyo, en condiciones de igualdad, constituyen el *núcleo central* del modelo convencional, basado en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. La capacidad jurídica tiene que ser entendida como el derecho de toda persona de disfrutar y ejercitar sus derechos. *La capacidad está irremediablemente conectada a la posibilidad, pero no debe ser confundida con ella* o planteado de otra manera, una cosa es tener capacidad para razonar, sentir y comunicarse, y otra es tener la posibilidad de hacerlo. *Lo importante es luchar contra todo aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo natural o algo que hemos construido*.[57]

La CDPD exige a los Estados parte que adopten las medidas pertinentes para proporcionar el acceso al apoyo que puedan necesitar las PCD en el ejercicio

[57] RAFAEL DE ASÍS ROIG. "Sobre la Capacidad", en PALACIOS, Agustina y BARIFFI Francisco. Coordinadores. "Capacidad jurídica, Discapacidad y derechos Humanos" *Una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011,pag. 24 a 29).*

por sí mismas de su capacidad jurídica, garantizando la igualdad de oportunidades con las demás personas.

El ejercicio de la capacidad jurídica, como atributo inherente a la persona humana, es independiente de la asistencia o apoyo que pueda recibir la persona en la toma de decisiones[58].

Es necesario precisar qué es el *Apoyo* en el marco de la CDPD. *Apoyo* es la asistencia o ayuda que la persona recibe, no la persona o el medio utilizado para prestarlo.

Apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para el desarrollo de actividades de la vida cotidiana o para interactuar en sociedad, como las demás personas. *Ser receptores de apoyo y prestar apoyo a otras personas son dos funciones que todos compartimos como parte de nuestra experiencia humana, independientemente de la deficiencia, la edad o la condición social...*". Pero debemos señalar, que las *necesidades de apoyo de la mayoría de las personas con discapacidad en el mundo están desatendidas...."*[59]

[58] La ley 1996 (26-8-2019), que modifica el CC de Colombia, lo establece en el art. 6: *"Presunción de capacidad. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos. En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.."* En Perú, el *"Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación e implementación de apoyos"- aprobado por Decreto N° 016-2029-MIMP, recepta este principio convencional, en el Art. 4.2, "El reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad no está condicionado a la designación de un apoyo, por tanto no es exigible para el reconocimiento y ejercicio de un derecho"*

[59] DEVANDAS AGUILAR, CATALINA. Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del Consejo de Derechos Humanos, 24-03-2017. A/HRC/34/58. Asimismo, la Relatora ha mencionado en este informe, que deben eliminarse todos los regímenes de toma de decisiones sustitutivas y asegurar que las

Los sistemas de apoyo constituyen una herramienta idónea para superar las barreras u obstáculos que impiden la participación efectiva de las personas que por alguna razón tienen disminuida la capacidad de ejercicio de sus derechos, o tienen dificultades en su vida cotidiana, que los coloca en disparidad de condiciones con el resto de la sociedad.

El elemento central del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica *radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es, la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.*[60]

Este modelo de apoyos a diferencia del modelo sustitutivo, no tiene como principal objetivo la "*protección*" de la persona, sino "*reconocer y garantizar*" sus derechos. Subraya FRANCISCO BARIFFI, que esto conlleva profundas consecuencias para el Derecho, pues implica que el objetivo central no es procurar tomar la mejor decisión para proteger a la persona desde parámetros externos u objetivos, *sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar decisiones y ejercer sus derechos desde parámetros propios.* Es decir, que el bien jurídico protegido es el ejercicio de derechos y no la protección patrimonial ni la seguridad jurídica.

---

alternativas de toma de decisiones con apoyo estén disponibles para todas las PCD, independientemente del nivel de apoyo que necesiten para tomar decisiones informadas. Asamblea General ONU, 2017.)

[60] BARIFFI, FRANCISCO, "El Modelo de toma de decisiones con apoyo en la legislación civil argentina y su incidencia en la validez del acto jurídico". En : *Capacidad Jurídica, Discapacidad y derecho Civil en América Latina. Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú*". Joyceana Bezerra de Menezez, Renato Antonio Constantino Cayo y Francisco José Bariffi. Coordinadores. Editora Foco. Brasil. 2021.

El apoyo es la medida menos restrictiva de la autonomía de la persona, ya que en su función no sustituye su voluntad; la asiste en el proceso de toma de decisiones para el adecuado ejercicio de su capacidad y permitir el desarrollo pleno de su personalidad, en condiciones de igualdad.

Lo importante de la medida de apoyo, es que debe basarse en la confianza mutua, es el desarrollo de la actuación, que siempre debe favorecer la autonomía, el ejercicio de los derechos, la dignidad de la persona asistida, y estar diseñada de modo que se respete su intimidad, en todo el proceso de toma de decisiones.

El Comité de expertos de la CDPD , en la Observación General N°1, sobre el art. 12 *"Igual reconocimiento de persona ante la ley", expresa ...."Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos, promoviendo su autonomía personal. (...).*[61] Los sistemas de apoyo son diversos, múltiples, con variada intensidad, como son las necesidades humanas; varían en función de las situaciones personales, grado de deficiencia, edad, condiciones socio-económicas y de accesibilidad en que desarrollan su vida. El apoyo debe proporcionarse con respeto y anuencia de la PCD, y nunca en contra de su voluntad. Puede ser requerido para actividades cotidianas o para tomar decisiones más complejas que tengan efectos jurídicos.

Esta función puede ser prestada por personas humanas, por un animal - como son los acompañantes de personas ciegas o con limitaciones físicas para

---

[61] *Observación General N° 1, del 11 de abril de 2014, párrafo14,* CRPD/C/GC/1.

facilitar su movilidad- por redes de apoyo comunitario, por instituciones públicas o privadas, o por ONG que tienen una larga experiencia en las necesidades de personas con discapacidad y en promover una vida independiente. Los sistemas de apoyo deben diseñarse a medida conforme las necesidades y circunstancias de cada persona. Queda incluida la asistencia personal, el acompañamiento de amigos, lenguaje de señas, medios técnicos alternativos de comunicación. Apoyo para acceder a servicios generales como los de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios.

Cada persona determinará qué tipo de apoyo necesita como medio de acceso efectivo para el ejercicio de sus derechos, en todos los ámbitos de su vida. La calidad y eficacia del apoyo es fundamental para el ejercicio pleno de los derechos humanos. Su función es la de promover la autonomía de la persona para facilitar la vida cotidiana, para otorgar actos jurídicos, para superar las barreras que limitan la aptitud de comunicarse o de hacerse entender, para que la persona pueda gozar el derecho de vivir en forma independiente, como menciona el art. 19 de la CDPD, y a ser incluido en la sociedad, diseñando su propio proyecto de vida.

La CDPD no precisa cuáles son los tipos de Apoyo o Sistemas de Apoyo, que deben proporcionarse para facilitar la toma de decisiones, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad. Tampoco lo hace el ordenamiento jurídico argentino.

Es necesario identificar y reducir las barreras que en el contexto social obstaculizan el desarrollo personal y colectivo de quienes pasan por situaciones de vulnerabilidad. La discriminación y el trato desigual con relación a las demás

personas, al que suelen estar expuestas las PCD, *crean la necesidad de apoyo y refuerzan la dinámica de su función.*

Las PCD tienen que prepararse y formarse en los ámbitos adecuados para saber qué tipo de apoyo pueden necesitar. Las organizaciones sociales que tanto hacen para promover el ejercicio de sus derechos, y el rol de las familias, deben acompañar este proceso. Si esto no ocurre, las PCD seguirán siendo invisibles para la sociedad.

Todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, deben respetar los derechos, la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona que recibe el apoyo, y en ningún caso debe decidir por ella. La *decisión siempre es adoptada por la PCD*; *ese es el rasgo principal de las decisiones con apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica*.

2. Otras figuras de asistencia

2.1. Persona de "Confianza"

Es la persona que “sin haber sido designado para prestar apoyo, pertenece al entorno de la PCD y es libremente elegido por ella para que facilite su comunicación". Así la define el art. 2 del Reglamento dictado en Perú, que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PCD, dictado luego del decreto legislativo 1384, que modificó el CC. Las entidades públicas y entidades privadas que brindan servicios públicos permiten la participación de una persona de confianza de la PCD que no haya designado previamente un apoyo con la *"finalidad de facilitar su comunicación durante la realización de un acto que produzca efectos jurídicos"*.

Si se considera pertinente debe consignarse la identificación de la persona de confianza que participa del acto jurídico y precisar en qué consiste dicha participación. (conf. art.8 del Reglamento)

La "*persona de confianza*", tiene que ser una persona del entorno de la PCD, como un familiar, un amigo, no debe ser una persona impuesta por el juez, el notario u otra persona, sino designado exclusivamente por la PCD. No es un apoyo designado; no hay formalidad previa para que preste la función de asistencia para facilitar la manifestación de voluntad, la interpretación de los documentos o los actos en los cuales participa la PCD[62]. En Francia, además de las medidas de protección jurídica - tutela provisional, custodia y tutela - se previeron mecanismos para apoyar a las personas más vulnerables, con dificultades sociales y económicas, para proporcionarle mayor autonomía. Entre ellos, que la persona protegida designe a un familiar o allegado como la "Persona de confianza" para que la ayude, aconseje y acompañe cuando sea necesario, sea para expresar su voluntad o tenga dificultades para conocer o comprender sus derechos.

Asimismo, se pueden establecer medidas de apoyo: 1) para la gestión de prestaciones sociales, destinadas a ayudar a las personas adultas, que no tengan restricciones a su capacidad, pero que tengan dificultades de comunicación, con el objetivo de evitar que un deterioro de la situación genere la necesidad de custodia o tutela o 2) el apoyo social personalizado, de carácter administrativo, para que las personas vuelvan a gestionar sus prestaciones en forma autónoma o 3) el apoyo judicial personalizado, para restablecer la autonomía para

[62] MEJÍA ROSASCO, ROSALIA, "La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial". Colegio de Notarios de Lima. Fondo Editorial. 1ra.edición. Octubre de 2019, pag.67.

gestionar sus recursos, cuando el apoyo social personalizado no haya sido satisfactorio.[63]

2.2. El facilitador

En algunos países como Chile, Uruguay, entre otros, cobra protagonismo la figura del "facilitador" para el aprendizaje y acompañamiento a sectores sociales que lo necesitan. El facilitador tiene un rol clave para motivar y acompañar a las personas con discapacidad o aquellas que necesiten incentivos para desarrollar de manera óptima sus capacidades, mayor apertura en el aprendizaje en todas sus formas, en lo educacional, laboral y personal, otorgando las herramientas necesarias para su desarrollo, impulsando así la autonomía personal e independencia para una mayor inclusión social.

En España, el *facilitador* es una figura que ayuda en los procesos judiciales a las PCD intelectual que han sido víctimas o acusadas en un juicio. Explica qué es un procedimiento judicial, cuáles son sus derechos; adapta la comprensión del procedimiento a las capacidades de la persona, desde personas con mucha necesidad de apoyo a personas que necesiten un apoyo más limitado. El facilitador/a indica a la policía y a los abogados, fiscales y jueces cuál es la mejor manera que la persona con discapacidad les entienda y pueda contar los hechos. Su función tiene máxima relevancia para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. El facilitador/a es una figura creada

[63] Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria. Junio 2019. https.//www.bcn.cl

por la *Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual* (UAVDI) en 2010 y trabaja en toda España de manera gratuita.[64]

2.3. Mediadores Personales

El modelo de apoyo de los mediadores personales fue concebido en Suecia como respuesta a la ineficiencia de las autoridades en atender las necesidades de muchas personas con discapacidad psicosocial que no podían acceder al ejercicio de sus derechos. La Junta Nacional Sueca de Salud y Bienestar apoyó esta iniciativa, que además de facilitar a las personas un servicio más cercano y eficiente, y proporcionar apoyo a quienes antes les era imposible acceder, tuvo resultados tan positivos, al ser apreciado por las personas con discapacidad, que redujo el número de hospitalizaciones y disminución de costos para el estado. El mediador actúa únicamente ante el requerimiento del interesado.[65]

3. Evaluación del tipo de apoyo que pueden necesitar las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica.

[64] La Comunidad de Madrid y *Plena Inclusión Madrid. Org*. , para garantizar este derecho, han convenido a partir de este año 2021 la actuación de *facilitadores judiciales.*
.https://plenainclusionmadrid.org/noticias/comunidad-madrid-faciltiadores-judiciales/

[65] Consejo de Europa. Comisionado de DH. ¿QUIEN DEBE DECIDIR? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Comisión de Derechos Humanos. Estrasburgo, 20 de febrero de 2012- CommDH/IssuePaper- 2012-2
http://www.cermicantabria.org/phocadownloadpap/interes/Comisario%20DHCOE%20derechos%20y%20capacidad%20juridico.pdf.

A efectos de maximizar la autonomía y el ejercicio de la capacidad jurídica, y determinar *el tipo de medidas de apoyo* que puedan requerir las personas con discapacidad, es necesario reconocer distintos *estados o situaciones* para la toma de decisiones, las cuales si bien tienen en común la plena capacidad jurídica, muestran que su ejercicio puede hacerse de distintas maneras y con diferentes tipos de aptitud decisoria.

3.1. Ejercicio autónomo

En algunas situaciones, hay un ejercicio *autónomo* para la toma de decisiones y comunicarla de manera comprensible, o con una asistencia de muy poca intensidad para determinados actos de su vida pudiendo requerir sólo ajustes razonables; así las personas con discapacidad sensorial, que solo necesiten alguna asistencia, como ayudas visuales, medios técnicos aumentativos de audición, o asistencia informal, *que no necesitan recurrir a terceras personas como medida de apoyo para tomar decisiones*.

3.2. Asistencia en la toma de decisiones

Otras personas son *asistidas en la toma de decisiones,* pudiendo designar para ello una persona o una red de personas que conocen su historia personal, forma de vivir, sus costumbres, sus preferencias, para que las asistan de manera mínima y no significativa en el proceso de toma de decisiones, para el efectivo ejercicio de su capacidad jurídica.

Lo relevante de esta distinción, destaca M. Bach [66], es que en el segundo supuesto, de toma de decisiones *asistida,* en que la persona pueda requerir una

[66]BACH, Michael. "El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa". En: PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco. Coordinadores. "Capacidad jurídica, Discapacidad y derechos

mínima asistencia, un apoyo informal, como el que puede brindar una *persona de su confianza*, *un familiar o amigo*, debemos asegurarnos "que en nuestro esfuerzo por proporcionar a las personas una asistencia para su toma de decisiones", *se requiera sin necesidad* una red de apoyos formal, que no guarda proporcionalidad con las necesidades y las circunstancias de la persona, invadiendo y restringiendo su autonomía personal.

3.3. Asistencia de terceras personas

Personas con discapacidad mental o intelectual, con menor aptitud para la toma de decisiones, que pueden requerir *la asistencia de terceras personas* para el ejercicio de su capacidad jurídica y el ejercicio pleno de sus derechos; estas medidas de apoyo podrán ser de variada intensidad, conforme la situación personal de cada una.

En las situaciones mencionadas, las personas con discapacidad mental e intelectual, pueden necesitar como ajustes razonables, para la manifestación de la voluntad, la utilización de lenguaje claro y sencillo, fácil de entender para mejorar la comunicación y comprensión de textos legales, y que se le garanticen las medidas de accesibilidad, entorno físico, incluyendo la utilización de medios técnicos de comunicación, entre otros.

3.2 Asistencia de un apoyo más intenso.

Personas con discapacidad que no pueden ejercer su capacidad jurídica, ni tomar decisiones sin la asistencia de un *apoyo más intenso*, prestado por terceras personas, o en el caso de carecer de un entorno familiar o social, o

---

Humanos" *Una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2011 ,pag. 55 a 107.*

asociaciones civiles o instituciones públicas o privadas. En este grupo o tipo de situaciones, se incluyen personas cuya intención puede ser discernida, empleando el modo, los medios y formatos adecuados.

El CCCN no hace referencia expresa a los apoyos más intensos, pero en cuanto al alcance de la sentencia de restricción de capacidad, establece que debe determinar la extensión y alcance de la restricción, y especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía personal sea lo menor posible. Asimismo, el juez debe en la sentencia designar las personas de apoyo o curadores, conforme establece el art. 32, y *señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción*, *con indicación de las personas intervinientes y la modalidad de actuación"*- art. 38 - entendemos que está incluida *la intensidad del apoyo* que la persona necesite.

La dificultad se presenta cuando el beneficiario de los apoyos no es permeable para que quien ejerce la función de apoyo pueda comprender o interpretar cabalmente su intención, voluntad y necesidades en forma indubitable.

En el preámbulo de la CDPD, los Estados Partes reconocen “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, *incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”* (inciso j.).

En estas situaciones, el riesgo está en decidir "por" la persona , no "con" la persona, es decir que la toma de decisión en definitiva sea sustitutiva, y entrar en el terreno "resbaladizo", como expresa Michael Bach, de las situaciones de excepción que pueden ser transformadas en regla. Es una solución que no condice con el mandato convencional. La función del apoyo es percibir la intención de la persona, su voluntad y expresarla, permitiendo que decida por

sí misma. Para lograrlo, debe analizar sus actitudes, su historia de vida, costumbres y preferencias, convicciones, idea religiosa, opiniones vertidas en contextos y experiencias similares. Si a pesar de todo este esfuerzo se torna imposible conocer la real voluntad de la persona, no podemos negar esta realidad, y la decisión termina siendo tomada "por" la persona, no "con" la persona.

En Argentina, situaciones semejantes han planteado un gran dilema a la hora de resolver en los estrados judiciales, cómo conocer la voluntad de personas que se encuentran imposibilitadas de manifestarla y tomar decisiones relacionadas en especial con su persona y su vida. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentó jurisprudencia en algunos casos donde resolvió que debe garantizarse el respeto de la voluntad de la persona, y actuar conforme la interpretación más fidedigna, que refleje sus intenciones, deseos y preferencias, las que pueden ser discernidas por testimonios brindados por su entorno social o familiar. Así lo resolvió en la sentencia dictada el 7 de julio de 2015, en autos "D.M.A. s/declaración de incapacidad".[67]

---

[67] *Luego de haberse negado la autorización solicitada por las curadoras- dos hermanas - en las dos instancias anteriores, la* ***Corte Suprema de Justicia de la Nación*** *garantizó que se respete la voluntad de una persona que se encuentra en* ***estado de coma****, a raíz de un accidente de tránsito, para que se suspendan las medidas que desde hace más de 20 años prolongan artificialmente su vida. La Corte valoró el testimonio brindado por el entorno familiar - sus dos hermanas - con carácter de declaración jurada, sobre manifestaciones de MAD que "en la eventualidad de hallarse en el futuro en esta clase de estado irreversible, no era su deseo que se prolongara artificialmente su vida". La Corte subrayó; Que en el supuesto de autos, sus familiares* sólo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, la voluntad del paciente. *Por lo que no deciden ni "en el lugar" del paciente ni "por" el paciente ni "con" el paciente sino comunicando cual es la voluntad de éste.....*; que la resolución adoptada responde a la voluntad del interesado, sin que se haya alegado ni aportado elemento alguno a lo largo de todo el proceso que permita albergar dudas acerca de que ésta es la voluntad de M.A.D. En consecuencia el alto tribunal resolvió el cese del soporte vital ....)

En otros casos, no fue posible conocer por ningún medio la voluntad de la persona para el ejercicio de derechos personalísimos. En un fallo del 27 de febrero de 2018, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Rio Negro, resolvió que era imposible discernir la intención y voluntad procreacional de la persona por encontrarse en situación de conciencia mínima.[68]

3.3. El tema plantea un debate que continúa abierto.

Las situaciones extremas, en que se hace imposible conocer la intención, voluntad y preferencia de la persona, y no resultan útiles los medios empleados para poder discernirlos, habiendo empleado la diligencia debida, se resuelven con la lógica de la sustitución de la voluntad. Para cambiar este enfoque, se ha propuesto como punto de partida un cambio en la terminología, de "sustitución en la toma de decisiones" por *"toma de decisiones facilitada"*. Esto reposiciona a la persona con discapacidad, elevándola de objeto a sujeto, y *"exige de otros la consideración para asegurar que las decisiones estén de acuerdo con el mejor entendimiento de sus intenciones en el contexto de la narrativa evolutiva de su vida"* [69]

---

[68] "M., J. A. S/ Autorización Judicial. Se trata de establecer cómo se ejercen los derechos personalísimos por parte de una persona con discapacidad, en este caso, falta de discernimiento, por encontrarse en un estado de conciencia mínima y en el que no resultan de utilidad los apoyos para conocer los deseos y preferencias de la persona.... Todos los intentos fallaron, a pesar de los esfuerzos realizados por parte del equipo interdisciplinario y la Secretaria del órgano de revisión creado por la ley 26657 de Salud Mental. No dio respuestas a ningún estímulo para poder comunicarse y fue considerado incompetente para otorgar el consentimiento informado, respecto de una práctica quirúrgica para la extracción de espermatozoides con el fin de su crioconservación, mediante la reconstrucción de la voluntad de la persona a través de testimonios acompañados al proceso, que datan de diez años antes de esta petición. Ver comentario del fallo : Otilia Zito Fontán y Marcela V. Spina en "*Discapacidad y modelo social. Enfoques desde la doctrina y jurisprudencia*" Coordinadores: Leonardo Pérez Gallardo y Luz M. Pagano, Pág. 309/324. Bs. As. Ed. ErreIus, 2020.

[69] *Michael Bach, ob. citada, pág. 97*

No creemos que el cambio de lenguaje nos facilite el camino para resolver este dilema que tanto preocupa, y pone sobre el tapete el propósito y los principios generales contenidos en la CDPD, que constituyen un cambio de paradigma en el tratamiento y la concepción de la discapacidad que la sociedad en forma progresiva debe incorporar. Coincidimos en que puede ser relevante la propuesta para sensibilizar a la sociedad, en el respeto por la dignidad inherente de todas las personas, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y una mayor comprensión de la igualdad en derechos y ejercicio que tienen las PCD, pero no aporta un camino ni una solución diversa a la expresada.

Es preciso subrayar que los operadores jurídicos deben asumir en toda su actuación, que el paternalismo que promueven los sistemas tradicionales basados en la sustitución de la voluntad, deben reemplazarse definitivamente por la asistencia que pueda necesitar la persona en la toma de decisiones.

3.4. Cómo resuelven las legislaciones esta realidad insoslayable y cómo se implementan y designan los apoyos.

En la *República Argentina*, las normas sobre capacidad jurídica del Código Civil y Comercial (CCCN) vigente desde el primero de agosto de 2015, reconocen que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Como *excepción*, el juez está facultado, en los supuestos establecidos en el art. 32.4, a declarar la incapacidad de la persona y designar un curador. Dice la norma: "....*Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte*

ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador." La actuación del curador debe enmarcarse en lo prescripto por la resolución judicial, que determinará los alcances de la restricción y la modalidad de su actuación y en los principios establecidos en la CDPD, de asistir a la persona en todos los actos de su vida y promover conforme las circunstancias, la comunicación, la promoción del ejercicio de sus derechos, conforme el modelo constitucional y convencional que establece el CCCN. Las sentencias de restricción de capacidad deben ser revisadas por la autoridad judicial en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado. No obstante, la revisión de la sentencia puede tener lugar en cualquier momento, a instancia del interesado (Conf. art. 40 CCCN).

Luego de la sanción del CCCN, las Repúblicas de Perú y Colombia y más recientemente, el Reino de España, han introducido modificaciones a su legislación interna, conforme el modelo social y de derechos humanos planteado en la CDPD, que constituye un mandato de acción para los Estados Parte.

En la *República de Perú*, el Código Civil, con las reformas introducidas por el decreto legislativo 1384 del 3 de setiembre de 2018, establece que la capacidad jurídica solo puede ser restringida por ley. La designación de apoyos y salvaguardias se implementan a requerimiento de la persona mayor de edad, que puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinente para coadyuvar a su capacidad de ejercicio.

La designación puede hacerse ante notario o un juez competente. Procede la designación judicial para personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, y las que están en *estado de coma*, siempre que no hubieran

designado con anterioridad un apoyo, mediante el otorgamiento de *directivas anticipadas* - art. 44, inc.9. Esta medida se justifica después de haber realizado *esfuerzos reales, considerables y pertinentes* para obtener la manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables que pueda necesitar. Para la designación de apoyos, el juez deberá tomar en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre los designados y la persona que requiere apoyo. Fija el plazo, y los alcances de la actuación del apoyo, debiendo realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona y su trayectoria de vida. *El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica*. (Conf. art 659-E y 659-B)

La *designación voluntaria de apoyo* es competencia del notario o del juez, a elección del otorgante, cuando pueda manifestar su voluntad.

La designación por vía notarial: 1) Procede en los casos en que la persona con discapacidad mayor de edad puede manifestar su voluntad, y considere pertinente para facilitar el otorgamiento de actos que produzcan efectos jurídicos. 2) El notario está obligado a otorgar medidas de accesibilidad y ajustes razonables a las personas con discapacidad para que puedan manifestar su voluntad. Se permite la participación en el acto de otorgamiento de la escritura pública, de *personas de confianza* para coadyuvar a la manifestación de voluntad. 3) La persona o institución designada para cumplir la función de apoyo, debe aceptar expresamente tal designación. 4) Asimismo, toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica, como también disponer en qué personas o instituciones no debe recaer

tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir; y constar en el documento, el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro tendrá eficacia. 5) La designación de apoyo y establecimiento de salvaguardias, la revocación, renuncia, modificación o sustitución, debe inscribirse en el Registro de Personas Naturales. (Arts. 22, 23 y 24.1, inc. f), y 25 del Reglamento Decreto Supremo N° 016-2019).

El Código Civil *libera de responsabilidad* a la persona que presta el apoyo por las decisiones que toma la persona asistida, aún cuando tales decisiones hayan sido realizadas con dicho apoyo, sin perjuicio que la persona asistida tiene derecho a repetir contra él. Las personas en estado de coma, que tienen la capacidad restringida conforme el art. 44.9, no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa. (con. art. 1976-A).

Asimismo, se exime a la persona o personas que ejerzan la función de apoyo, de la obligación de garantizar su gestión, salvo que el juez lo requiera, a pedido del Consejo de Familia, en la administración legal dispuesto en el artículo 426 del Código Civil. (Art. 659-H CC).

A diferencia de la ley de Colombia, la participación de la persona designada como apoyo solo es obligatoria, si así se ha dispuesto en el documento de designación.

En la *República de Colombia*, la ley 1996 del 29 de agosto de 2019 establece el "Régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad" . La ley tiene por objeto *establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que*

puedan requerirse para el ejercicio de la misma. La normativa parte de la presunción de capacidad legal de todas *las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, sin distinción alguna, e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.* En ningún caso, dice la norma, la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona. La capacidad de realizar actos jurídicos se presume; no invalida este derecho la necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información. (conf. art. 6 y 8).

La ley caracteriza los apoyos como tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales. Puntualiza que los apoyos "formales" son aquellos apoyos reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una *voluntad expresada de manera anticipada*, por parte del titular del acto jurídico determinado. (conf. art.3)

Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos (art. 9). Tratándose de personas con discapacidad menores de edad, tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de acuerdo con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los

que debe tenerse en cuenta su voluntad y preferencias para el ejercicio digno de la patria potestad. (Art. 7)

La ley menciona dos mecanismos para la implementación de *apoyos para la realización de actos jurídicos*: a) mediante la celebración de un *acuerdo de apoyos* entre la persona titular del acto jurídico y la/s personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del acto jurídico, que puede formalizarse ante notario, mediante escritura pública, o ante Conciliadores Extrajudiciales en derecho, y b) mediante *un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario*, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado proceso de *adjudicación judicial de apoyos para la celebración de actos jurídicos*, que puede iniciar el titular del acto jurídico, mediante el proceso de jurisdicción voluntaria. Si quien inicia el proceso es una persona distinta del titular del acto jurídico, deberá justificar que la persona que recibirá el apoyo, se encuentra *absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible*, *o se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero*. En todo este proceso de adjudicación judicial de apoyos, el juez contará con una valoración de apoyos para acreditar el nivel y grado de apoyo que la persona requiere para las decisiones que debe tomar. *Nunca el juez podrá pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos jurídicos sobre los que no verse el proceso*. (Conf. arts. 32 a 39).

Los apoyos adjudicados judicialmente, al término de cada año desde la ejecución de la sentencia, la persona o personas de apoyo deberán realizar un balance en el cual se exhibirá a la persona titular de los actos ejecutados y al Juez.

En los casos en que la persona con discapacidad necesite apoyos, pero no tenga personas de confianza a quién designar con este fin, el juez de familia designará un *defensor personal*, de la Defensoría del Pueblo, que preste los apoyos requeridos para la realización de los actos jurídicos que designe el titular (art.14).

Efectos de la designación de apoyo. La normativa establece que *la persona titular del acto jurídico que cuente con un acuerdo de apoyos vigente para la celebración de determinados actos jurídicos, deberá utilizarlos, al momento de la celebración de los mismos, como requisito de validez de los mismos. En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados en el acuerdo de apoyos, sin hacer uso de los apoyos allí estipulados, ello será causal de nulidad relativa, conforme a las reglas generales del régimen civil.* No obstante, esto no implica que la persona que recibe el apoyo deba actuar de acuerdo al criterio de la persona designada, ya que, quién ejerce esta función, debe respetar siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, así como su derecho a tomar riesgos y a cometer errores. (conf. art. 19 y 39)

Responsabilidad. La ley establece que la persona que ejerce funciones de apoyo, será responsable *solo cuando en su actuar haya contravenido los mandatos establecidos en la presente ley, las demás normas civiles y comerciales vigentes en Colombia, o hayan ido en contravía manifiesta de las indicaciones convenidas en los acuerdos de apoyo, las directivas anticipadas o la sentencia de apoyos, y por ello se hayan causado daños al titular del acto jurídico o frente a terceros. Las personas de apoyo no serán responsables por los daños personales o financieros de la persona titular del acto jurídico siempre y*

cuando hayan actuado conforme a la voluntad y preferencias de la persona (Conf. art. 50).

En el Reino de España, la ley 8/2021, publicada en el B.O. del Estado el 20 de mayo de 2021, con vigencia a partir del 3 de setiembre del mismo año, en su artículo segundo, introdujo profundas reformas en la legislación civil y procesal, estableciendo nuevas bases para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PCD, mediante un sistema de apoyo que asista a quienes lo necesiten para la toma de decisiones.

Las medidas de apoyo, dice la normativa, tienen como finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la PCD y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. En *situaciones* excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, *no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas, debiendo tenerse en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de la PCD, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*. El juez podrá establecer las salvaguardias que estime oportunas (conf. art. 249).

Las medidas de apoyo reguladas en la nueva ley, son las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (conf. art. 250).

Las de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance.

Estas medidas podrán ir acompañadas de las salvaguardas necesarias para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia en la nueva ley, los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela[70].

La *guarda de hecho* es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La *curatela* es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el *apoyo de modo continuado*. Es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad; la exposición de motivos de la ley, expresa que como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. La curatela se constituye mediante resolución judicial motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente, la cual debe determinar su alcance de acuerdo a la situación de la persona con discapacidad y a su necesidad de apoyo.[71]El nombramiento de *defensor judicial* como medida

[70] *Artículo 271. Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.*

[71] *Art. 268. "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de* esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante

formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo *se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente*. La norma establece que al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. Asimismo, excluye para ejercer la función de apoyo, a quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

3.5 A modo de conclusión.

Ante la realidad insoslayable antes referida, sobre cómo resuelven las legislaciones la situación de personas que reciben la asistencia de un apoyo intenso, y que a pesar de todo los esfuerzos no pueda manifestar su voluntad por ningún medio posible, y las medidas de apoyo fueren insuficientes, la normativa en Perú, Colombia y España, con las diferencias y matices que a cada una corresponde, coinciden en que es *el juez la autoridad competente* que deberá decidir los apoyos y salvaguardias que fueren necesarios conforme las circunstancias y situación en que se encuentre la persona con discapacidad, debiendo realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación de su voluntad y preferencias.

El Comité de expertos de la CDPD, ha expresado que en todo momento, incluso en situaciones de crisis, debe respetarse “la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones". Cuando, pese a

---

cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.". Art. 269....." Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249. En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos".

haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias".[72]

4. Salvaguardias

La CDPD impone a los estados partes, además de tomar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso al apoyo a las personas con discapacidad, *asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica*, se proporcionen *salvaguardias* adecuadas y efectivas para impedir posibles conflicto de intereses, influencia indebida o abuso, y que se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona que recibe el apoyo, lo cual marca una nueva concepción que reemplaza el viejo paradigma de la sustitución en la toma de decisiones.

La protección contra el mal ejercicio de la función de apoyo, debe entenderse en el contexto del derecho que tienen todas las personas a elegir correr riesgos en el devenir de su vida. Las personas con discapacidad son acreedoras de este derecho, como las demás. Es respetar el ejercicio de su autonomía, que queda plasmado en la "*dignidad de riesgo" y el derecho a equivocarse*, en el proceso de toma de decisiones.

Claro, que respetar elecciones puede acarrear algunos riesgos. No obstante, en el contexto de la toma de decisiones con apoyo, *la asunción de riesgos implica que se debe ofrecer información adecuada respecto de la asunción de sus responsabilidades y las implicancias de sus elecciones.* Esto indica que

[72] Observación general N° 1, párrafo 18

"*deberían limitarse y prevenir los riesgos mediante medidas de apoyo a nivel individual y definir un nivel de riesgos aceptables. La asunción de riesgo puede quedar mitigada, por tanto, por parte de las salvaguardias ante el abuso a nivel sistemático*" [73]

El concepto de salvaguardias es amplio, y debe analizarse en el marco de los principios rectores establecidos en la CDPD. Cabe plantearnos, hasta dónde es adecuado establecer controles y medidas de seguridad sin avasallar la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las medidas deben ser adecuadas a las circunstancias de la persona, aplicarse por el plazo más corto posible, y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las medidas deben guardar proporcionalidad con la intensidad de apoyo que la persona necesite (conf. art.12.4).

El CCCN argentino ha omitido la mención y tratamiento de las salvaguardias, pese a constituir un tema central en el diseño e implementación de las medidas de apoyo, para impedir los abusos y garantizar que se respeten los derechos, los deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo. El ordenamiento, de manera no sistemática menciona dentro del proceso de determinación de capacidad, medidas que pueden interpretarse como salvaguardias, pero hubiera sido deseable que las tratara en forma expresa. Las mencionadas por ejemplo son el deber del juez de ordenar medidas cautelares en defensa de los derechos personalísimos y patrimoniales, la audiencia y entrevista personal con el

[73] "*Inclusión Europe . Asociación Europea representante de persona con discapacidad intelectual y sus familias." Las salvaguardias en las medidas relativas al ejercicio de la capacidad legal. 2018. traducción al español en 2020. https://www.inclusion-europe.eu/wp-content/uploads/2015/03)*

interesado, su derecho a ser oído, y su intervención en todo el proceso con asistencia letrada, el derecho a la revisión de la sentencia (arts. 34 y sigs. del CCCN). En todos los casos el juez puede ordenar las medidas que considera adecuadas conforme las circunstancias de la persona.

5. Accesibilidad. Diseño universal.

Ajustes razonables. Tres conceptos distintos.

La accesibilidad está planteada en la convención - art. 9 - como condición para que las personas con discapacidad puedan vivir de manera independiente y tener acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas informáticos y las tecnologías de la información, que están en permanente evolución, que tornan más visible la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad, los adultos mayores y todas aquellas personas que por distintas circunstancias y factores no tienen acceso a las nuevas tecnologías.

Las nuevas tecnologías, deben estar diseñadas y producidas de una forma que garantice su accesibilidad. En este proceso es necesario elaborar medidas adecuadas de asistencia y apoyo para eliminar los obstáculos y las barreras que impiden la inclusión social plena de todas las personas.

La existencia de barreras sociales y ambientales genera la necesidad de apoyo. Por ejemplo, dice CATALINA DEVANDAS AGUILAR, las personas con discapacidad que viven en comunidades inaccesibles pueden requerir más apoyo que si vivieran en comunidades accesibles.

La accesibilidad, es un derecho humano de la persona con discapacidad que promueve equiparar las oportunidades, y el goce y ejercicio de todos los

derechos reconocidos en la CDPD, en forma transversal, como el acceso a la justica, educación, movilidad personal, derecho a la salud, vivir en forma independiente, derecho a formar una familia, trabajar, entre otros.

Por otra parte, la CDPD fomenta para todas las actividades que conciben desde su origen los procesos de productos, objetos, programas de servicios, el *"diseño universal"* - art.2.5- , para que puedan ser utilizados por todas las personas, en la medida de lo posible, *sin necesidad de adaptación ni diseño especial*. Es una medida de accesibilidad universal, a diferencia de la accesibilidad referida en el párrafo anterior, que es un diseño especial para las personas con discapacidad. La aplicación del diseño universal hace que la sociedad sea accesible para todos los seres humanos, no solo para las personas con discapacidad.[74]

Los ajustes razonables - art.2.4 - implican la adecuación del entorno físico, social , cultural, político o económico, a la situación y a las necesidades de las PCD, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que no afecten derechos de terceros, a efectos de facilitar la accesibilidad, como así también la inclusión y participación social, en condiciones de igualdad.[75]

Los ajustes razonables están referidos a casos individuales, y deben ser evaluadas las modificaciones en cada caso.

La ausencia de accesibilidad, por denegación de ajustes razonables podrá entenderse como "discriminación por motivos de discapacidad ", por constituir

[74] Observación general N° 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Párrafo 16.

[75] El art. 5 del Reglamento que regula la implementación de apoyos...en Perú, antes mencionado, establece..." que la denegación de ajustes razonables constituye un acto de discriminación por motivos de discapacidad, salvo cuando se verifique una carga desproporcionada o indebida.."

un obstáculo para el goce o ejercicio de derechos reconocidos universalmente, y en forma expresa por la CDPD.

6. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico argentino. Apoyos judiciales y extrajudiciales.

En el régimen de capacidad jurídica establecido en el CCCN, como lo hemos expresado en el presente, la capacidad de la persona humana se presume, con las limitaciones establecidas expresamente en este código y en una sentencia judicial.

El ejercicio de la capacidad jurídica puede ser restringido por decisión judicial para determinados actos. Con relación a los actos restringidos, el juez *debe designar* el o los apoyos necesarios, especificar sus funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Asimismo, la persona interesada puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. En estos casos, el juez debe evaluar los alcances que puede tener esta designación y procurar la protección de la persona estableciendo salvaguardias o medidas de control frente a posibles conflictos de intereses o influencia indebida o abuso en la dinámica de la función del apoyo, que no respete sus derechos, su voluntad y sus preferencias. (conf. arts. 32 y 43.)

En este contexto, el sistema de apoyo es definido, en el CCCN con carácter genérico, como "cualquier medida de *carácter judicial o extrajudicial",* que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Se incluyen los apoyos para una amplia gama de actuaciones, tal cual lo caracteriza el modelo

convencional. La función de quien presta el apoyo, es promover la autonomía, facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (conf. art. 43). Estos sistemas de apoyo son regulados como una institución autónoma que debe estar disponible para todas las personas que por su situación de vulnerabilidad puedan ver comprometido el ejercicio pleno de su capacidad jurídica.

La CDPD sienta el principio de capacidad jurídica y refiere a los apoyos como una herramienta adecuada y eficaz, para quien lo necesite, para posibilitar dicho ejercicio. En consecuencia, los apoyos *deben independizarse de la designación que se efectúe en el marco de un proceso judicial*. [76]

Esto implica que las medidas de apoyo pueden proporcionarse a todas las personas que las necesiten para el ejercicio efectivo de sus derechos, tengan o no restringida su capacidad.

El ordenamiento plantea, conforme las limitaciones para el ejercicio de la capacidad jurídica, distintas categorías o status de personas: la persona capaz, las que tienen restringida judicialmente su capacidad - art. 32.1- las que excepcionalmente se les ha declarado su incapacidad - art. 32.4 - y las personas inhabilitadas por prodigalidad - Art. 48 y 49, que tienen limitaciones para la autogestión de su patrimonio. En estos casos, en el marco del proceso judicial que declara las limitaciones al ejercicio de la capacidad jurídica, el juez debe

[76] OTILIA DE C. ZITO FONTÁN Y MARCELA V. SPINA, coautoras, en "Capacidad Jurídica, Discapacidad y derecho Civil en América Latina. Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú". Joyceana Bezerra de Menezez, Renato Antonio Constantino Cayo y Francisco José Bariffi. Coordinadores. Editora Foco. Brasil. 2021.

decidir el apoyo o sistema de apoyo o la forma de asistencia que la persona necesite con los alcances adecuados a su situación personal.

La sentencia que determine la situación en la relación capacidad-incapacidad, coloca a la persona en un *"determinado estado frente al derecho, con todas las consecuencias que ello trae aparejado, inclusive para el ejercicio de otros derechos no cercenados en la sentencia*".[77]

La restricción judicial de la capacidad coloca a la persona en una situación jurídica muy gravosa para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, que de ninguna manera pueden extenderse a todas las personas en situación permanente o transitoria de vulnerabilidad.

Conforme el modelo constitucional y convencional, que son fuente de aplicación e interpretación del derecho, conforme lo establece el CCCN, el derecho a la capacidad jurídica y los apoyos como herramienta para garantizar su ejercicio, no imponen como requisito previo un proceso judicial de determinación de la capacidad jurídica.

Es necesario dar identidad conceptual y jurídica a la situación que enfrentan personas que no están enmarcadas en dicha normativa, y necesitan *apoyo* para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así aquellas que tienen disminuida su aptitud para tomar decisiones, como personas con discapacidad intelectual o psicosocial que necesitan asistencia para tomar ciertas decisiones en su vida para dirigir su persona, administrar sus bienes, cobrar una pensión, o para otorgar actos jurídicos determinados, que deben superar, además de las circunstancias personales, las *barreras que impone la sociedad,* para el ejercicio

[77] GIAVARINO, MAGDALENA B. Y BALMACEDA, MÓNICA, "La consideración del sistema de "apoyos" como recurso autónomo P. DFyP, 2017.

de sus derechos y obligaciones. A título de ejemplo, cómo garantizar a estas personas el derecho a ser propietarias, controlar sus asuntos económicos y financieros, tener acceso a préstamos bancarios, en igualdad de oportunidades que las demás - art. 12- apartado 5 de la CDPD- sino a través de la implementación de medidas o sistemas de apoyo voluntarios y precisos que faciliten el ejercicio de sus derechos, conforme sus reales necesidades y promuevan su inclusión social plena.

Los sistemas de *apoyo extrajudiciales* deben ser lo suficientemente flexibles para dar respuesta a una realidad como la descripta, que afecta a personas que están en situación de vulnerabilidad, personas con discapacidad, personas mayores y como menciona el art. 103 del CCCN, "*personas cuyo ejercicio de capacidad requieran de un sistema de apoyos*" y así promover su autonomía y el ejercicio de sus derechos.

Es llamativo que la designación de apoyo sin restricción de la capacidad jurídica, sean excepciones en nuestra jurisprudencia. [78]

En casos en que se negó la solicitud de restricción de capacidad, por no estar presentes en la persona los supuestos previstos en el art. 32.1 en forma simultánea, no se decidió la designación de apoyo o asistencia que la persona interesada hubiera necesitado. [79]

---

[78] "S.O.R. R. s/Restricción a la capacidad". Exp. Nº 7244/F. Familia Penal de Menores y Adolescentes-sec.N°1-Gualeguaychú, por sentencia del 7-julio-2021, el tribunal ordenó el cese de la incapacidad establecido por sentencia del 28/10/1997,por sordomudez, designar a la persona propuesta, para que opere como apoyo a los efectos comunicacionales, actuando como intérprete de la Sra. O. R. R. S. ante los entes previsionales o de salud que lo requieran, y para el ejercicio de su vida independiente en sociedad".

[79] Cám. Civ. y Com. Gualeguaychú, sala I, 13/08/2015, "A. J. C. s/ declaración de inhabilitación "RCCyC 2015 (noviembre), 92, con nota de Juan P. Olmo; LL Litoral 2015 (diciembre), 1154, con nota de Santiago G.

La designación, implementación y formalización de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, de manera voluntaria e independiente del proceso judicial, es *un tema que necesita un amplio desarrollo que reafirme la operatividad de la CDPD.* Los operadores jurídicos debemos proponer herramientas adecuadas para las personas que lo necesiten en el plano jurídico, y así promover el ejercicio de sus derechos, en igualdad de oportunidades que las demás personas, que constituye el pilar básico de la CDPD.

La normativa refiere a los apoyos extrajudiciales de manera sucinta, sin perjuicio de lo cual, consideramos que tienen carácter operativo, como lo tiene la CDPD, y conforme el diálogo de fuentes que se consagra en el título preliminar del CCCN (Art. 1 y 2).

7. La ausencia de normativa pone en crisis el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la CDPD por el Estado argentino.

El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos, *cualquiera sea la limitación en la aptitud para tomar decisiones*. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas para proporcionar el acceso y la creación del apoyo que puedan necesitar las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica, y asegurar que se proporcionen las salvaguardias adecuadas, en protección del abuso, el conflicto de intereses e influencia

Duizeide; DFyP 2016 (marzo), 189, con nota de Santiago G. Duizeide; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (mayo), 05/05/2016, 19 Cita Online: AR/JUR/27182/2015 y Cám. Civ. y Com. Azul, 21/04/2020, "S. I. R. s/ inhabilitación" (cita: MJ-JU-M-125203-AR). CNCiv., sala D, 9/09/2020, "B., E. R. s/ Determinación de la capacidad" (expte. n° 82.235/2019 – Juzgado n° 76). https://www.cij.gov.ar/sentencias.html.

indebida, que suele constituir un riesgo en el caso de aquellas personas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. [80]

Como lo hemos expresado en párrafos anteriores, el *apoyo* debe ejercer su función conforme las circunstancias y necesidades de cada persona, respetar su dignidad inherente, sus derechos, deseos y preferencias, acompañando el proceso de toma de decisiones, que deberán ser tomadas en definitiva por la persona asistida. El respeto a las voluntades y preferencias de la persona, *implica que es ella la principal habilitada para designar el apoyo y, en el marco de esa libertad, decide quiénes son las personas que la asisten en la toma de decisiones*." [81]

No hay ninguna justificación por parte del Estado, para privar de reconocimiento jurídico la designación voluntaria de apoyo o medidas de apoyo, a las personas que lo necesiten, para el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales. Las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad.

La designación e implementación de apoyos de naturaleza voluntaria son la máxima expresión de la autonomía individual que tiene la persona en un marco de libertad, independencia y autodeterminación, para decidir quiénes, cómo, con qué alcance y con qué salvaguardias, le prestarán asistencia en la toma de decisiones en distintos ámbitos de su vida, y en el otorgamiento de actos con efectos jurídicos determinados.

---

[80] Observación General N° 1- párrafo 22.

[81] FERNÁNDEZ, SILVIA E. - HERRERA, MARISA, Personas con discapacidad y pensiones sociales: Cuando el avance queda a mitad de camino. Publicado en: La Ley 06/05/2020. Cita Online**:** AR/DOC/1377/2020

La igualdad y no discriminación son principios centrales y derechos reconocidos en la CDPD - arts. 3 y 5 - que se expresan en forma reiterada en su texto, con la expresión "*en igualdad de condiciones con las demás*", que vincula todos los derechos sustantivos reconocidos en la misma con el principio de no discriminación. (*Observación Gral. N° 6- 2018, párrafo 7 y 12).*[82]

No facilitar ni reconocer efecto jurídico a la designación voluntaria de apoyo, es *discriminar por motivos de discapacidad*, que se define en el artículo 2 de la Convención, 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. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*"

El artículo 5.1, de la Convención [83] sobre el derecho a *igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida,* reflejan que ambas expresiones están relacionadas. La primera, igual protección legal, se utiliza para exigir que los órganos legislativos nacionales se abstengan de mantener o generar discriminación contra las personas con discapacidad al promulgar leyes y formular políticas, y la segunda, beneficiarse de la ley en igual medida, implica

[82] La Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Citada en el Cudernillo de Jurisprudencia de la CIDH N° 14, sobre Igualdad y no Discriminación, Pag.19.

[83] "Los "Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna".

que los Estados Partes deben *eliminar las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos.* [84]

La Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, CATALINA DEVANDAS AGUILAR - cuyo mandato finalizó en agosto del año 2020 - en el informe presentado en 2017, al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha expresado que "*los Estados deben diseñar arreglos y servicios de apoyo que den a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y ejercer el control de forma directa. A menudo, los servicios existentes incumplen esta norma. En muchos casos, las decisiones de los interesados pueden ser ignoradas por los profesionales y los familiares. Los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de planificar y dirigir su propio apoyo..... La denegación o la restricción de la capacidad jurídica, violación generalizada de los derechos humanos en el mundo, afecta directamente a la posibilidad de que las personas con discapacidad elijan y controlen el apoyo que reciben y contribuye a imponer servicios que atentan contra su dignidad y sus derechos.* (Apartado 55 del informe).

8. Medidas voluntarias de apoyo.

Directivas anticipadas en previsión de la propia incapacidad.

Las *directivas anticipadas*, testamento para la vida, voluntades anticipadas, disposiciones y estipulaciones para la propia discapacidad, auto curatela, o *actos de autoprotección*, como la expresión más difundida en el ámbito notarial

[84] Observación Gral. N° 6- párrafo16

iberoamericano *son herramientas eficaces* para la designación de *apoyo* o para el diseño de medidas adecuadas de apoyo, para la eventual pérdida en el futuro, de la aptitud para tomar decisiones.

Los *actos de autoprotección* se otorgan por escritura pública, y pueden incluir disposiciones voluntarias relacionadas con el plan de vida del otorgante, en lo personal y patrimonial, incluso directivas anticipadas de salud. Puede formar parte de estas decisiones anticipadas, la designación de una o más personas de su confianza, de su entorno social, referentes afectivos, que conozcan sus creencias, su historia de vida, sus preferencias, como apoyo para que, frente a la disminución de sus aptitudes cognitivas, por cualquier circunstancia, temporal o permanente lo asistan en la toma de decisiones.

Esta herramienta jurídica, que responde a una necesidad social muy frecuente, no se ha regulado en nuestro ordenamiento en forma específica, aunque por su naturaleza, basada en el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, la autodeterminación, y principios generales del derecho, tienen pleno respaldo en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por el Estado argentino, que forman parte del bloque de constitucionalidad, y los posteriores que adquieran jerarquía constitucional. Leyes provinciales han reconocido su validez, y han dispuesto su inscripción en Registros Especiales creados en el ámbito de los colegios notariales locales[85] que, en algunos casos son de consulta obligatoria para los

[85] El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires creó el primer registro en el año 2004, que tuvo reconocimiento legislativo por ley 14.154/2010, a través de su incorporación a la ley 9020 del notariado bonaerense, y por ley 14.334, se modificó el Código Procesal en lo Civil y Comercial provincial, con la obligación de consulta de los jueces al Registro en la apertura de los procesos de determinación de capacidad jurídica

jueces, al inicio de procesos de determinación de capacidad jurídica, para conocer si el interesado ha otorgado un acto de Autoprotección en el que designa *apoyo* para el ejercicio de sus derechos.[86] En los mencionados registros, que funcionan en 21 de las 24 jurisdicciones provinciales, se inscriben escrituras de otorgamiento de actos de autoprotección de cualquier jurisdicción del país. Asimismo, funciona desde el año 2009, en el ámbito del Consejo Federal del Notariado Argentino, el Centro Nacional de Información de Registros de Autoprotección, que recibe información de todos los registros

[86] El Código Procesal de la provincia de Buenos Aires, modificado por ley 14.334 (BO. 16-enero-2012).**incorporó el art. 619 bis**: " El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9020/78 y sus modificatorias, quien deberá informar sobre el registro de decisiones tomadas por el presunto insano para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas al Juzgado actuante y consideradas especialmente por el Juez al momento de resolver. El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza." y modificó **el art. 814**, en los siguientes términos." Trámite. El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 813.El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9.020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación a la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución. El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del Beneficio de Pensión Social, Ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza."

locales. La doctrina y la jurisprudencia han avalado reiteradamente su reconocimiento.

Respecto de las *Directivas Anticipadas de salud*, fueron incorporadas al ordenamiento argentino por la ley 26529, del año 2009, de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, modificada por la ley 26742, del año 2012, conocida como ley de "muerte digna".

El nuevo CCCN, en el artículo 60, define las *directivas anticipadas* como la facultad de anticipar y conferir mandato respecto de la salud y *en previsión de la propia discapacidad,* pudiendo designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para actos médicos y *para ejercer su curatela.* Esta norma se complementa con el artículo 139 que establece, entre quienes pueden ser curadores, los designados en una directiva anticipada. La doctrina notarial consideraba desde hace más de dos décadas, que el nombramiento del propio curador - hoy debe interpretarse nombramiento de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica o en su caso, del propio curador - como la exclusión de determinadas personas- era viable mediante el otorgamiento de directivas anticipadas, como ya está reconocido por el derecho comparado.

Aunque no esté expresado claramente en nuestra legislación, la designación efectuada en una directiva anticipada o acto de autoprotección, debe ser respetada por el juez. Ello surge de la interpretación armónica de los artículos 43, 59, 60 y en especial del 139 del CCCN a “contrario sensu” en el que en forma residual establece que: “*A falta de estas previsiones, el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud*”. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”, que el Juez debe respetar las

designaciones voluntarias realizadas por la persona. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, debe considerarse lo establecido en el artículo 619 bis del Código Procesal Civil y Comercial , respecto de la obligación de los jueces de oficiar al Registro de Actos de Autoprotección, que deberá informar *sobre el registro de decisiones tomadas por el presunto insano para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí,* prescribe que *: De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas al Juzgado actuante y consideradas especialmente por el Juez al momento de resolver.* Consideramos que, para poder apartarse de la designación efectuada en las directivas anticipadas, el Juez deberá justificar acabadamente las circunstancias graves que tuvo en ponderación para dicho apartamiento.

9. Apoyos extrajudiciales. Propuesta de implementación de Acuerdos de apoyo en sede notarial, en el actual marco legal

Las *medidas voluntarias de apoyo*, que no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico argentino, pueden implementarse en el marco de los *sistemas de apoyos extrajudiciales* previstos en el artículo 43 del CCCN [87] para responder a la situación que enfrentan personas que no están enmarcadas en la normativa de restricción de capacidad, y necesitan asistencia en el proceso de toma de decisiones para participar en forma activa en la sociedad, para lo cual,

[87] Parte de la doctrina clasifica los apoyos en formales e informales. Formales: son los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidos en el CCCN, en el marco del proceso judicial de restricción de la capacidad jurídica. arts. 32, 38, 43 y concordantes e Informales, los que promueven la autonomía de la persona en las actividades de su vida cotidiana, que no se formalizan en los procesos judiciales. Nosotros consideramos que es más adecuado, conforme el art. 43, denominarlos apoyos judiciales y extrajudiciales.

tienen derecho a planificar y dirigir su propio apoyo, quién lo presta y cómo lo hace.

Como hemos expresado en párrafos precedentes, las legislaciones de Perú, Colombia y España han regulado la implementación de las medidas voluntarias de apoyo, en sede notarial, quedando definitivamente desvinculada la asistencia y prestación de apoyo de la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica.

"*Ante los cambios normativos, el notario, como aperador de derecho*, está frecuentemente en la primera línea temporal para su interpretación y aplicación inmediata; la función notarial así lo exige. Previo a las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, su responsabilidad es aplicar el nuevo marco normativo frente al requirente que solicita el otorgamiento de un acto jurídico. Como asesor personal y familiar, el notario se perfila frente a requirentes en situación de vulnerabilidad - por edad, discapacidad, nivel cultural, enfermedad, situación personal, u otras circunstancias - como un *apoyo eficiente* para brindar una protección jurídica especial, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos. Su intervención, en el marco de la función pública que ejerce, que se caracteriza por su imparcialidad, puede constituirse en una salvaguardia adecuada, para evitar el abuso, la influencia indebida y el desequilibrio en las prestaciones de la persona más débil" [88]

Asumiendo el compromiso que nuestra función social requiere, proponemos una herramienta jurídica que supere la omisión del ordenamiento jurídico

[88] MARCELA V. SPINA Y OTILIA DEL C. ZITO FONTÁN. "*Capacidad jurídica de personas Mayores. La Persona Mayor ante el Notario*". RDF-Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo Perrot. Julio 2020/95.

argentino, para las personas que lo necesiten en el plano jurídico y facilitar así el ejercicio pleno de sus derechos, sin discriminación.

Por lo expuesto, consideramos que la designación, implementación y formalización de apoyos se materialice mediante la celebración de *"acuerdos de apoyo"*, otorgados por la persona que formaliza la designación y quien o quienes ejercerán esa función - que podría ser una persona física o una persona jurídica - conforme las directivas y los alcances de la actuación que el asistido establezca. [89]. Esto es relevante, porque lo trascendente de las medidas de apoyo, es el despliegue y la forma de su actuación, en cuanto debe favorecer la autonomía y el respeto por el ejercicio de los derechos de la persona asistida, de su voluntad y preferencias.

El sistema de apoyos debe estar diseñado a partir de las reales necesidades de la persona y las circunstancias personales; esto es sustancial para quienes asumirán la función de apoyo, es importante para el notario o el juez en su caso, para interpretar la situación personal, las razones por la que realiza esta designación, y aconsejarlo adecuadamente para tomar decisiones jurídicamente vinculantes. El notario o los funcionarios judiciales que intervengan en el proceso de designación de apoyo, deben utilizar en la comunicación con la persona y en la redacción del documento, un lenguaje claro y sencillo. En la

[89] La relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas Aguilar, en el informe presentado en 2017, antes mencionado, al referirse a la necesidad de eliminar los regímenes de sustitución de la voluntad, por regímenes de apoyo en la toma de decisiones, para superar las barreras que impiden la inclusión y participación social de las personas con discapacidad, **menciona distintos tipos de apoyos, y concretamente, respecto a los** apoyos que necesitan algunas personas para el ejercicio de su Capacidad Jurídica, para celebrar determinados actos jurídicos, y en referencia al apartado 3 del art. 12 de la CDPD, menciona que pueden ser **Convenios de Apoyo, los Grupos de Apoyo entre iguales, el apoyo para la autogestión, y las instrucciones previas, entre otros**. (Apartado 76 del Informe).

formalización de estos acuerdos el interesado deberá contar con los apoyos y ajustes razonables que pueda requerir para su celebración.

Los acuerdos pueden estar referidos a la prestación de apoyo para actos jurídicos concretos, en cuyo caso, su plazo de duración será el que corresponda a dichos actos; o bien estar referidos a determinados actos que pueden sucederse en el futuro, en cuyo caso, consideramos que deben tener un tiempo limitado de duración, y establecer plazos de revisión del acuerdo, dado el cambio de circunstancias y necesidades de la persona asistida. En todos los casos deben determinar con claridad las facultades de la o las personas designadas como apoyo, quienes deben aceptar expresamente el contenido del acuerdo, y contener medidas de salvaguardias proporcionales en protección del asistido, a efectos de impedir abusos o conflicto de intereses entre la persona que ejerce la función de apoyo y la persona asistida, y el respeto por su voluntad y preferencias.

En protección de los derechos de terceros de buena fe que celebren actos jurídicos con la persona asistida, el acuerdo de designación de apoyos y salvaguardias, la revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas designadas, requieren un sistema de publicidad adecuado.

La formalización del acuerdo puede hacerse mediante dos procedimientos, *a elección de la persona interesada*:

I. ***Por escritura pública.*** La intervención notarial en la celebración de este acuerdo, garantiza la valoración adecuada del discernimiento de la persona, su aptitud para comprender el acto, la inexistencia de vicios en la formación de la voluntad; brinda celeridad, inmediatez, asesoramiento personalizado, efectividad, garantía de legalidad, y seguridad jurídica preventiva. El notario de-

berá efectuar los ajustes razonables adecuados a las necesidades de la persona, para facilitar la comunicación y la comprensión, como así también asesorar sobre las medidas de protección y las salvaguardias que debe contener el acuerdo como uno de sus requisitos mínimos, para evitar los abusos y la influencia indebida en la ejecución del acuerdo. La escritura pública asegura autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad, protegiéndolo de pérdidas y posibles alteraciones.

II. *Con intervención judicial*. La persona interesada puede mediante un proceso judicial, solicitar la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo para determinados actos jurídicos en los que considere que necesitará asistencia en el proceso de toma de decisiones. El juez deberá evaluar la aptitud de la persona para efectuar la designación, la aptitud para la comprensión del acto y sus consecuencias, con los mismos alcances que debe hacerlo el notario; las medidas de protección o salvaguardias para evitar conflicto de intereses y abusos en el ejercicio de la función del apoyo. En sede judicial se deberán hacer también los ajustes razonables conforme lo necesite la persona beneficiaria del apoyo, de la misma manera que debe hacerse en sede notarial. Si la persona que solicita la designación de apoyo no tuviere personas de su confianza para proponer, el juez deberá evaluar las necesidades de la persona y designar, con la anuencia del interesado, la o las personas que pueden ejercer esa función y/o implementar las medidas adecuadas para que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas, pudiendo designar si el caso concreto así lo amerita a un representante del Ministerio Público.

A efectos de acceder a este derecho sin demoras, *se debe aplicar en sede judicial un procedimiento simple y ajustado* para *garantizar el derecho de acceso a la*

justicia - art. 13 CDPD - que tenga en cuenta las particulares circunstancias de la persona, que permita la designación de un apoyo a quien lo necesite[90].

9.1 Reciente interpretación jurisprudencial

En favor de nuestra interpretación sobre el alcance e interpretación de los "apoyos extrajudiciales", se dictó sentencia en la Ciudad de Viedma, Provincia de Rio Negro, Argentina, con fecha 6 de julio de 2021, en los autos caratulados "H.A.S s/proceso sobre capacidad", Expediente 0212/21, en los cuales el peticionante interpuso formal demanda con el objeto de solicitar la designación de una persona de apoyo a su favor, en los términos del art. 43 del CCCN, a fin de facilitarle la toma de decisiones que fueran necesarias para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos. La sentenciante manifestó, en breve síntesis: que de asignarle a las presentes actuaciones el curso de un proceso de restricción de la capacidad jurídica, apartándose del requerimiento formulado en autos, con los alcances solicitados, era excesivo y arbitrario, atento a que era el propio legitimado quién instaba la acción; que los apoyos son formas de asistencia libremente escogidas por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos; que la norma mencionada, regula los *"sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad" como una institución autónoma*, con una finalidad propia, lo cual permitiría deducir que vale para todo tipo de situación donde esté comprometido el ejercicio de la capacidad

[90] Los Códigos procesales, que corresponden a las jurisdicciones locales, pueden prever el proceso judicial más adecuado. Podría ser una Medida autosatisfactiva que es un proceso judicial especial urgente aplicable ante la necesidad de una inmediata protección de un interés tutelable cierto y manifiesto, por el cual el actor requiere la protección de su interés a través de un pronunciamiento judicial autónomo e inmediato.

plena; que ante el contexto normativo, menciona la sentencia, "*también se establece la posibilidad de implementar sistemas de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de manera extrajudicial, sin que esta tenga que ser restringida.* Finalmente, *al referirse a los apoyos extrajudiciales, considera tal a aquel apoyo designado mediante un acuerdo entre la persona necesitada de éste en ejercicio de su plena capacidad y la propia persona o institución que va a oficiar como tal, con la finalidad de brindarle ayuda o representación para la toma de decisiones.*

10. Acuerdo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica

10.1. Personas que pueden designar apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica

Todas las personas que tengan edad y/o grado de madurez suficiente, que por su situación de vulnerabilidad transitoria o permanente, consideren que necesitan apoyo o un sistema de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, y asistencia en la toma de decisiones, y así promover su autonomía y el ejercicio de sus derechos.

10.2. Personas que pueden ser designadas para ejercer la función de apoyo

Persona o personas mayores de edad, que no tengan restringida su capacidad; un familiar, o red de familiares, o allegados, referentes afectivos, un profesional o asesor habitual, o trabajador social, u otras personas del entorno de la persona asistida, que tengan la sensibilidad necesaria para colaborar con la persona asistida en el proceso de toma de decisiones en el marco establecido por ella misma.

Es requisito primordial la relación de confianza entre la persona asistida y quien o quienes prestarán apoyo, que no haya conflicto de intereses, influencia indebida, que el prestador de apoyo conozca la trayectoria de vida de la persona asistida, sus necesidades, sus costumbres, quien deberá mantener la confidencialidad de su actuación, y respetar el ejercicio por sí mismo de sus derechos, sus deseos y preferencias.

Respecto de la designación de una persona jurídica, para ejercer la función de apoyo, están habilitadas aquellas sin fines de lucro, que tengan como finalidad la promoción de la autonomía e inclusión social de personas en situación de vulnerabilidad, o una ONG; es esta una solución coherente que puede favorecer a personas que no tienen en su entorno personas de su confianza que puedan cumplir esta función.

10.3. Contenido del acuerdo

a. Una exposición o relato del otorgante sobre su forma de vida, sus costumbres, entorno familiar y social, sus relaciones laborales, que deberán ser tenidas en cuenta por los apoyos designados en el ejercicio de sus funciones para interpretar su voluntad, sus preferencias, sus intereses personales, económicos, sus expectativas de vida, y que prevalezcan en los procesos de toma de decisiones. Manifestar sus dificultades en la toma de decisiones respecto de determinados actos, en especial, aquellos que tengan efectos jurídicos y sobre los que necesita mayor asistencia.

b. El sistema de apoyos debe estar diseñado a partir de las reales necesidades de la persona y las circunstancias personales.

c. La manifestación del otorgante, además de ser relevante para quienes asumirán la calidad de apoyos, es importante para el notario o el juez en su

caso, para interpretar la situación personal, las razones por la que realiza esta designación, y aconsejarlo adecuadamente.

d. Con este asesoramiento, decidirá qué tipo de apoyo necesita, cuáles serán los actos jurídicos para los que requerirá ser asistido en la toma de decisiones, que podrán además estar relacionados con su salud, con la prestación de consentimiento informado; con la administración de sus bienes, con el cobro de servicios sociales, entre otros, suscribir contratos determinados.

e. Plazos, causas y forma de revisión y actualización periódicas del acuerdo, para garantizar un control adecuado de la dinámica de la función de apoyo, y que se respete la voluntad y los deseos de la persona asistida.

f. Designación optativa de apoyos sustitutos.

g. Establecer específicamente si para algunos de los actos determinados, la persona que prestará el apoyo tendrá facultades de representación, y el alcance de esa representación.

h. Facultad de rescisión unilateral y modificación del acuerdo de apoyo, para ambas partes, por medio de escritura pública. La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. Es requisito para ambas partes la comunicación previa de tal decisión.

i. Aceptación expresa de la o las personas que brindarán el apoyo al contenido del acuerdo.

j. El establecimiento de salvaguardias proporcionales, de acuerdo a las circunstancias de la persona que recibe el apoyo,

k. Salvaguardias: pueden incluirse rendición de cuentas periódica, realización de entrevistas con la persona designada como apoyo, para la supervisión de su actuación, a cargo de quien o quienes el asistido haya establecido en el acuerdo. Adquiere relevancia el control de la dinámica en la actuación del apoyo, para evitar situaciones que impidan a la persona asistida el ejercicio pleno de sus derechos en libertad y con la independencia debida. Quienes estén a cargo de esta supervisión periódica, pueden ser profesionales de distintas especialidades, contadores, abogados, notarios, médicos u otros afines al caso concreto, o personas de confianza que deberán actuar con imparcialidad para asegurar que no haya intereses contrapuestos, ni influencia indebida hacia la persona asistida. Pueden ser una ONG o incluso una institución pública.

10.4. Registración del Acuerdo.

En protección de los derechos de terceros de buena fe que celebren actos jurídicos con la persona que recibe las medidas de apoyo, estos acuerdos requieren un sistema de publicidad adecuado. La designación de los apoyos, las salvaguardias, la revocación, renuncia, modificación o sustitución deben inscribirse.

La inscripción puede efectuarse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, donde se inscriben si el juez lo cree necesario, los apoyos judiciales, o bien en los *Registros de Actos de Autoprotección*, que funcionan en los Colegios de Escribanos de las provincias argentinas - que tienen la información centralizada en el "Centro Nacional de Información" que funciona en el Consejo Federal del Notariado Argentino, permitiendo mantener actualizada la publicidad a nivel nacional, como hemos mencionado en el punto 8, que antecede, tal cual sucede con los testamentos.

10.5. Participación de la persona designada para ejercer la función de apoyo, en el otorgamiento de actos que produzcan efectos jurídicos.

La participación de la persona designada como apoyo en el otorgamiento de actos que produzcan efectos jurídicos, solo será obligatoria en los casos en que se haya establecido expresamente en el Acuerdo de designación de apoyos, como modo de actuación. El notario evaluará en cada caso si deja constancia de su participación.

10.6 Efectos

Los acuerdos de apoyo son válidos y eficaces como así también las decisiones adoptadas y los actos jurídicos otorgados en consecuencia.

10.7 Responsabilidad de la persona que ejerce la función de apoyo

Teniendo en cuenta que quien toma las decisiones es la persona asistida, y no quien ejerce la función de apoyo, la regla general es que la responsabilidad es de la persona asistida. Quien presta el apoyo es responsable si actuó contraviniendo lo establecido en la legislación vigente, el acuerdo de apoyo, y si actuó con dolo, responde por los daños causados. Deberá actuar de buena fe y adoptar de acuerdo a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, conforme los principios de la responsabilidad preventiva (art. 1710 CCyC).

CAPITULO TERCERO

Implementación de la Guía de Buenas Prácticas notariales aprobadas por la UINL en la Asamblea celebrada en la Ciudad de Yakarta, Indonesia, en Noviembre de 2019.

Recepción por los notariados del Área Iberoamericana con independencia de que los países hayan ratificado la CDPD o reformado su derecho interno.

1. Introducción

La Guía Notarial de buenas prácticas de la UINL aprobaba en la Asamblea en Yakarta Indonesia en Noviembre de 2019 estudia el impacto que tiene la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en la actividad notarial en los diversos países miembros de la Unión Internacional del Notariado, la misma recoge el Informe de la relatora especial a la Asamblea de la ONU que se refiere a la capacitación y a la función del notariado como puerta de acceso a la capacidad jurídica o podría llamarse también "Acceso al Notariado".

En el informe referido la relatora experta independiente CATALINA DEVANDAS AGUILAR[91] dice: " 77. Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la

[91] Informe presentado en la Asamblea de la ONU en diciembre de 2017.

conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición jurídica romanista. En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables."

Y en las recomendaciones finales establece: f) Promover y proporcionar una formación sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad destinada a las autoridades públicas, los jueces, los notarios, los proveedores de servicios, las personas con discapacidad, sus familiares y otros actores pertinentes.[92]

El Comité de los derechos de las personas con discapacidad es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención, pudiendo incluso sancionar a los Estados. Las observaciones generales del Comité [93]creado por la CDPD son la interpretación oficial de la aplicación concreta

[92] A / HRC / 37/56 y versión fácil de leer . Informe del relator especial sobre Capacidad Jurídica y toma de decisiones con apoyo- Presentada al CDH en su 37 ° período de sesiones, 6 de marzo de 2018. https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/LegalCapacity.aspx

[93] EL Comité es un órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Los miembros del Comité sirven a título individual, no como representantes gubernamentales. Son elegidos de una lista de personas nominadas por los Estados en la Conferencia de los Estados Partes por un período de cuatro años con la posibilidad de ser reelegidos una vez (véase el artículo 34 de la Convención).

de la Convención y los informes de la relatora especial[94] resultan ser la actividad de seguimiento y sugerencias de mejora de actitudes y de actividades para conseguir los objetivos de la CDPD, son fines últimos de las convenciones de DDHH ser "un motor de la transformación en las vidas de los seres humanos", lo plantea especialmente la convención en su artículo 8 sobre Toma de Conciencia. Junto con las decisiones de los tribunales internacionales conforman el Corpus Iuris internacional para la interpretación aplicable y realizar el correspondiente control de convencionalidad.

La guía de Buenas Prácticas de la UINL se nutre del texto de la Convención, más las observaciones del Comité y las sugerencias de la Relatora Especial haciendo una interpretación convencional de las adecuaciones necesarias a la actividad diaria de los notarios, haciendo hincapié en la predisposición actitudinal y el rol del notario frente a los postulados que surgen de la CDPD, que sería obligatoria y no voluntarista, en cuanto puede significar una pieza importante para el cambio impulsado por la Convención.

[94] Ver las funciones específicas del mandato del relator especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en https://www.ohchr.org › entre las que destaca: Mantener un diálogo regular con los Estados y otras partes interesadas para la identificación, intercambio y buenas prácticas relacionadas con la realización de los derechos de las personas con discapacidad; Recibir e intercambiar información y comunicaciones sobre violaciones de los derechos humanos de personas con discapacidad; Consultar e implicar, de manera participativa, a las personas con discapacidad y a las organizaciones que los representan en la realización de su trabajo; Hacer recomendaciones concretas sobre cómo promocionar y proteger mejor los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo cómo promocionar un desarrollo inclusivo y accesible para las personas con discapacidad; Ofrecer asistencia técnica para apoyar los esfuerzos nacionales para la realización efectiva de los derechos de personas con discapacidad; Aumentar la conciencia de los derechos de las personas con discapacidades, combatir el estigma y los estereotipos e informar a las personas con discapacidades de sus derechos;

La UINL a través del trabajo de su comisión de Derechos Humanos, aprobó por unanimidad en la Asamblea de Yakarta, Indonesia, el 27 de noviembre de 2019, una **"Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: El notario como apoyo institucional y autoridad pública"**, por medio de la cual propone a los ochenta y nueve notariados que la integran medidas concretas para realizar ese apoyo institucional en el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad y promover su participación plena y efectiva en la sociedad y el respeto de sus derechos."

Una "buena práctica" en determinada disciplina, se puede definir del siguiente modo: Una buena práctica no es tan sólo una práctica que se define buena en sí misma, sino que es una práctica que se ha demostrado que funciona bien y produce buenos resultados, y, por lo tanto, se recomienda como modelo. Se trata de una experiencia exitosa, que ha sido probada y validada, en un sentido amplio, que se ha repetido y que merece ser compartida con el fin de ser adoptada por el mayor número posible de personas.

La guía de buenas prácticas aprobadas por la UINL en forma unánime, es en consecuencia un modelo a seguir y a adaptar por los notariados de cada país a su legislación interna, como lo ha hecho la Provincia de Buenos Aires, una de las jurisdicciones políticas, administrativas y notariales en las que se divide la República Argentina.

La guía intenta dar medidas concretas para aplicarse a la actividad notarial independientemente a las reformas o no recogidas por los ordenamientos jurídicos civiles tendientes a la incorporación del cambio de paradigma al derecho interno a través de operatividad directa de la CDPD y por vía de interpretación.

En dicha guía, destacan los siguientes puntos claves en la aplicación convencional, en los que nos interesa focalizar:

2. Buenas prácticas

2.1 Acceso al notariado

Cómo primer punto se puede destacar de la guía de las buenas prácticas es la afirmación que la función notarial que es un servicio a favor del ciudadano y de la persona humana y de sus derechos fundamentales, y que debe dar prioridad a las personas en situación de vulnerabilidad, en este caso a las personas con discapacidad.

La actividad notarial puede significar "llave de acceso" a todos los demás derechos a través del ejercicio de la capacidad jurídica o puede erigirse como una barrera de facto que impida el ejercicio de los derechos a la persona con discapacidad, y por ende resultar un acto de discriminación por motivo de discapacidad.

Como se reconoce existe un movimiento mundial tendiente a asegurar el acceso al servicio de Justicia a las Personas vulnerables. En nuestro continente existen las 100 Reglas de Brasilia[95] ya relacionadas y en Europa la *European Union form Justice Program* (2014-2020)[96] en las que se fomentan buenas prácticas y eliminación de barreras para el "verdadero" acceso de personas discapacitadas y personas vulnerables al servicio de Justicia y otros servicios del Estado. Entendemos que el notariado también debe garantizar el acceso a todos a sus

[95] Elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia 4-6 marzo 2008 web. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

96 Véase proyecto JUST4ALL que se puede consultar en la

servicios, como parte de su deber funcional, que implica el ejercicio efectivo de los derechos y acceso a la Justicia Preventiva.

El Notario es un instrumento de seguridad jurídica preventiva, que, actuando como profesional de derecho, debe asesorar, aconsejar, informar a sus requirentes sobre la legalidad del acto o negocio jurídico que pretenden concretar, sus requisitos de validez, y el alcance y las consecuencias jurídicas que puedan emanar de su otorgamiento. [97]

"Su función es prestar asistencia especial al otorgante que más lo necesite, desarrollando así una función equilibradora entre las partes. El notario realiza en cada actuación micro-empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a los ciudadanos ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad, dotándolos de la debida seguridad jurídica."[98]

El Notariado debe brindar un trato inclusivo, digno y respetuoso, sin discriminación y debe velar por cumplir con la voluntad del requirente, procurando el ejercicio de sus derechos, su desarrollo e intereses personales y sus actividades económicas. Caso contrario puede incurrir en discriminación fundada en discapacidad, condenada por la CDPD. En consecuencia puede ser denunciado en los medios de comunicación y redes sociales, como ante la Justicia, y ser declarado responsable por incumplimiento de CDPD y normativa en consecuencia, como lo ha decidido recientemente la Justicia de Chile [99]

---

[97] Guía de Buenas Prácticas de la UINL

[98] Guía de Buenas Practicas de la UINL Yakarta 2019.

[99] La actitud discriminatoria de una notaria fue condenada por la Justicia en el reciente fallo de la Primera Sala de la C.A. de Talca, República de Chile, el 9 de Julio de 2021, en los siguientes términos:

" Que, de las normas internacionales y domésticas relacionadas en este fallo, no cabe sino concluir, que la señora Notario Suplente doña …..no observó debiendo hacerlo- las normas referidas, verificándose una discriminación ilegal y arbitraria el día de los hechos, en razón de la discapacidad que padece el recurrente

El fedatario habrá de prestar un «PLUS» de asistencia personal, una información más completa y exhaustiva al contratante necesitado de esa asistencia o apoyo especial, sea por carecer de asesoramiento adecuado, o por sus condiciones culturales, sociales o por su situación de vulnerabilidad, como puede ser la edad, el género, la discapacidad, o varias de estas circunstancias concomitantes (interseccionalidad).

El Notario debe ser imparcial, pero no puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, manipulaciones o influencias indebidas; todos requisitos del acto jurídico voluntario, que debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad.

Es su responsabilidad que la expresión de voluntad del requirente sea libre, consciente, debidamente informada, y transmita sus deseos, voluntad y preferencias, acorde a su discernimiento suficiente y al caso concreto a otorgar. Debe tener la plena convicción de la aptitud mental suficiente para entender y comprender el acto en toda su dimensión. Aplicará para ello su formación y experiencia profesional en un marco ético y moral que caracteriza la función humana y social integral del notariado en la defensa de los derechos fundamentales.

(sordo en un 90 por ciento), privándolo de celebrar un contrato de compraventa de un vehículo motorizado, en las circunstancias que no consultándose a su respecto, incapacidad legal alguna que se lo impidiera; razón por la cual la acción constitucional en estudio debe ser, necesariamente, acogida, en los términos que se dirán en lo resolutivo de este fallo…. Condenando al notario titular a realizar las disculpas públicas al recurrente en un diario de circulación local, en su versión papel o digital. “

2.2 El notario como autoridad pública y apoyo institucional

El notario es una autoridad que en el ejercicio de su función está íntimamente relacionado con la persona: con el ejercicio de sus derechos, su desarrollo personal, sus actividades económicas y sus intereses personales.

El notariado debe estar a la altura para atender las demandas sociales de estos colectivos (personas con discapacidad y adultos mayores), es más, si no lo hace, estará impidiendo que el desarrollo de su personalidad y el respeto a sus derechos y a su autonomía de la voluntad sea un hecho. La mayoría de los países (160 países) son signatarios de un tratado internacional que los obliga con el organismo de control (Comité de Seguimiento de la Convención de Nueva York para aquellos que han suscripto también el Protocolo facultativo) e impone a los Estados firmantes la obligación de reformar su ordenamiento interno de la legislación civil, respecto de la cual debe respetarse el principio de "neutralidad sistémica" es decir, el respeto a la configuración jurídica de cada país con las necesarias adaptaciones a la nueva realidad social, por ello, el notariado es pieza fundamental para la seguridad jurídica, y debe dar respuesta a esta nueva demanda social.

"El notario puede y debe ofrecer lo que en la terminología de la Convención se denomina "apoyo" para el ejercicio de la capacidad, como hace con cualquier ciudadano, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el alcance y consecuencias del negocio, así como dando su propia opinión sobre la oportunidad de éste como hacemos con cualquier ciudadano que reclama nuestra intervención.

"En este punto resalta la función del notario como Apoyo institucional para el ejercicio de derechos y como autoridad en relación con las salvaguardias en un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y

en un sentido negativo, las salvaguardias adecuadas y efectivas en el ejercicio de esa capacidad jurídica, no como limitación, sino para impedir abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y para asegurar el respeto de sus derechos, voluntad y preferencias".[100]

Conforme ALMUDENA CASTRO GIRONA, "*Como autoridad, el notario es un instrumento de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos o, si se prefiere utilizar la terminología hoy predominante, entre los consumidores. Ejerce esa doble función de autoridad y apoyo, y ello con independencia de la condición social, cultura, sexual, de edad, étnica y demás circunstancias personales o sociales que tenga la persona que requiere sus servicios. Esa doble función del notario, como autoridad y apoyo, que reconoció la relatora de Naciones Unidas en su Informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2017*".[101]

Este apoyo institucional del notario, con su escucha activa, en definitiva, debe redundar en siempre favorecer el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad por sí, de acuerdo a su voluntad, deseos y preferencias, a su autonomía y participación personal, tenga o no un sistema de protección judicial, y aunque dicho sistema incluya formas de representación.

---

[100] Guía de Buenas Práctica de la UINL

[101] CASTRO GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA. Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en Revista El Notario del Siglo XXI del Colegio de Notarios de Madrid. Número ENSXXI Nro.98 Julio- agosto 2021 https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10763-proyecto-de-ley-por-el-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica

2.3 Ajustes razonables

Los ajustes razonables son 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 PCD el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (Art. 2 de la CDPD). En este caso, su aplicación es el ajuste a la comparecencia para asegurar la comunicación con la persona, poder realizar el juicio de discernimiento, y en definitiva otorgar un acto concreto conforme a la voluntad, los deseos y la preferencia de la persona.

Es toda la actividad tendiente a eliminar todo tipo de barreras físicas, cognitivas, actitudinales y de comunicación o información que impidan la participación plena de las personas en condiciones de igualdad.

Es necesaria la comunicación o inmediación personal del notario con él o los requirentes, para que expresen con claridad en audiencias previas, cuál es su voluntad, los fines que tienen en cuenta para el negocio que aspiran concretar, para que las partes puedan ser debidamente asesoradas, sobre la legalidad y las consecuencias, efectos jurídicos de la actuación notarial, y el de las manifestaciones que van a incorporar al instrumento y, en definitiva, van a hacer suyas.

Se sugieren como buenas prácticas de atención aplicar los ajustes que resulten necesarios para que la comunicación sea efectiva, y para que las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios notariales en condiciones de igualdad a la de cualquier persona.

Facilitar el uso de una comunicación aumentativa y alternativa, como por ejemplo el uso de lenguajes de signos a través de intérpretes, braille y todos los

demás medios, modos y formatos de comunicación accesibles, tales como mediadores o elementos tecnológicos.

Resulta imprescindible la escucha activa de la persona, de su opinión, su voluntad y deseos.

Las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, así como las personas sordas, hipoacúsicas, sordociegas y las personas mayores pueden requerir mayor tiempo y disponibilidad personal para comunicarse. En caso de no comprender la consulta realizada, se sugiere preguntar nuevamente evitando situaciones de nerviosismo, utilizando un lenguaje sencillo y claro, otorgando el tiempo necesario, y evacuando todas las dudas.

Es muy importante adaptar el lenguaje utilizado en función de circunstancias tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, la situación de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se sugiere que las preguntas e información que se brinde se realicen en forma clara y con una estructura sencilla.

Consultar con la persona en qué forma le resulta más fácil la comunicación, qué apoyo necesita. Por ejemplo: si le facilitaría realizar por escrito las preguntas o respuestas.

Hablarle directamente, repetir si es necesario, y volver a preguntar.

Dirigirse directamente a la persona con discapacidad y no tercerizar la comunicación. Si la persona con discapacidad está acompañada, se recomienda que el operador se dirija directamente a la PCD y no a su acompañante o intérprete, evitando así la tercerización en el manejo de la información.

Se recomienda manejarse con naturalidad, evitando sobreactuaciones y utilizar un lenguaje sencillo, sin incurrir en infantilismos (por ejemplo, excesivo uso de diminutivos), evitando la pérdida del rigor técnico exigible, conciliado con la debida sencillez.

Es recomendable la capacitación de los notarios y del personal auxiliar, en la necesidad de implementar estos ajustes razonables.

2.4 Acceso universal

Se recomienda la formación en el "diseño universal" integrado en el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad para las oficinas de las notarias. En particular para facilitar la circulación de personas con discapacidad sensorial (visual, auditiva y sordoceguera) se sugiere la señalización en lugares adecuados y formatos accesibles.

Se refiere más que nada a derribar barreras físicas y cognitivas para incluir a más personas a pesar de sus diversidades relacionadas con la discapacidad.

Para el caso de personas con discapacidad física, se recomienda, en la medida de lo posible, el acondicionamiento de espacios para el ingreso y circulación, ascensores y la construcción de las rampas, así como también la instalación de sistemas automatizados de elevación.

Se recomienda brindar un espacio físico adecuado para que la PCD pueda acceder a la consulta y demás actos, en condiciones de igualdad con los demás (alturas de las mesas y mostradores).

Se sugiere mantener las entrevistas con las personas con discapacidad, o las consultas que éstas realicen, en lugares que generen seguridad y confianza para el caso de personas con discapacidad psicosocial o intelectual, y en los cuales se les garantice la privacidad y la confidencialidad, garantía importante de la

actividad notarial, puede ser también fuera de la notaría, así como para los supuestos de lectura en voz alta (personas con discapacidad sensorial).

2.5 Leguaje sencillo

Se refiere a toda la reformulación de documentos públicos en formato de lectura fácil o accesible, lo cual también es una tendencia global, destinada a permitir el acceso a la información a todos los colectivos vulnerables, como por ejemplo: En sentencias judiciales, convenciones de derechos humanos y hasta los informes de la relatora especial que constan en la página de la ONU[102].

Dentro de la actuación notarial se recomienda la elaboración de oraciones cortas, utilizando un lenguaje claro, evitando tecnicismos, con letra lo más clara posible y con un formato que facilite la lectura y la comprensión.

En consecuencia, es recomendable adaptar el lenguaje utilizado en función de circunstancias tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, la situación de discapacidad o las condiciones socioculturales.

Vocalizar bien, pero sin exageración y sin gritar. No hablar deprisa. Respetar los turnos de conversación. Construir frases cortas y simples. Si es necesario, ayudar la comunicación con un gesto o una palabra escrita. Si durante la conversación se deben mencionar nombres, apellidos o palabras poco comunes, se recomienda recurrir a la escritura.

No completar la frase del que le está hablando, dejar que la persona la termine.

Reformular los conceptos de ser necesario.

[102] A/ HRC / 37/56 y versión fácil de leer

Desde la primera visita que hace el requirente a la notaría hasta la lectura «explicativa» y subsiguiente firma de la escritura, hay una sucesión de pasos que el Notario debe recorrer personalmente en ejecución de su misión asesora.

"La lectura «explicativa» de la escritura, la que no puede concebirse como una mera declamación rutinaria y aséptica del texto escrito, debe ser una comunicación comprensible y operativa (que permita decidir con suficiente conocimiento de causa) del contenido íntegro de dicho texto.

Es esencial este tipo de lectura, simplificadora y aclaratoria del documento público, por parte del notario. Se recomienda que se brinde el tiempo necesario para que la PCD se exprese, ante la práctica enraizada de sustituirla"[103].

La lectura comunicativa ha de adaptarse cuidadosamente a la aptitud mental de comprensión, cultura de los otorgantes, de modo que éstos sepan al tiempo de la firma, que es el momento de la verdad, aquello a lo que van a obligarse. Este es el último reducto del deber de asesorar.

El sistema de lenguaje sencillo es una tendencia mundial, cuya definición luego de 10 años de trabajo es: "*Un comunicado está escrito en lenguaje claro si su redacción, su estructura y su diseño son tan transparentes que los lectores a los que se dirige pueden encontrar lo que necesitan, entender lo que encuentran y usar esa información*". En esta definición sucinta que menciona tanto el diseño como el lenguaje, se destacan tres pilares del lenguaje claro: - La accesibilidad de la información; - La comprensión de la información, y - El uso de la información.[104] En cuanto a la tendencia mundial, se puede decir que está

[103] Guía de buenas prácticas de la UINL

[104] Esta definición corresponde a las ONG que mundialmente trabajan en el tema y fue traducida a 22 idiomas. CUTTS, M., "Oxford Guide to Plain English", Ed. Oxford University Press, 2020, 5a ed., Appendix 2. (6) International Plain Language Federation, https:// www.iplfederation.org/ (7) Siegel & Gale,

aumentando el interés en la temática y seguirá creciendo, siempre de la mano del diseño y la digitalización, para ayudar al ciudadano a encontrar y usar la información que debe entender.[105]

"En el mundo de habla hispana y en América Latina en general, el progreso del lenguaje claro a nivel institucional dista de ser lineal. México fue el primer país, el proyecto se llamó Lenguaje Ciudadano, y podemos decir que fue un hito dentro del mundo hispano. En el resto del continente, los esfuerzos para introducir el lenguaje claro han sido más paulatinos, pero avanzan. El primer país en establecer una red de lenguaje claro fue Chile, que arrancó incipientemente en 2016 y se formalizó en 2017. Inspirada en la experiencia chilena, la Argentina arrancó con su propia red de lenguaje claro en 2017, seguida muy pronto por Colombia en el 2018. Hace pocos días, el 11 de marzo de 2021, se lanzó en Brasil *la Rede Linguagem Simples Brasil*, integrada por *Governo Digital*, el Ministerio brasileño de Gobierno Digital. En España también el lenguaje claro tiene su importancia, tanto a nivel público como privado, y la falta de agrupación nacional no significa que no haya mucha gente muy capaz trabajando en la temática. Uno de los proyectos privados más interesantes sigue siendo el del BBVA, que tiene una campaña internacional que se llama TCR —comunicación transparente, clara y responsable—, que incluye lenguaje claro, además de hacer mucho hincapié en la digitalización. El

https://www.siegelgale.com/. (8) "The Citibank Plain Language Promissory Note", https://law.hofstra.edu/currentstudents/academics/ academicresources/readingassignmentsandsyllabi/2017- 18/ fall/upperdivision/draftingandnegotiatingcontractsandstatutes/neumann/appendixb.pdf.

[105] Richardson, Johana. El lenguaje Claro: Una tendencia mundial. En diario La Ley suplemento especial Lenguaje claro. Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2525/2021

BBVA contactó directamente a la ONG *Clarity International* en su búsqueda de expertos en el tema".[106]

El lenguaje claro es una necesidad para los interesados y una obligación para los Estados, sobre todos en los contratos de adhesión y en la documentación del Estado, aplicable a todos los ciudadanos. En Argentina en una iniciativa conjunta entre el Senado de la Nación, la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en año 2017 se creó la red del lenguaje claro argentina RelCa.[107] La red intenta intercambios entre distintos actores de buenas prácticas entre el Estado, el poder judicial, los profesionales y las universidades.

En octubre de 2020 la Provincia de Buenos Aires sancionó la ley 15.184 de Lenguaje Claro y la Ciudad de Buenos Aires en diciembre por ley 6367 **y** se creó el Observatorio de Lenguaje Claro en la Facultad de Derecho de la UBA (Resolución D Nº 7616/21), inaugurado oficialmente el 27 de mayo de 2021.

De ahí que el esfuerzo que los jueces ponen diariamente en la redacción de su sentencia requiere un análisis detenido de sus posibles destinatarios, para llegar a ellos con eficacia sin perder la profesionalidad del lenguaje.

Hay una cosa que hay que tener muy en cuenta quién es el destinatario directo de la sentencia o del documento notarial que realizamos. El lenguaje claro es para el destinatario directo que debe comprenderlo, las sentencias y las escrituras públicas tienen otros destinatarios: el público en general y la transcendencia en el mundo jurídico, que debe tener su rigor científico.

---

[106] RICHARDSON. Ob Cit.

[107] ROCCA, FERNANDO BERNABÉ en El Lenguaje Claro en la agenda pública. En La Ley Suplemento Especial. Lenguaje Claro del 6 de Septiembre de 2021.

Entonces, aunque no se requiera un documento notarial de lectura fácil, porque no quiere perderse la pertinencia y la exactitud de los datos por la implicancia que ello tendría en el rigorismo en la legalidad y la seguridad jurídica para el tráfico jurídico, debemos repensar esta tendencia global y deberán hacerse los ajustes en la escucha activa, en la lectura explicativa del documento, y reflexionar en la posibilidad de entregar una versión en lectura fácil para el requirente.

Como se comentará en el capítulo tercero, el fallo de la Primera Sala del Supremo Tribunal México del 11 de septiembre de 2019, que por primera vez cuestionó la constitucionalidad y convencionalidad de la actuación notarial, responsabilizó al notario por no realizar una lectura fácil del instrumento notarial, y en consecuencia no generar condiciones de accesibilidad para la correcta comprensión de las cuestiones técnicas sobre la constitución de la asociación civil. En virtud de ello, ordenó al notario la realización de los ajustes necesarios para otorgar el documento en una versión de lenguaje sencillo.[108] Sin lugar a dudas, es necesario aplicar este lenguaje a las audiencias previas, al trato dispensado a los requirentes y demás intervinientes y por supuesto a la lectura para comprensión del documento notarial.

[108] Amparo en revisión 702/2018 Quejosos y recurrentes: Y otros ponente: Ministra Norma Lucia Piña Hernández. Primera Sala del Supremo Tribunal de México, del 11 de Septiembre de 2019, ya relacionado.

2.6 Apoyos

En el capítulo segundo del presente trabajo de investigación se estudia principalmente el concepto de apoyo ya que el reconocimiento a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones y el modelo de asistencia en la toma de decisiones, constituyen el núcleo central del modelo convencional. Como vimos, el art. 12 de la CDPD reconoce que las PCD tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de su vida, y obliga a los estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las PCD al APOYO que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En este punto nos interesa el concepto de apoyo en relación con nuestra actuación cotidiana como notarios, en cuanto indispensable dentro de un sistema de buenas prácticas que pretenda dar cumplimiento con la CDPD.

Permitir la actuación en nuestros documentos notariales de los diferentes sistemas o modelos de apoyos que pueden incluir la asistencia personal, la movilidad, apoyos destinados a facilitar la vida cotidiana, apoyos para la toma de decisiones, los destinados a superar las barreras que limitan la capacidad de comunicarse o hacerse entender, para que la persona con discapacidad pueda gozar el derecho a vivir en forma independiente, en los términos establecidos en el art. 19 de la Convención, y a ser incluido en la sociedad, diseñando su propio proyecto de vida. Permitir esa actuación ya sea de apoyos formales como informales y dejarla plasmada en nuestros documentos.[109]

En este punto, resalta la función del notario como Apoyo institucional para el ejercicio de derechos y como autoridad en relación con las salvaguardias en un

[109] En tal sentido el fallo de México anteriormente relacionado.

doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida. Es un apoyo técnico por la actividad asesora e informativa y de consejo que realiza el notariado[110].

La actividad notarial debe comprobar que el apoyo no es sustitutivo de la voluntad de la persona. Este control debe centralizarse en que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad forme su propio consentimiento.

"*El notario debe calificar el resultado final de la actuación con apoyos, ya sean formales determinados judicialmente o informales; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada*."[111]

El notario debe estar muy capacitado e imbuido en el sistema de toma de decisiones con apoyo, ya que, de acuerdo a los más modernos sistemas, el diseño de apoyos queda en manos de la autoridad notarial, por lo menos en forma alternativa.

"*La función del notario en el diseño de las medidas de apoyo será vital y permitirá el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con los demás a todos aquellos ciudadanos a quienes por siglos se les ha negado la posibilidad de actuar en su propio nombre, reconociendo que para que esta igualdad sea real y efectiva es imprescindible que los derechos ejercitados sean válidos y eficaces y que no sean atacados sólo por razón de discapacidad. Podrán realizar su propio "traje a medida" con las garantías necesarias que presta la*

[110] Guía de buenas prácticas de la UINL citadas.
[111] Guía de buenas prácticas de la UINL citadas.

intervención notarial y en ningún caso se les privará de la posibilidad de ejercitar sus derechos."[112]

2.7 Actividad notarial creadora de derecho

Es necesaria la capacitación de los notarios y la toma de conciencia del rol que les compete como garantes del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana. Estudiar y promover reformas legislativas que sean necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la CDPD: apelar a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos que respondan a la nueva realidad social tal y como ha pasado en otros ámbitos: como los actos de autoprotección, poderes preventivos, planificación sucesoria en protección de las personas con discapacidad, nombramientos de curadores y apoyos, directivas anticipadas para muchos aspectos de la previsión de la propia incapacidad.

El notariado ve la nueva problemática de la sociedad y puede dar respuesta jurídica; proponiendo nuevas herramientas como directivas anticipadas en especial respecto de derechos personalísimos. Y podrá otorgar verdaderos convenios de nombramientos de apoyos y salvaguardas para su contralor, aún adelantándose a las reformas legislativas, por tanto, colaborar con una eficaz implantación del sistema de apoyos, que surge de la CDPD.

2.8 Capacitación permanente y toma de conciencia

Corresponde al notario individual y a todas sus organizaciones, nacionales e internacionales la capacitación de todos sus agentes en el nuevo paradigma, y la aplicación con perspectiva de derechos humanos. Capacitarse en forma permanente en la lógica de toma de decisiones con apoyo y búsqueda de las

[112] CASTRO GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA. Ob cit.

reformas legislativas, y en la realización de acciones concretas adaptadas a la persona en la función creadora del notariado. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables

La sensibilización, difusión y toma de conciencia surge de la misma convención en su artículo 8, por lo cual es una obligación convencional, además de una recomendación realizada por la Relatora de los derechos de las personas con discapacidad. Los tratados de DDHH persiguen como fin último una transformación profunda de la vida de las personas, corresponde al Notariado asir el desafío y dar una respuesta a la sociedad de su tiempo, en un ejercicio que hace a su función humana insustituible como garante de los derechos fundamentales de las personas.

En la provincia de Buenos Aires, República Argentina, la ley provincial 15.296 obliga a la capacitación en temáticas de discapacidad de acuerdo a criterios de derechos humanos, de género y de diversidad a todos los agentes del Estado Provincial, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires incorporó esta temática en las capacitaciones permanentes que ofrece al notariado bonaerense.

3.Necesidad o no de reformas legislativas notariales además de las legislaciones civiles

La guía de buenas prácticas incluye pautas de interpretación y actuación con perspectivas de derechos humanos. Deberían cumplirse independientemente de las reformas legislativas, que modifiquen más o menos favorablemente los sistemas de capacidad jurídica de los ordenamientos civiles, en cumplimiento del mandato convencional, y de las leyes o reglamentos notariales.

No se nos escapa a nuestra consideración que los sistemas jurídicos nacionales americanos, pueden adherir al sistema monista o dualista. Así otros países iberoamericanos además de haber aprobado la Convención necesitan de una ley interna para su aplicabilidad.

En nuestro país la jerarquía de los tratados en la Constitución Nacional no se discute a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de lo que se dio en llamar bloque de Constitucionalidad a través del art. 75 inc. 22[113]. De esta manera podemos afirmar que nuestra Constitución actual se encuadra definitivamente en la postura monista al optar por la directa aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno. "*Ello significa que las normas internacionales vigentes con relación al Estado argentino no precisan ser incorporadas al derecho interno a través de la sanción de una ley que las*

[113] Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de derecho interno junto con la Constitución y las leyes de la Nación" .[114]

Ahora la misma Constitución establece que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes. Con lo que en caso de conflicto u oposición entre las disposiciones emanadas de un tratado y las que emanen de leyes internas, prevalecerá el tratado.

Luego en el segundo párrafo del artículo 75 de la CN, se mencionan una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, dos declaraciones y diez tratados, todos ellos aprobados y ratificados por nuestro país, tratados con jerarquía constitucional. La enumeración que hace el inc.22 de estos tratados y Convenciones no tiene un carácter taxativo, al permitir el último párrafo la posibilidad que otros tratados sobre esta materia puedan llegar a gozar de esta jerarquía constitucional, debiendo para ello contar con la aprobación en ese sentido de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Cabe mencionar que en la actualidad y en virtud de este último mecanismo constitucional se han agregado a la lista original otros dos tratados de Derechos Humanos. ¿Por qué jerarquizar? Nuestros constituyentes recepcionaron en el Art. 75 inc. 22 una tendencia latinoamericana de incluir en el texto constitucional el reconocimiento de los principales tratados de derechos humanos y la necesidad de dotarlos de jerarquía constitucional. Así la Constitución de Perú de 1978, la de Guatemala de 1985, o la Constitución

[114] TRUCCO, MARCELO F., Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno 2007. www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DASF070025

Chilena, entre otras, asignan el principio de que los tratados sobre derechos humanos gozan de preeminencia por sobre el derecho interno.

La CDPD y su protocolo facultativo fueron aprobados por Argentina por ley 26.378 del 9/06/2008 y ratificados el 2/09/2008. Posteriormente por ley 27.044 del 11/12/2014, se le otorgó jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, pasando a integrar el bloque de constitucionalidad.

Por último, nos resta analizar si es bueno, necesario o indispensable la reforma de las leyes notariales para que sean obligatorias las buenas prácticas.

Algunos ordenamientos jurídicos realizaron junto a la reforma a las leyes civiles, reformas o adaptaciones notariales tendientes a la aplicación de las buenas prácticas, como veremos en el capítulo cuarto al cual nos remitimos.

Siempre son positivas las reformas legislativas que refuercen y hagan obligatorias el ejercicio de las buenas prácticas que emanan de la CDPD, sin embargo, no creemos que sea indispensable la reforma de las leyes notariales. El CCCN[115] y leyes notariales[116] incluyen normativa y deberes funcionales que

[115] Art. 31 inc. d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

Art. 301 El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente.

[116] Artículo 35 de la Ley 9020 orgánica del Notariado de la Provincia de Buenos Aires. Son deberes del notario:

2. Asesorar en asuntos de naturaleza notarial a quienes requieran su ministerio.3. Estudiar los asuntos para los que fuere requerido en relación a sus antecedentes, a su concreción en acto formal y a las ulterioridades legales previsibles.4. Examinar con relación al acto a instrumentarse, la capacidad de las personas individuales y colectivas, la legitimidad de su intervención y las representaciones y habilitaciones invocadas.

se adaptan perfectamente, en una interpretación sistémica del CCCN de acuerdo a lo que surge de los art. 1 y 2. Nuestro ordenamiento jurídico torna perfectamente aplicable la Guía de Buenas Practicas aprobada por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, conforme una interpretación orgánica en base a los principios convencionales y constitucionales y el principio "*pro personae*".

A modo de colofón las buenas prácticas son un modelo a seguir por todo el notariado, tendiente a convertirse en un agente positivo de la aplicación plena de la CDPD y ser garantes de los derechos fundamentales de todas las personas, en especial, de aquellas en situación de vulnerabilidad.

5. Obrar con imparcialidad de modo que su asistencia a los requirentes permita que el acuerdo se complete en un plano de equidad.6. Guardar el secreto profesional en tanto no se hagan públicas las declaraciones de las partes y exigir igual conducta a sus colaboradores.

CAPÍTULO CUARTO

Parte especial

1. Adecuaciones normativas

1.1 Perú

El decreto Legislativo 1384/2018, modificó el CC, el Procesal, y la ley del Notariado. Es la primera modificación que otorga competencia a los notarios para la designación voluntaria de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

En la normativa se establece la presunción de capacidad de ejercicio de todas las personas, y se incluye expresamente a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida en los casos que establezca la ley. Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

El art. 45B establece la posibilidad que tienen las personas con discapacidad de contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente. El art. 659 B define a los apoyos como "*formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo*".

Asimismo, agrega que cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste se aplica el criterio de la *mejor interpretación de la voluntad*, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez para el caso de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

La sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad y la designación del apoyo con facultades de representación solo se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

Finalmente, con relación a las sentencias de interdicción anteriores, se establece expresamente como cláusula de derecho transitorio, la posibilidad de solicitar la revisión de la interdicción de personas con discapacidad, dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, por la designación de apoyos y salvaguardias, y obligación para todas las entidades públicas y/o privadas de adecuar sus procedimientos administrativos, bajo responsabilidad,

en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación del Decreto Legislativo.

Por último, en lo que respecta especialmente a la función notarial, la modificación de los artículos 30 y 54 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, introduce una referencia a la aplicación de otros idiomas en el otorgamiento del documento notarial, y establece que cuando alguno de los interesados no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, el notario debe exigir la intervención de un intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hace la traducción simultánea, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción. De igual modo, se debe asegurar la intervención de un intérprete para sordos o un guía intérprete en caso de las personas sordociegas, de ser necesario. El notario a solicitud expresa y escrita del otorgante, inserta el texto en el idioma del interesado o adherirlo, en copia legalizada notarialmente, al instrumento original, haciendo mención de este hecho. Con respecto al contenido del documento notarial, el art. 54 establece que, en caso de personas analfabetas, o que no sepan o no puedan firmar, sin perjuicio de la posibilidad de estampar la huella digital, en los documentos notariales podrá intervenir la persona que el requirente u otorgante entienda conveniente para asistirla en el otorgamiento del documento público. Asimismo, se deberá dejar constancia en la escritura pública en caso de que las personas que intervienen en carácter de apoyos, o de los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por la persona con discapacidad. Asimismo, se establece que es deber del notario brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera.

1.2 Colombia

La Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, se aprobó́ en Colombia en el año 2009, y fue ratificada por el Gobierno Nacional en el 2011. La Ley 1996 de 2019 modifica el régimen de incapacidad legal en Colombia y pasa a regularlo mediante una serie de figuras jurídicas tales como los apoyos, los ajustes razonables y las directivas anticipadas.

La fuerza vinculante que para Colombia representa la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues, está fundada en el art. 93 de la Constitución Política que consagra la integración del texto constitucional con los tratados internacionales de derechos humanos conformado el bloque de constitucionalidad, prevaleciendo las normas internacionales por sobre la legislación interna, por ello Colombia tuvo que cambiar profundamente el enfoque que históricamente le ha dado a la discapacidad.

El artículo 1° de la Ley 1996, establece la garantía de la capacidad legal plena de las personas con discapacidad quienes deben tener acceso a los apoyos necesarios para el ejercicio pleno de la capacidad jurídica. El art. 2 establece que la interpretación sistémica del ordenamiento a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia, pasan a integrar el bloque de constitucionalidad. El art. 6 establece la presunción de capacidad legal para las personas con discapacidad mayores edad, en igualdad de condiciones a las demás, sin consideración de la necesidad de contar con apoyos o no para el otorgamiento de los actos jurídicos. Por su parte, el art. 8 se

refiere a los ajustes razonables que permiten a las personas con discapacidad ejercer sus derechos de forma independiente y autónoma. A continuación, el art. 9 establece los tipos de mecanismos o procedimientos para establecer los apoyos, el primero a través de la celebración de un acuerdo extrajudicial de designación de apoyos entre la persona con discapacidad y la persona humana o jurídica que brindará su apoyo, y el segundo, a través de la designación judicial de apoyo mediante un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario. Los arts. 10 y 11 definen a los apoyos y establecen la necesidad de la personalización de la designación de apoyos, a través del análisis multidisciplinario de cada persona con discapacidad.

El art. 15 establece el carácter de mecanismo formal de los apoyos y la funcionalidad como herramienta de asistencia de la persona con discapacidad en la toma de decisiones cuando vaya a realizar uno o más actos jurídicos, y el art. 19 establece que los acuerdos de apoyo son requisitos de validez de los actos jurídicos otorgados por personas con discapacidad, y que su omisión será causal de nulidad relativa del acto jurídico.

Finalmente, el art. 21 introduce la figura de las directivas anticipadas, como herramienta para planificación del plan de vida y como expresión de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos. Cabe destacar que la figura no se circunscribe a las directivas médicas anticipadas, sino que se enmarca en el criterio amplio de autorregulación del proyecto de vida, donde estas decisiones pueden versar sobre una amplia variedad de asuntos patrimoniales o extra patrimoniales.

Con fecha 5 de noviembre de 2020, Colombia reglamentó los artículos 16, 17, y 22 de la Ley 1996 del 2019 a través del Decreto 1429, por el cual se adiciona

un capítulo 5 al Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1069 de 2015, único reglamentario del sector Justicia y del Derecho. Los artículos 16 y 17 de la Ley 1996 de 2019, establecen que los acuerdos de apoyo podrán formalizarse ante notarios o conciliadores extrajudiciales en derecho inscritos en los centros de conciliación, y el artículo 21 de la Ley 1996 de 2019, indica que las directivas anticipadas son una herramienta por medio de la cual una persona mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de su voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos con antelación a los mismos, puntualizando que estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos jurídicos. Igualmente, el artículo 22 ibídem indica que las directivas anticipadas podrán formalizarse ante notarios o conciliadores extrajudiciales en derecho inscritos en los centros de conciliación.

Asimismo, reglamenta el procedimiento de formalización de apoyos y de directivas anticipadas, establece la obligación de los centros de conciliación y de los notarios, conforme la guía de buenas prácticas en materia de discapacidad elaborada por la UINL, de disponer herramientas en formato disponible para facilitar el acceso y el derecho a la información con relación a las cuestiones de fondo y de forma y de la tecnología necesaria ya sea presencial o remota para la recepción de solicitudes de requerimiento, a través de la implementación del Protocolo de Servicios de Justicia inclusivos para Personas con Discapacidad del Ministerio de Justicia y del Derecho. Impone como deber del notario, garantizar la disponibilidad de los ajustes razonables para la comunicación de la información relevante para la conformación del consentimiento.

También establece los requisitos de la escritura pública que formalice el acuerdo de apoyo o las directivas anticipadas, y enumera el contenido que deberá contener:

1. Circunstancias de lugar y fecha de realización de la entrevista previa y su resultado.
2. El acto o actos jurídicos para los que se formaliza el acuerdo de apoyo o las directivas anticipadas.
3. La delimitación y alcance de las funciones del apoyo.
4. Las obligaciones que se derivan de la designación.
5. La declaración por parte de la persona o las personas de apoyo, indicando que no están incursas en causal de inhabilidad para ello, según el artículo 45 de la Ley 1996 de 2019.
6. La vigencia del acuerdo de apoyos o del apoyo establecido a través de la directiva anticipada, la cual no podrá extenderse más allá del termino establecido en la ley 1996 de 2019.
7. El medio a través del cual, de ser el caso, la persona de apoyo comunicará a la persona titular del acto jurídico, las circunstancias y su decisión de modificar o poner fin al acuerdo o a la directiva anticipada.

Con relación a la lectura y el otorgamiento, establece que el contenido de la escritura debe ser puesto en conocimiento de los otorgantes mediante la necesaria utilización de mecanismos de comunicación aumentativa o alternativa que se ajuste a las necesidades de cada persona. Leído el documento, se firmará por los comparecientes en señal de aceptación; si por razón de la discapacidad el otorgamiento no pudiere efectuarse en la forma convencional, se hará constar el hecho con el mecanismo habitualmente utilizado por la persona titular del acto jurídico, sin perjuicio de recurrir a la herramienta auxiliar de firma a ruego,

de todo lo cual dejará constancia el notario. Cumplidos los requisitos formales, el notario autorizará el instrumento que contiene el acuerdo de apoyo o las directivas anticipadas y expedirá las copias de la escritura con destino a los interesados. Finalmente, a los efectos de su publicidad registral, establece la obligación de expedir copia de la escritura pública de formalización de apoyo o directiva anticipada y registrar el documento en el Sistema de Información de la Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición (SICAAC), administrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

El acuerdo de designación de apoyo puede ser modificado por escritura pública o acta de conciliación, caso en el que la norma establece la obligación de estampar nota marginal en la escritura matriz para su publicidad cartular y de su correspondiente registración en el SICAAC, administrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Por último, contempla la posibilidad del traslado del notario al domicilio de la persona, la que por razones de su discapacidad no puede hacerlo a la notaria, caso en el que se deberá respetar por su puesto la competencia territorial del notario.

1.3 Costa Rica

Costa Rica ratifica la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo y consecuentemente conforme los compromisos adquiridos con la normativa internacional, se aprueba la Ley para la *"Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad"* Número 9379 del 18 de agosto de 2016. La normativa establece que el término discapacidad es un concepto dinámico y en constante evolución, y define de forma amplia a la persona con discapacidad como aquella que tiene “

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". Es importante el desarrollo que realiza del derecho de autonomía personal, ya que establece de forma expresa el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, permitiendo que establezcan su propio proyecto de vida sin injerencias indebidas de otras personas o entidades estatales.

La ley marcó para Costa Rica un cambio de paradigma, se reglamentaron los procesos de salvaguardia, para establecer medidas de carácter autosatisfactivas para el ejercicio pleno en igualdad de condiciones con los demás del derecho de autonomía personal; establece que en los casos iniciados antes de la entrada en vigencia de la ley, el juez de familia debe realizar una revisión de oficio de la sentencia dictada y derogó el instituto de la curatela[117].

Asimismo, por Decreto Ejecutivo número 41087-MTSS, de fecha 30 de abril de 2018, se dicta el Reglamento de la mencionada ley, para la "*Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad"*, cuyo objetivo es establecer las disposiciones de observancia obligatoria para personas físicas, jurídicas e instituciones de los Poderes del Estado y privadas con el fin de promover y asegurar a todas las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a la autonomía personal, lo que incluye el igual reconocimiento de las personas con discapacidad como personas ante la ley, según lo regulado en la Ley 9379. Entre otros conceptos se

[117] Consejo Superior, en sesión N° 90-16, celebrada el 29 de setiembre de 2016, artículo XXX emitió la circular 170-2016

destaca la capacidad de ejercicio como atributo de la condición humana para el ejercicio legítimo de los derechos, se ratifican los principios generales del artículo 3 de la CDPD, se presenta el sistema integrador y define a la salvaguardia como un apoyo para el ejercicio de la capacidad de ejercicio, es facultativa y proporciona protección contra los abusos en el ejercicio de la capacidad de actuar, en igualdad de condiciones con las demás personas.

1.4 Puerto Rico

En el caso de Puerto Rico, suscribió la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero no la ratificó hasta la fecha. El nuevo Código Civil de Puerto Rico entró en vigor el 28 de noviembre de 2020 *(Ley Núm. 55-2020. del 1 de Junio de 2020)* y se introdujeron cambios sobre temas de familia, contratos, daños y perjuicios, herencias, los derechos de los animales, los negocios, los derechos reales o de propiedad, los derechos de la comunidad LGBTIQ+ y hasta la energía[118].

La nueva normativa sobre la persona humana y su capacidad jurídica, si bien expresa un leve avance sobre el CC derogado, sigue los lineamientos de los regímenes tradicionales de sustitución de la voluntad.

El artículo 100 establece la presunción de capacidad de la personal natural mayor de edad, y solo se admite la sentencia judicial de incapacitación absoluta o de restricción parcial de la capacidad por las causas y la extensión que determina la ley. En este aspecto, mantener en la legislación de fondo el instituto de la incapacitación absoluta contradice los principios fundamentales de la Convención que hemos desarrollado.

[118] https://aldia.microjuris.com/2020/05/13/nuevo-codigo-civil-incluye-servidumbres-para-promover-energia-renovable/

Así el art. 101 distingue entre incapacidad absoluta y parcial y establece que en ambos casos procede el nombramiento de un tutor para que la asista en los actos ordinarios de la vida civil y la represente legalmente en las relaciones jurídicas en las que sea parte.

En el art. 102 encontramos las causas de incapacitación absoluta en los siguientes términos: *"Es absolutamente incapaz para obrar por sí misma en todos los asuntos que afecten su persona y sus bienes: (a) la persona que tiene disminuidas o afectadas permanente y significativamente sus destrezas cognoscitivas o emocionales y tal estado le impide percatarse del contenido y alcance de los actos ordinarios y jurídicos que realiza; y (b) la persona que padece una condición física o mental que le imposibilita cuidar de sus propios asuntos o intereses, mientras se encuentra en este estado".* A continuación el art. 103 establece las consecuencias de los actos realizados por el incapaz absoluto, los que se presumen válidos respecto de los terceros que desconocen la condición y actúan de buena fe. Dentro de los casos de restricción de capacidad de ejercicio detalla: (a) el menor no emancipado; (b) la persona que padece de discapacidad mental moderada y que tiene una vida útil e independiente; (c) la persona con discapacidad física que no puede comunicarse efectivamente por ningún medio, y que requiere asistencia para hacerse entender, para participar consciente o activamente en algún acto jurídico o para consentir expresamente y por escrito a una obligación; (d) la persona que dilapida su patrimonio de modo ligero y desenfrenado, con probado menosprecio de las atenciones de previsión familiar que le son propias y de sus obligaciones pecuniarias; y (e) la persona que habitualmente consume bebidas embriagantes, drogas o sustancias controladas por ley, que haya desarrollado tal grado de dependencia fisiológica o psicológica de ellas que le produzca un

estado físico, mental y anímico que le impide tomar decisiones acertadas sobre su estabilidad y su seguridad personal; sobre sus bienes y su solvencia económica; sobre la atención de sus obligaciones jurídicas; y sobre su inserción en procesos conducentes a su rehabilitación.

Finalmente, el art. 106 establece los efectos de la sentencia de incapacitación, establece que la misma no inhabilita a la persona para atender todos sus asuntos personales y económicos, e indicará expresamente los actos específicos que quedan prohibidos al incapaz y las facultades que ejercerá el tutor en su nombre. La sentencia ha de interpretarse restrictivamente, a menos que el interés óptimo del tutelado imponga una interpretación distinta.

Este nuevo CC, introduce como novedad, tratándose de incapacidad de menores de edad, el instituto de la "patria potestad prorrogada" recientemente derogada con la reforma aprobada del CC español. El artículo 109 Código Civil de Puerto Rico 2020 establece que "…*si uno de los progenitores o ambos, ejercen la patria potestad sobre el menor incapaz, pueden solicitar que se prorrogue la patria potestad más allá de la mayoridad…"*. De la misma manera, el artículo 622 Código Civil de Puerto Rico 2020 requiere para que la patria potestad pueda extenderse más allá de la mayoridad. Particularmente, cuando un hijo sea incapaz de obrar por sí mismo, por tener disminuidas o afectadas permanente y significativamente sus destrezas cognoscitivas o emocionales y el estado le impida percatarse del contenido y alcance de los actos ordinarios y jurídicos que realiza. En estos casos, el tribunal debe declarar la incapacitación del hijo o la hija antes de autorizar la prórroga de la patria potestad de ambos progenitores o de uno solo.

Es importante destacar que la reforma recientemente aprobada del CC español, deroga expresamente esta institución, considerando, como expresa en su

exposición de motivos: "… *se eliminan del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone*".

1.5 España

El 20 de mayo de 2021, se publicó en el BO. la Ley por la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las PCD en el ejercicio de su capacidad jurídica. La ley consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y tres disposiciones finales. El artículo primero modifica la ley del notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintinueve apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados; el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en veinte apartados; finalmente, el artículo octavo, referido al Código de Comercio, se estructura en tres apartados.

Esta modificación es una de las más importantes en la legislación española y representa un cambio de paradigma del sistema de sustitución (tutela) al sistema social de inclusión de las personas con discapacidad (apoyos). En la actualidad

la legislación presenta varias posibilidades para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos.

El Código Civil español asume el principio de preferencia de los apoyos voluntarios, de esta forma, serán las propias personas con discapacidad las que intervendrán en la formalización de cualquier negocio jurídico, sin perjuicio de la intervención del apoyo necesario.

Se da preferencia a la elección privada del sistema de apoyos, por vía de la intervención notarial, para decidir entre los diferentes modelos de apoyos que establece la norma de fondo, -como la guarda de hecho, una curatela con facultades de representación de forma excepcionalísima o el defensor judicial para el caso particular- o bien la elección de un "*traje a medida*" de acuerdo a sus deseos y preferencias. Supone la posibilidad que tiene la persona con discapacidad de diseñar su propio plan individual de atención y apoyo, con la asistencia institucional del notario que brindará a la persona con discapacidad, la asistencia y las garantías que necesite. Esta designación notarial de apoyos, tendrá reflejo registral y oponibilidad a terceros a través de la inscripción en el Registro Civil.

Se hace especial referencia al respeto de los deseos y anhelos de la persona con discapacidad, porque se le da protagonismo para el diseño de su proyecto de vida en respeto a su dignidad.

En este sentido, la nueva regulación proclama el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y sobre el apoyo que necesite, reemplazando el concepto de incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz o la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. El término

"apoyo" englobará todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

También dentro del sistema de apoyos, se consagra el principio de la mínima intervención en la formación de la voluntad de la persona con discapacidad, dándole prioridad a las decisiones personales de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Asimismo, se consagra el principio de los ajustes razonables, que son las adaptaciones para que la persona con discapacidad se desenvuelva con libertad en el ámbito jurídico con una visión inmediata de adaptación. Los ajustes razonables se consagran como medios técnicos para asegurar una práctica comunicación con los operadores jurídicos, tanto abogados, notarios, registradores y jueces, y son plenamente exigibles por la persona con discapacidad. Ejemplos de ajustes razonables son el lenguaje de signos, los sistemas de comunicación táctil, las tabletas, y también la figura del facilitador, quién sin configurar un apoyo en sentido jurídico, complementa y asiste a la persona en el proceso de comunicación.

En consecuencia, se eliminan las figuras de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, consideradas como "poco adaptadas" al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que la ley propone. En su lugar, el sistema de justicia deberá proporcionar a este colectivo las ayudas que precise para que pueda llevar a cabo actos jurídicos como casarse, adquirir un inmueble o hacer un testamento.

Para evitar las posibles sospechas de aprovechamiento o indefensión de las personas con discapacidad, la reforma consagra el principio de la superior vigilancia de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal. En el texto se recoge la figura del defensor judicial, prevista para determinadas situaciones, como aquellas en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza. La generalidad de estos procedimientos se remiten a procesos de jurisdicción voluntaria, no contenciosa.

En los casos de atribuciones patrimoniales a título gratuito a favor de una persona con discapacidad, si el donante o testador considera que la persona necesitará asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica, puede establecer por vía testamentaria o en el acto de la donación un sistema especial de apoyo o asistencia para el beneficiario/donatario, con el fin de la administración y fiscalización de esas atribuciones patrimoniales.

Las sentencias de incapacitación dictadas con anterioridad, a partir del 3 de septiembre de 2021, deben leerse a la luz de los nuevos principios, y por lo tanto generan la obligación de revisar las resoluciones judiciales en el plazo de 3 años, de oficio, o previamente a solicitud de la persona con discapacidad, en el plazo de 1 años como máximo, y asimismo, la declaración de tutela se convierte en curatela representativa excepcional, hasta tanto se produzca su revisión y adecuación. A los efectos de la objetividad e imparcialidad, no pueden prestar asistencia y apoyo, las instituciones que tienen una relación contractual con la persona con discapacidad.

1.7 Argentina

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 receptó con jerarquía constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos y reconoció la condición de vulnerabilidad de algunos grupos sociales destinatarios de mayor y especial protección.

A partir del 1 de Agosto de 2015 el ordenamiento jurídico argentino sufrió un cambio muy grande de paradigmas al entrar en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual sustituyó al Código Civil que estuvo vigente con algunas reformas, desde el año 1871, y que en su redacción originaria contenía una división binaria en cuanto a la calificación del estado de la capacidad de las personas. Para el texto legal decimonónico, o se era plenamente capaz o, por el contrario, la persona devenía incapaz, sin términos medios, y en este último supuesto, se nombraba un representante legal de las mismas, denominado *curador,* quien cumplía la tarea de administrar y disponer de los bienes de la persona y la representaba en todos los actos que el sujeto no podía celebrar, sustituyendo así totalmente el ejercicio de su plena voluntad.

Esta concepción binaria fue mitigada en el año 1968, con la reforma de la Ley 17.711 que introdujo la figura del *inhabilitado,* que permitía preservar la actuación personal para ciertos actos, y se designaba un curador en carácter de asistente para la toma de decisiones.

Sin embargo, ya con anterioridad del advenimiento del nuevo régimen civil y comercial, la República Argentina en el año 2010, sancionó la Ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental (esta ley sigue vigente como ley especial que complementa el CCCN), la que trató de armonizar el derecho interno argentino con las previsiones de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, la cual había sido

aprobada en nuestro país por Ley 26.378 y cuenta con jerarquía constitucional desde el año 2014, según lo dispuesto por la Ley 27.044.

A todo esto, debe sumarse la sanción de la Ley 27.360 que ratifica en el año 2017, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la OEA en junio de 2015, que en su artículo 30 consagra los principios establecidos en el artículo 12 de la CDPD en materia de designación de apoyos.

Análisis de las reformas

Ley 26.657

La ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Esto se complementa con disposiciones del artículo 29, que obligan a los profesionales y no profesionales de la salud en contacto con la persona, a informar al Juez competente, cualquier sospecha de irregularidad o trato inhumano o limitación indebida de la capacidad del sujeto [119]. Asimismo, en los artículos 3 y 5 puede notarse la influencia del "*Modelo Social de Discapacidad*", al reconocer a la salud mental como un proceso determinado por factores externos a la persona, en donde prima la relación del sujeto con el

[119] "ARTICULO 29. - A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional.
Debe promoverse la difusión y el conocimiento de los principios, derechos y garantías reconocidos y las responsabilidades establecidas en la presente ley a todos los integrantes de los equipos de salud, dentro de un lapso de NOVENTA (90) días de la sanción de la presente ley, y al momento del ingreso de cada uno de los trabajadores al sistema"

entorno, sus componentes afectivos y familiares, y se parte de la presunción de capacidad[120].

Con referencia al derecho a recibir una comunicación efectiva, tal como lo dispone el artículo 2.1.de la CDPD, el artículo 10 de esta ley impone la obligación de suministrar información a la persona con discapacidad de manera simple y clara.[121]

Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

El gran cambio en cuanto al régimen de la capacidad de la persona humana, se produce con la puesta en vigencia de este nuevo Código. La norma sienta el principio de capacidad progresiva de la persona, estableciendo un sistema flexible de capacidad, de acuerdo a las particularidades y singularidades de cada una. Conforme el artículo 31 se establece la excepcionalidad de la declaración judicial de incapacidad, cuando la persona se encuentre totalmente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por algún medio.

[120] "ARTICULO 3° - En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.
Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.
En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de:
a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso;
b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona;
c) Elección o identidad sexual;
d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización"
"ARTICULO 5° - La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado"

[121] "ARTICULO 10. - Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión"

El art. 31 establece que la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial.
- Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona, la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.
- La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.
- La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada.
- Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

El art. 32 del CCCN establece que el juez puede restringir la capacidad solo para determinados actos de toda persona mayor de 13 años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a la persona o a sus bienes. En este acto, el juez debe designar el o los apoyos necesarios establecidos en el art. 43, donde se especifiquen las funciones de el o los apoyos, con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. En este sentido se agrega en concordancia con los principios de la CDPD, que el o los apoyos designados deben promover la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y deben favorecer las decisiones que respondan a las preferencias y deseos de la persona protegida.

Finalmente, el art. 32 establece que de manera excepcional, cuando la persona con discapacidad se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos y salvaguardas resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador, todo ello como se ha hecho referencia en el capítulo dos.

Esta resolución judicial extraordinaria de declaración de incapacidad y designación de un curador con facultades de representación, genera una situación de sustitución de voluntad que se configura como la última opción por parte del juez, es una situación de extrema necesidad por la imposibilidad de hecho que tiene la persona con discapacidad de exteriorizar sus deseos y preferencias. Aún en estos casos, el curador deberá respetar la trayectoria de vida, la existencia o no de poderes preventivos, las directivas médicas anticipadas y/o designación de apoyos en sede notarial, el entorno familiar y las circunstancias especiales del caso para evaluar en cada acto que tenga la mejor decisión para garantizar los derechos de la persona con discapacidad.

El artículo 43 del CCCN introduce la figura del apoyo, que fue objeto de análisis detallado en el capítulo dos de la presente investigación, y al cual nos remitimos. Este sistema de apoyos, tiene una práctica de más de seis años en la jurisprudencia con opiniones y decisiones encontradas que dificulta la tarea del operador jurídico para tener pautas concretas de interpretación.

El artículo 35 del CCCN garantiza el principio de inmediatez con la persona durante todo el proceso, obliga al Juez interviniente a tener contacto personal con el sujeto y la impone la presencia del Ministerio Público y un abogado

durante las audiencias [122]. En el capítulo de restricción de la capacidad jurídica, se incluyen normas procesales dentro de la cuales se establecen algunas salvaguardias.

El artículo 36 determina las pautas de la intervención del interesado en el proceso, garantiza el acceso a la justicia de la persona con discapacidad, y dispone la necesidad de asistencia letrada durante el mismo.[123]

Cabe mencionar que el artículo 37 establece los aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

a. Diagnóstico y pronóstico.
b. Época en que la situación se manifestó.
c. Recursos personales, familiares y sociales existentes.
d. Régimen para la protección, asistencia y promoción de la autonomía posible.

Esta norma establece que es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

En cuanto a los alcances de la sentencia, el artículo 38 indica que ésta debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a restricción, con indicación de las personas intervinientes y la modalidad de su

[122] "ARTICULO 35.- Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias"

[123] "ARTICULO 36.- Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.
Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio"

actuación. Este aspecto es relevante en la actuación notarial ya que circunscribe y determina la forma de actuación de la persona con capacidad restringida o incapaz. A los efectos de la publicidad de la sentencia, el artículo 39 establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas y se debe dejar al margen de la partida de nacimiento.

Finalmente, el artículo 40 determina la necesidad de revisión de la sentencia de restricción de capacidad cada 3 años o en cualquier momento a instancias del interesado, a los efectos de cumplir con lo establecido en el artículo 12 de la CDPD.

Por otro lado, en lo atinente a la posibilidad de disposición de bienes por testamento, el artículo 2467, inc. d) del CCCN indica expresamente que la persona declarada judicialmente incapaz puede otorgar testamento, si lo hace en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la afección ha cesado en ese momento, superando así la prohibición expresa contenida en el régimen anterior.[124]

Asimismo, y como gran novedad legislativa, se ha introducido en el nuevo ordenamiento civil y comercial a través del artículo 2448 del CCCN, la posibilidad de efectuar la denominada "*mejora estricta*" a favor del heredero, ascendiente o descendiente, con discapacidad.

A través de la mejora estricta el futuro causante puede ampliar la cuota hereditaria de estos beneficiarios, no solo con la porción de libre disponibilidad, sino también por medio de una mejora especial, hasta el máximo de un tercio

[124] "ARTICULO 2467.- Nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias. Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria:…d) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces…"

de las porciones legítimas de los herederos forzosos que concurran a la sucesión del causante.

Esto constituye, sin duda alguna, un gran avance en la protección y reconocimiento de los derechos sucesorios de las personas con discapacidad[125].

Esta disposición no solo puede realizarse por vía de un testamento, sino que también puede efectuarse por medio de un fideicomiso, donación, cesión de derechos o por cualquier otro acto a título gratuito efectuado por el futuro causante.

Cabe mencionar que la definición de "pe*rsona con discapacidad*" incluida en la norma del artículo 2448 y repetida en el artículo 48 para los casos de inhabilitación por prodigalidad, no responden al modelo social de discapacidad, ya que fueron tomados de leyes anteriores 22.431 del año 1981 y 24.901 del año 1997, que se basaban en el modelo médico rehabilitador.

En relación a los derechos políticos de las personas con discapacidad, reconocidos y declarados expresamente en el artículo 29 de la CDPD, existen normas que permiten que las personas con discapacidad tengan facilidades especiales a los fines de poder sufragar en condiciones igualitarias con las demás personas. A este respecto es importante señalar las previsiones contenidas en el artículo 94 de la Ley 26.774 de Ciudadanía Argentina, denominada de "*voto joven*" que permite a las personas con discapacidad ingresar al recinto de votación acompañadas por la autoridad del comicio

[125] ARTICULO 2448.- Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

(presidente de mesa) o por cualquier persona de su elección, a los fines de cumplir con su deber cívico [126].

Asimismo, y siempre con relación a este aspecto, podemos señalar que recientemente, en ocasión de las últimas elecciones celebradas en el mes de septiembre pasado, se creó en el marco de la Agencia Nacional de Discapacidad, organismo federal que se ocupa de las cuestiones relativas a las personas con discapacidad, la *"Mesa por el derecho al voto de las personas institucionalizadas por motivos de salud mental y discapacidad 2021",* a los fines de interiorizar a los partidos y agrupaciones políticas y a la sociedad en general, acerca de los derechos políticos de las personas con discapacidad, realizándose muchas actividades en tal carácter [127] y estimándose en alrededor de 20.000 a 30.000 personas aquellas a las cuales podría favorecer el programa [128].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10 de julio de 2018 revocó una sentencia de Cámara donde se negaba el derecho al voto de una persona con discapacidad, basando su resolución en que las normas electorales argentinas estaban en colisión con otras normas protectoras de nuestro ordenamiento jurídico y el texto expreso de la Convención[129], y considerando en ella que correspondía llevar adelante un examen estricto de las restricciones en el ejercicio de los derechos políticos de las personas con discapacidad mental, en

---

[126] "Artículo 94…Los electores ciegos o con una discapacidad o condición física permanente o transitoria que impida, restrinja o dificulte el ejercicio del voto podrán sufragar asistidos por el presidente de mesa o una persona de su elección, que acredite debidamente su identidad, en los términos de la reglamentación que se dicte. Se dejará asentada esta circunstancia en el padrón de la mesa y en el acta de cierre de la misma, consignando los datos del elector y de la persona que lo asista. Ninguna persona, a excepción del presidente de mesa, podrá asistir a más de un elector en una misma elección…."

[127] https://www.argentina.gob.ar/noticias/presentacion-de-la-campana-por-el-derecho-al-voto-de-las-personas-institucionalizadas-por

[128] https://www.telam.com.ar/notas/202109/567469-campana-nacional-elecciones-derecho-votar-personas-internadas-salud-mental.html

[129] "F., H. O. s/ artículo 152 ter. Código Civil" - CIV 83563/1997/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/ abril/FHO_CIV_83563_1997.pdf.

tanto se trata de un grupo en situación de vulnerabilidad, que ha sido objeto de discriminaciones históricas.

1.8 México

México ratificó la CDPD el 2 de mayo de 2008, pero no adecuó su legislación de fondo conforme los principios establecidos en la CDPD, manteniendo el paradigma sustitutivo en el régimen de capacidad jurídica de la persona humana. Así, el artículo 450 del CC, establece : *"Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla".*

En el camino hacia una positivización del derecho internacional de los derechos humanos, México elaboró el *Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las personas con discapacidad 2014-2018*, cuyo marco normativo atiende las disposiciones internacionales y nacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad. La Suprema Corte de Justicia, por su parte, elaboró el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*.

Las asociaciones de PCD tienen presencia social y luchan por el ejercicio de sus derechos, en el ámbito universitario, como la UNAM, se difunden los principios y el propósito de la CDPD. A pesar de todo ello, no se han concretado reformas legislativas para modificar el CC en cuanto al régimen de capacidad jurídica acorde con los principios de la CDPD.

Asimismo, se dictaron leyes especiales*, como la "Ley para la integración al desarrollo de las personas con discapacidad del Distrito Federal", de 2010, modificada en 2016, para lograr la equiparación de oportunidades para la plena integración al desarrollo de las personas con discapacidad en un plano de igualdad al resto de los habitantes del Distrito Federal; la "Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, de observancia General para los Estados Unidos Mexicanos,* dictada por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos en 2011 y modificada en Julio de 2018, cuyo objeto es "reglamentar el Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (.. "*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su* protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.....*)*. estableciendo las condiciones en las que el Estado *"deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades".*

La Suprema Corte de Justicia de México dictó sentencias que implicaron un avance importante en la aplicación de la CDPD.

I. El "Amparo en Revisión 1368-2015"que declaró la inconstitucionalidad de la Interdicción

Promovido en contra de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por la emisión de los arts. 23, 450, fracción II, 1313 y 1341 del CC del Distrito Federal,

fijar un criterio relativo a la figura del estado de interdicción y tutela, con relación al ejercicio de los derechos fundamentales de una PCD. Así también por la omisión de proporcionar medidas adecuadas y efectivas para que pueda ejercer sus derechos e impedir abusos, dada su condición de persona con discapacidad intelectual. El quejoso argumenta violación a sus garantías fijadas en los arts. 1,4, y 133 de la Constitución Nacional.

El problema jurídico planteado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación consistió en analizar la constitucionalidad de la figura del estado de interdicción (art. 23 y 450 del CC) en relación con el derecho a la capacidad jurídica, a vivir de forma independiente y a la igualdad, así como la obligación de establecer salvaguardias adecuadas y efectivas por parte de las autoridades.

El juez de distrito dictó sentencia en la que concedió el amparo al quejoso en contra de la sentencia del 22-octubre- 2013 al considerar que la sala responsable emitió una resolución en la que, de forma unilateral, *designó como tutor a una de las personas registradas en las listas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, sin atender a la opinión que [Ernesto] pudiera tener al respecto. Ernesto tiene un retraso mental moderado desde sus cinco años de edad.* Tomó intervención la Sala Primera de la Suprema Corte de justicia. La controversia versa sobre la contradicción entre los regímenes de capacidad para las personas con discapacidad del código civil y el que adopta la CDPD.

La sentencia de la Suprema Corte, en sus puntos principales establece: 1) Los artículos 23, 450, fracción II, y 537, del código civil son inconstitucionales porque violan el derecho al reconocimiento de la personalidad, capacidad jurídica y dignidad humana previstos por los artículos 1 constitucional, 12.2 de la CDPD46 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2) Las

normas relativas a los derechos humanos, dentro de las cuales se encuentra el reconocimiento de la capacidad jurídica, deben ser interpretadas conforme a la Constitución Federal y a los tratados internacionales. 3) El artículo 12 de la CDPD estatuye el derecho al reconocimiento de la personalidad y a la capacidad jurídica, precepto que debe entenderse a la luz de los artículos 3, 14, 17 y 19 de la propia CDPD. Por ello, la concepción de capacidad jurídica que tutela la CDPD debe ser consecuente con la libertad de tomar las propias decisiones (artículo 3); acorde con el ejercicio de la libertad en igualdad de condiciones y seguridad de la persona. 4) La figura del estado de interdicción implica que no tienen capacidad jurídica las personas que no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismas o por algún medio que la supla, por lo que restringe de manera directa y manifiesta el derecho al reconocimiento de la capacidad de ejercicio. Luego de hacer un análisis pormenorizado de los derechos reconocidos en la CDPD, la sentencia por la que se concede el amparo, dispone: Hecho el análisis del sistema normativo impugnado y al resultar inconstitucional, debe concederse el amparo a [Ernesto] *para desincorporar de su esfera jurídica los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, para los siguientes efectos:* 1. El juez deberá reencauzar la acción del juicio original de interdicción por una acción para *determinar las medidas de apoyo y salvaguardias y aplicar los preceptos que regulan la jurisdicción voluntaria.* 2. En el procedimiento, el juez deberá realizar los ajustes al procedimiento que sean necesarios para garantizar el derecho de acceso a la justicia de [Ernesto]. 3. Utilizar un lenguaje (oral o escrito) simple, con estructuras gramaticales comprensibles, en todo tipo de notificación, requerimiento, actuación, comparecencia y resolución que se dicte con motivo del procedimiento, evitando el uso de tecnicismos y emplear formatos de fácil lectura y comprensión. 4. En cuanto a las medidas de apoyo o sistemas de

apoyo, el juez siempre deberá considerar las opiniones y requerimientos de [Ernesto], de modo que sea [Ernesto] quien determine qué medidas de apoyo requiere, la designación de una o varias personas de su confianza para que, con pleno respeto a su voluntad y preferencias personales, le asistan en diferentes tareas. 5. establecer medidas de revisión periódica. En su resolución, el juez debe establecer claramente las salvaguardias y dejar clara la posibilidad de que el quejoso, cualquier tercero, o incluso de oficio, pueda alegar una vulneración de los derechos del propio quejoso. La Sala Primera por lo expuesto en la sentencia, resuelve: que se revoca la sentencia recurrida.

II. Amparo en revisión número 702/2018.
Sentencia del 9 de septiembrede 2019.

Este es un fallo que implicó un notable avance de la jurisprudencia de la Corte mexicana, en cumplimiento de la CDPD, en el que se revisó la actuación de un notario del Distrito Federal, en el ejercicio de su función. En el caso María Luisa Hernández Gómez, José Carlos Leonel Cervantes Grandjean, Sara Reyes Verver, Jonathan Vera Uribe, María Felícitas Flores Hernández, Jesús Enrique Vázquez Quiroz, María Teresa Fernández Vázquez y Tania Verónica Zurita Macías, por propio derecho, promovieron juicio de amparo indirecto en contra de las siguientes autoridades y por los siguientes actos:

"1. De la Asamblea Legislativa del Distrito Federal:
a) La discusión, aprobación y expedición del vigente artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.
b) La discusión, aprobación y expedición de los vigentes artículos 102, fracción XX y 105 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

2. Del Jefe de gobierno del Distrito Federal:
a) La sanción y publicación del vigente artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.
b) La sanción y publicación de los vigentes artículos 102 fracción XX y 105 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

3. Del Notario doscientos diecisiete del Distrito Federal, el C. José Ángel Fernández Uria:
a) La negativa a nuestra petición de:

i) Hacer constar nuestra condición de discapacidad y que no obstante ella, somos personas con plena capacidad jurídica en términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

ii) Hacer constar que en el acto comparecimos con las figuras de apoyo que elegimos en términos del artículo 12 de la CDPD;

iii) Hacer constar y otorgar nuestra solicitud de accesibilidad en el procedimiento de comparecencia para la celebración del acto jurídico, en particular porque solicitamos que el acto se condujera en lenguaje accesible para todos nosotros.

Todo ello, respecto del instrumento notarial número 101, 245 de veintiocho de enero de dos mil dieciséis, por medio del cual, se da fe pública sobre la constitución de Entropía Social, A.C. de la que todos los quejosos son únicos asociados.

b) La aplicación de un examen de capacidad jurídica realizado a los quejosos con fundamento en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, así como, en los numerales 102, fracción XX y 105 de la Ley del Notariado para

el Distrito Federal, el cual tuvo verificativo el veintiocho de enero de dos mil diez y consta en el instrumento notarial 101,245 de similar fecha."

En oportunidad de requerir el otorgamiento y formalización del estatuto de una asociación civil, los demandantes solicitaron se incluyan determinadas circunstancias al texto escriturario con motivo de su condición de personas con discapacidad fundadas en la CDPC, a lo que el notario respondió con la elaboración de un texto en donde interpretan que se había suprimido de la versión consensuada, las declaraciones relativas a su condición de discapacidad, rechazado la solicitud de incluir la comparecencia de las personas de apoyo que los acompañaban en los términos del art. 12.3 de la CDPD, formulado juicio de valor sobre su condición de incapacidad, fundado en el art. 405 del Código Civil, negado condiciones de accesibilidad para la correcta comprensión de las cuestiones técnicas sobre la constitución de la asociación civil.

Plantearon la situación de discriminación y estigmatización que habían vivido en el pretendido otorgamiento del acto notarial, y la inconstitucionalidad de las normas relacionadas. Así, afirmaron que en términos de la CDPD, el Notario Público no tiene que interrogarse sobre si a simple vista considera que una persona tiene incapacidad natural, sino respecto a los apoyos que la persona solicita, cuáles son los ajustes razonables que puede efectuar en el desempeño de su servicio como fedatario y cómo asentarlos en el acto jurídico para que la persona discapacitada pueda efectivamente ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. Reiteraron que los artículos impugnados contienen un mensaje estigmatizante que trasciende de la esfera de lo individual en tanto numerosas disposiciones les dan efecto, estableciendo un trato lisa y llanamente diferenciado en tanto solo les aplica a las personas adultas con discapacidad y refuerza imágenes paternalistas y asistenciales. De manera que los derechos

subjetivos en que se apoya su interés jurídico para la acción de amparo, son el derecho de igualdad y no discriminación y los derechos que les reconoce la CDPD en sus artículos 4, 12, 29 y 33, en los que basaron la solicitud que quedó denegada al emitirse la escritura constitutiva.

La Corte hace una análisis de la procedencia del recurso, del interés jurídico de los quejosos para impugnar el sistema normativo conformado por los artículos 450, fracción II, del Código Civil, en relación con los preceptos 102, fracción XX y 105 de la Ley del Notariado - cuya última reforma fue publicada en la G.O. el 4 de agosto de 2021- ambos ordenamientos para el Distrito Federal, con motivo del acto de aplicación consistente en la expedición de la escritura pública constitutiva de su asociación civil, y de la naturaleza de la función pública notarial.

Transcribimos algunos párrafos de la sentencia de la Corte que por su claridad merecen su referencia:

> *"La discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con discapacidad. De acuerdo con dicho modelo, las discapacidades no deben ser entendidas como una enfermedad, pues esta afirmación comporta grandes implicaciones en el modo de concebir y regular temas atinentes a la discapacidad y, a su vez, tiene consecuencias profundas en el ámbito jurídico".*
>
> *"A juicio de esta Corte la figura del estado de interdicción es una restricción desproporcionada al derecho a la capacidad jurídica y*

representa una injerencia indebida que no es armonizable con la CDPD. (...) Por tanto, negar o limitar la capacidad jurídica vulnera el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y constituye una violación de los artículos 5 y 12 de la Convención, así como del artículo 1o constitucional. (...) La prestación de apoyos es un mecanismo establecido en la Convención para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, garantizar su autonomía en las actividades de la vida cotidiana y fortalecer el ejercicio de la capacidad jurídica."

"*En el informe presentado por la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se destaca que el apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar actividades cotidianas y participar en la sociedad. Para la mayoría de las personas con discapacidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás personas. Precisamente, la existencia de barreras en el entorno –ambientales, sociales, jurídicas, etcétera– generan la necesidad de apoyos. En consecuencia, la falta de apoyos incrementa el riesgo de la segregación e institucionalización. (...) Esta Sala considera que el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad conlleva tener libertad de elección, así como capacidad de control sobre las decisiones que afectan a la propia vida. Por tanto, comporta que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones, ejercer el control sobre sus vidas y adoptar todas las decisiones que las afecten. Desde este enfoque, una de las barreras para ejercer este derecho consiste en la negación de la capacidad jurídica, ya sea mediante leyes y prácticas oficiales o de facto*

por la sustitución en la adopción de decisiones relativas a los sistemas de vida."

La Corte declara la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad del art. 450 fracción II del Código Civil del Distrito Federal, y específicamente con relación al juicio de capacidad o discernimiento notarial se argumenta:

> *"Debe decirse que **el juicio de capacidad** que se impone realizar al notario público cuando el artículo 102, fracción XX, dispone que el notario debe hacer constar que los otorgantes del acto "a su juicio tienen capacidad", y cuando el diverso 105, señala que para hacer constar que los otorgantes tienen capacidad "bastará con que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural**";** bajo el paradigma de la Convención en torno a la capacidad jurídica que ha quedado expuesto en la cita de precedentes anterior, también resulta inconstitucional e inconvencional". Ahora bien, es cierto que ese "juicio de capacidad" que el notario debe hacer conforme a las normas controvertidas, se refiere a una apreciación objetivamente perceptible de la capacidad natural del sujeto otorgante en relación con sus condiciones mentales o intelectuales, es decir, se refiere a las posibles deficiencias funcionales de tipo cognitivo o psicosocial que el notario pueda advertir en la persona, que lo conduzcan a afirmar o negar que el compareciente, por las condiciones observadas por él, tiene o no tiene un pleno discernimiento del acto jurídico y si la expresada es o no su voluntad; por lo que evidentemente es un juicio de valor sobre las condiciones del otorgante, es una creencia o una presunción*

personal que pudo formarse el notario sobre la persona en su contacto con ella". (...) Sin embargo, la aplicación efectiva de la Convención en la actuación notarial, necesariamente conlleva que ***el juicio de capacidad*** *que debe realizar el notario público también se ajuste al entendimiento de la capacidad jurídica de conformidad con el derecho convencional y, en consecuencia, que en la sede notarial también se dé cabida a la integración de* ***apoyos y salvaguardias*** *a las personas con discapacidad del tipo mental o intelectual, en la medida en que resulte factible conforme a la naturaleza de la función notarial, las facultades del notario, así como la naturaleza, alcances e implicaciones del concreto acto jurídico en el que esté involucrada como otorgante una persona con discapacidad y que se le pida protocolizar*". (…) *Así pues, siendo inconstitucionales e inconvencionales los artículos controvertidos, el notario público, como operador de la ley, al inaplicar esos preceptos, está constreñido a aplicar las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme a los artículos 1o y 133 constitucionales, de acuerdo con los criterios del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubros: "Derechos Humanos. Los Tratados Internacionales vinculados con éstos, son de observancia obligatoria para todas las autoridades del País, previamente a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio de 2011", y "Tratados internacionales son parte integrante de la Ley Suprema de la UNION Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES.*

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL".

Finalmente, con relación a la escritura acta de constitución de la Asociación Civil, la sentencia dispuso en el apartado 213, lo siguiente: "*Se priva de efectos al Acta Constitutiva de la Asociación Civil teniendo en cuenta la forma en que debe ser reconocida la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por no ser acorde con dicho instrumento convencional -CDPD- a fin de que se expida una nueva escritura, en la que se asienten las declaraciones de los quejosos sobre su discapacidad y sus personas de apoyo y se otorguen las concretas condiciones de accesibilidad que solicitaron*".

Por todo ello, la Corte declara inconstitucional e inconvencional los arts. 450 fracción II, del Código Civil, así como los artículos 102, fracción XX, y 105 de la Ley del Notariado abrogada, ambos ordenamientos para el Distrito Federal (Ciudad de México), por resultar contradictorios y restrictivos de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y disconformes con la CDPD.

2. El control de constitucionalidad y de convencionalidad

"México tiene un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad concentrado en una parte y difuso en otra lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de in-constitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional"[130].

[130] ARTURO GÓMEZ CAMACHO. Licenciado en derecho por la Universidad Tecnológica de México

El control de constitucionalidad es una herramienta que prevén los estados democráticos de derecho, que vuelve posible la vigencia del principio de supremacía constitucional de los sistemas jurídicos contemporáneos[131]. La supremacía constitucional genera el convencimiento y la aceptación de ubicar a la Constitución como norma jerárquicamente superior a toda otra regla de derecho; de la misma se desprende una fuerza normativa que es y debe ser aplicable, exigible y obligatoria. Cuando esta regla se rompe nos encontramos frente al vicio de inconstitucionalidad[132]. Por esta razón el control de constitucionalidad es una defensa prevista por el sistema constitucional de derecho, porque el sentido del principio de legalidad estatal implica aceptar que las normas superiores tienen mayor valor y jerarquía que las normas inferiores, y por ello, siempre prevalecen aquellas sobre estas últimas[133]. En la Repúbli-ca Argentina, son los jueces los que llevan adelante el control de constitucionalidad.

Es así que el referido control constituye una ponderación y comparación entre la constitución nacional y el resto de las normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo la prevalencia de aquella sobre éstas. En cuanto a sus modalidades, el mismo puede ser «concentrado» o «difuso». En el primero de los tipos, un cuerpo judicial revisa el conflicto, como sucede con algunas constituciones europeas (Tribunal Constitucional), y en algunos estados

http://derechoenaccion.cide.edu/el-control-constitucional-en-mexico/

[131] AMAYA, JORGE A. (Dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad. Parte General,* t° 1, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 25.

[132] Ídem, p. 50.

[133] LOUTAYF RANEA, ROBERTO G.-COLOMBO MURÚA, IGNACIO- RUEDA, ROQUE- SOLÁ, ERNESTO, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial,* Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 3.

latinoamericanos; en el segundo, adoptado esencialmente por Estados Unidos de América a partir del reconocido precedente jurisprudencial *"Marbury vs. Madison"*[134] es el que finalmente adopta nuestro país, con relevante doctrina respaldatoria tanto de sus antecedentes como de su utilización en la actualidad[135]. A nivel jurisprudencial, los precedentes *Sojo* y *Elortondo*[136], en donde todos los jueces, nacionales o provinciales lo realizan, es decir que todos los jueces son jueces de legalidad y constitucionalidad.

El control de convencionalidad en cambio, es un procedimiento mediante el cual un tribunal controla, verifica, eventualmente pondera criterios y establece, si un acto legislativo determinado es compatible o no con los tratados de derechos humanos vigentes en un Estado de Derecho[137]. Asimismo, el control de convencionalidad es el ajuste que realizan los jueces de las normas de derecho interno de cada país parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, y tiene como fin establecer si la norma en revisión se adecua a los estándares establecidos por la convención, que incluyen las sentencias de la CIDH y las opiniones consultivas.

---

[134] "Supreme Court of the United States in Marbury, William vs. Madison, James. 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60; 1803". En VILLANUEVA, MARCOS AGUSTÍN. "El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales".

[135] AMAYA, JORGE A., *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad,* Astrea, Buenos Aires, 2017.

[136] CSJN, "Sojo, Eduardo", Fallos 32:120. CSJN, "Municipalidad de la Capital c/Elortondo", Fallos, 33:162.

[137] MIDÓN, MARIO A.R., *Control de convencionalidad,* Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 71.

SAGÜÉS [138] explica que "*el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación "armonizante" o "adaptativa" del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana".*

El control de convencionalidad fue introducido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile del año 2006*. En dicho caso, la Corte Interamericana estableció específicamente en su considerando 124 que[139]:

> "*...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio*

---

138 SAGÜÉS, NÉSTOR P., "Dificultades operativas del 'Control de Convencionalidad' en el sistema interamericano", artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, P. 1.

139 PITTIER, LAUTARO, El control de convencionalidad en Argentina, www.corteidh.or.cr/tablas/r36279.pdf

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

2.1 El control de constitucionalidad y convencionalidad del notario.

Un trabajo académico destinado a generar un espacio de reflexión en una jornada internacional tiene que intentar, por sobre toda otra cuestión, generar un aporte que sirva para mejorar la institución jurídica a la cual se refiere. A eso nos abocamos en este aporte.

Tenemos bien definido el concepto y el alcance tanto del control de constitucionalidad como del control de convencionalidad. Sabemos que en nuestras naciones se encuentra en manos de los jueces, y que esa situación legal es adecuada a los criterios propios del sistema jurídico que adoptamos que, en definitiva, es el que sustenta ordena y reordena la vida de relación en nuestras naciones. Consecuentemente, no se trata de modificar lo que está establecido y aun con ciertos defectos detectables, funciona como un engranaje adecuado para el sistema jurídico al que presta sus servicios. Pero se trata de advertir, desde un criterio analógico, que también otras singulares actividades, como la notarial, pueden encabezar esta tarea de contralor, sin violentar el sistema jurídico, simplemente, complementando el concepto de la función notarial que, de alguna manera, ordena que la misma este dirigida a evitar el conflicto o la controversia,

a través de la conformación de un título, instrumento o documento que sea capaz de contener los valores de justicia, fe, seguridad y paz.

En este sentido, y con la única finalidad de aportar soluciones que sirvan para prevenir conflictos posteriores, comenzamos por decir con *LINARES* que entre los muchos sentidos de la alocución razonabilidad, se encuentra aquella que, en sentido general y relacionada con la ley, con la sentencia o con el acto administrativo, asume la conformación de tres factores suficientes: existencia, esencia y verdad (justicia)[140]. La razonabilidad en sentido estricto en cambio, se encuentra referida a la verdad y a la justicia[141]. Si la verdad puede encontrarse dentro del valor justicia, en este último sentido, la razonabilidad es equivalente únicamente a la justicia, constituyendo esto solo uno de los factores suficientes de razón suficiente del derecho, no alcanzando a conformar ni la existencia ni la esencia anteriormente aludidas. Este sentido es el que se asume en nuestro país[142].

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación funda la razonabilidad en la Constitución Nacional, al momento en que la misma aduce a que *"los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio[143]"*. Se comprende entonces que la existencia de una regulación razonable de los derechos fundamentales excluye cualquier violación de los mismos[144]; pero también se comprende que el principio de razonabilidad exige claramente que

[140] LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes,* Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 108.

[141] Ibídem.

[142] Ibídem, p. 109.

[143] Conf. Art. 28 CN.

[144] CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad,* Ábaco, Buenos Aires, 2009, p. 61.

las decisiones deben siempre justificarse, y, como bien se ha dicho, "aun si quien ejerce algún tipo de poder estatal lo hace en uso de facultades discrecionales[145]". En nuestro país, la razonabilidad se encuentra inclusive positivizada en el Código Civil y Comercial de La Nación: desde allí se postula lo siguiente: *"El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada[146]"*.

Una de las últimas publicaciones del maestro *Guastini* enumera como es que, desde su visión, debería ser la aplicación judicial de los principios constitucionales, la que traería aparejada la concreción de cuatro operaciones intelectuales, relacionadas con:

a) La identificación de los principios constitucionales implicados en un determinado caso;
b) La atribución de un significado a un determinado principio –vía interpretación-;
c) La ponderación del principio escogido con otros de similar magnitud, y
d) La especificación del principio escogido que sirva para la construcción de la norma adecuada que resuelva el caso en cuestión[147].

Sin siquiera entrar a considerar la teoría de los derechos humanos, no es difícil darse cuenta que la orientación jurídica del presente siglo nos dirige a considerar que:

---

[145] GELLI, MARIA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada,* t° I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 557.

[146] Conf. Art. 3 CCCN.

[147] Guastini, Riccardo, *Cuestiones de ciencia jurídica y teoría constitucional. "Discutendo",* BdeF, Buenos Aires, 2020, p. 437.

a) Los juristas deben conocer el contenido y alcance de la razonabilidad, y con ella, tratar de alcanzar el valor justicia, ya sea a través de la decisión de una contienda (juez) o de la determinación negocial del derecho preventivo (notario);
b) La propia razonabilidad exige que cada actuación deba de estar fundada en derecho;
c) La utilización de normas que alteren derechos fundamentales violenta el principio de razonabilidad, y por ello debe evitarse toda utilización de las mismas si alteran derechos que afecten ese principio;
d) Cada jurista debe aplicar, desde una práctica que a estas alturas debería ser natural y esencial, el control de constitucionalidad de los actos que realiza.
e) El juez es el único que puede declarar una inconstitucionalidad, pero los demás juristas alcanzan ese control a través de ciertos actos positivos, como realizar un acto conforme a la Constitución, o de abstención, como negarse a prestar el ministerio frente al riesgo de generar un daño a la personalidad (Claro caso del notario en México);
f) El deber de ponderar los principios, posteriormente a clasificarlos y ubicarlos de acuerdo a su jerarquía, es esencial en todo jurista que va a concretar un elemento de decisión jurídica; los jueces, la sentencia que decide el conflicto, y los notarios, la escritura pública que decide el derecho en la paz desde la función alitigiosa;
g) Conocer la Constitución de cada una de nuestras naciones permitirá que en los documentos notariales no se alteren ni se violenten los derechos fundamentales jerárquicamente establecidos;
h) Conocer los tratados con jerarquía de derechos humanos permitirá que los notarios en ejercicio puedan realizar documentos notariales que no

violenten los derechos esenciales promovidos por el sistema convencional del derecho.

Todo esto es posible a través del principio de analogía. Sin invadir funciones propias de otros juristas, esencialmente de los jueces, los notarios, a través del imperio de la fe pública, de la autoridad que la misma le es conferida para autorizar los actos relevantes de las personas humanas que habitan cada una de nuestras naciones, puedan contribuir al desarrollo de un derecho más humano, y más justo.

Aplicar estas coordenadas al sistema de la capacidad, tal como en este trabajo fuera expuesto, es asegurar, prácticamente de manera perpetua, que la voluntad de la persona humana compareciente al acto notarial pueda gozar de todos los derechos y garantías que el derecho les otorga actualmente para poder revelar cuáles son sus deseos de decir, de progresar, de sentir, de continuar la vida que, aun sujeta a problemas, merece ser vivida de la mejor manera que a cada cual le sea posible.

En definitiva, tal como nuestros maestros del derecho enseñaban hace tiempo, en el caso de *Mosset Iturraspe*: *"La vida humana vale hoy muchas más que a principios del siglo (pasado), puesto a que se han comenzado a jerarquizar aspectos que parecían alejados de la visión jurídica…en camino hacia los valores que el derecho está llamado a consagrar; la justicia…equidad, la armonía y la paz social…el bien común de la comunidad…*[148]*";* y en el también siempre vigente *Morello*: *"La jerarquía moral de la persona –desde su*

[148] MOSSET ITURRASPE, JORGE, *El valor de la vida humana,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 11.

concepción- es merecedora por parte del derecho, de tutela real efectiva que custodia, además y principalmente, su dignidad[149]*".*

La jerarquía notarial actual se debe a su historia. Sin embargo, debe siempre tenerse presente que el trabajo diario y mancomunado permite avizorar el futuro. Siguiendo este camino, aspiramos a que ese futuro sea, en lo posible, mucho más venturoso que el que, por los tiempos actuales, vive y habita en nuestra imaginación.

[149] MORELLO, AUGUSTO M., *Persona, sociedad y derecho,* Lajouane, Buenos Aires, 2006, p. 32.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

-La capacidad jurídica se presume. El sistema de la capacidad jurídica se posiciona como un régimen legal de protección, en virtud del reconocimiento de la existencia de limitaciones que presentan ciertas personas para ejercer por sí mismas los derechos y obligaciones de los cuales es titular por su especial condición de vulnerabilidad.

-Las necesidades actuales de la sociedad de la información, las conductas sociales digitales que comienzan a enquistarse y el paulatino paso del mundo analógico al mundo digital en un sinnúmero de actos jurídicos, lleva de inmediato al replanteo de las estructuras actuales que deben adaptarse a las demandas sociales. El notariado no es ajeno a este proceso, en el cual se le impone la necesidad de conciliar los avances y desarrollos tecnológicos con la imprescindible seguridad jurídica, ponderando el alcance de la privacidad, con sus límites y garantías, en un contexto de progreso y mejora en la prestación del servicio notarial, vinculando la innovación continua con el respeto de los derechos humanos fundamentales y constituyendo el nexo entre la tecnología y los vulnerables digitales. En este aspecto el notariado debe constituirse en apoyo y salvaguarda de las personas con discapacidad para mediar como traductor e intérprete del mundo digital al mundo analógico.

- Las personas con discapacidad presentan necesidades muy particulares que exigen que los operadores jurídicos conozcan la complejidad de cada una de las situaciones que podrían presentarse y posean herramientas para poder abordarlas. Deben tener un acabado conocimiento y manejo de la normativa

internacional en materia de derechos humanos y deberá llevar adelante cada caso en particular desde la *perspectiva pro persona*.

-La capacidad de ejercicio se conecta con la autorresponsabilidad, y si la persona no tiene aptitud suficiente para ejercer sus derechos por sí misma, debe tener acceso al apoyo que necesite que la coloque en una situación de igualdad frente a los demás, y no negarle la capacidad jurídica que es un derecho inherente a su condición humana.

-La conexión entre dignidad como condición humana y capacidad de ejercicio significa claramente que se ha puesto énfasis en que sea la misma persona la que ejerza sus derechos con autonomía. Esto explica ciertamente, porque en el derecho actual la teoría de los derechos personalísimos o de la personalidad ocupa un lugar central en el estudio de la comprensión del derecho.

-El llamado "*juicio de discernimiento*", es una de las funciones u operaciones de ejercicio de mayor trascendencia de la actuación notarial; si bien no requiere su constancia instrumental, consiste en el convencimiento "*sin duda alguna*" del entender y querer el acto concreto por parte del requirente, para lo cual, el notario puede valerse de distintos elementos, pero en definitiva decidirá en un juicio de convicción personal. En este sentido, cabe resaltar que el notario no es un especialista o perito a quien se le exige una preparación o conocimiento especial, sino que es un operador jurídico que evaluará el discernimiento de la persona en cada caso, en virtud de un conjunto de circunstancias que rodean el acto. El control de legalidad notarial también ha mutado del viejo paradigma del paternalismo estatal que basaba su argumentación en el interés superior de la persona con discapacidad, a la mejor interpretación posible de su voluntad y

respetando el derecho a equivocarse en el proceso de toma de decisiones (dignidad de riesgo).

- El ejercicio de la capacidad jurídica puede ser restringido por decisión judicial para determinados actos. Con relación a esos actos, el juez *debe designar* el o los APOYOS necesarios, especificar sus funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

- El sistema de apoyo es definido en el CCCN, de manera genérica, como "cualquier medida de ***carácter judicial o extrajudicial",*** que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

- La función de quien presta el apoyo, es promover la autonomía, facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos

- La CDPD sienta el principio de capacidad jurídica y refiere a los apoyos como una herramienta adecuada y eficaz, para quien lo necesite, para posibilitar su ejercicio. En consecuencia, el apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todas las personas, cualesquiera sea la limitación en la aptitud para tomar decisiones, tengan o no restringida su capacidad.

- Los apoyos *deben independizarse de la designación que se efectúe en el marco de un proceso judicial.* El derecho a la capacidad jurídica y los apoyos como herramienta para garantizar su ejercicio, no requiere como requisito previo un proceso judicial de determinación de la capacidad jurídica.

- Los apoyos *extrajudiciales* tienen carácter operativo.

- La designación, implementación y formalización de apoyos extrajudiciales para el ejercicio de la capacidad jurídica, *son la máxima expresión de la autonomía individual que tiene la persona en un marco de libertad, independencia y autodeterminación.*

- La falta de reconocimiento jurídico expreso de las medidas de naturaleza voluntaria de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, viola los principios centrales de *igualdad y no discriminación,* y pone en crisis el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la República Argentina como estado parte de la CDPD.

- Los operadores jurídicos debemos proponer los instrumentos adecuados para visibilizar el derecho de las personas no enmarcadas en la normativa de restricción de capacidad, que necesitan en el plano jurídico asistencia en los procesos de toma de decisiones para el pleno ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

- Proponemos, como notarios, en el marco del compromiso que nuestra función social requiere, *una herramienta jurídica* para que las *medidas voluntarias de apoyo* se concreten mediante el otorgamiento de *"Acuerdos de Apoyo"* en los términos del artículo 43 del CCCN.

- Los “acuerdos de apoyo” serán otorgados por la persona que formaliza la designación y quien o quienes ejercerán esa función, conforme las directivas y los alcances de la actuación que el asistido establezca.

- El sistema de apoyos debe estar diseñado a partir de las reales necesidades de la persona y sus circunstancias personales.

- Los acuerdos de apoyo pueden estar referidos a la prestación de apoyo para actos jurídicos concretos, en cuyo caso, su plazo de duración será el que corresponda a dichos actos o bien estar referidos a determinados actos que pueden sucederse en el futuro, en cuyo caso, deben tener un tiempo limitado de duración, y establecer plazos de revisión, dado el cambio de circunstancias y necesidades de la persona asistida.

- Deben determinar con claridad las facultades de la o las personas designadas para ejercer la función de apoyo, su alcance y modalidad de asistencia, quienes deben aceptar expresamente el contenido del acuerdo.

- Deben preverse medidas de salvaguardias proporcionales y adecuadas en protección del asistido, a efectos de impedir abusos o conflicto de intereses entre la persona que ejerce la función de apoyo y la persona asistida, debiendo priorizarse siempre el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias.

- En protección de los derechos de terceros de buena fe que celebren actos jurídicos con la persona asistida, el acuerdo de designación de apoyos y salvaguardias, la revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas designadas, requieren un sistema de publicidad adecuado.

- Pueden designar apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica todas las personas que tengan edad y/o grado de madurez suficiente, que por su situación de vulnerabilidad transitoria o permanente, consideren que necesitan apoyo o un sistema de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, y asistencia en la toma de decisiones, y así promover su autonomía y el ejercicio de sus derechos.

- Pueden ser designados para ejercer la función de apoyo la o las personas mayores de edad, que no tengan restringida su capacidad; un familiar, o red de familiares, allegados, un referente afectivo, un profesional o asesor habitual, trabajador social, u otras personas del entorno de la persona asistida.

- Es requisito primordial la relación de confianza entre la persona asistida y quien o quienes prestarán apoyo.

- Están habilitadas para ejercer la función de apoyo, las personas jurídicas sin fines de lucro, que tenga como finalidad la promoción de la autonomía e inclusión social de personas en situación de vulnerabilidad, o una ONG. Es una opción útil y adecuada que puede favorecer a personas que no tienen en su entorno personas de su confianza que puedan cumplir esta función.

- La formalización del acuerdo puede hacerse mediante dos procedimientos, a elección de la persona interesada, por escritura pública o con intervención judicial a opción de las personas.

- A efectos de acceder a este derecho sin demoras, se debe aplicar en sede judicial un procedimiento simple y ajustado para garantizar el derecho de acceso a la justicia - art. 13 CDPD - que tenga en cuenta las particulares circunstancias de la persona, que permita la designación de un apoyo a quien lo necesite.

- Las guías de las buenas prácticas son un modelo a seguir por los Notariados del mundo, se refieren especialmente a las actitudes y los ajustes razonables, el acceso universal, al lenguaje claro y el sistema de decisiones con apoyo y las salvaguardias, todos conceptos claves que surgen de la CDPD e impactan sobre nuestra función. Son aplicables en base a los deberes funcionales del notario, independientemente de la mayor o menor recepción de las reformas en el

derecho interno de cada país. Dicho modelo convertirá al notario en un agente positivo de la aplicación plena de la CDPD y garante de los derechos fundamentales de todas las personas, en especial, de aquellos en situación de vulnerabilidad.

- El acceso al servicio público notarial es un derecho humano fundamental porque es puerta de acceso al ejercicio de todos los demás derechos, y no debería negarse a ninguna persona, cualquiera sea su situación.

- El notario debe actuar como apoyo institucional que favorezca que los requirentes puedan actuar de acuerdo a su autonomía, a su voluntad y a su autorrealización para elección de su plan de vida.

- Este apoyo institucional del notario, con su escucha activa, con su asesoramiento y consejo, en definitiva debe redundar siempre en favorecer el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad por sí, de acuerdo a su voluntad, deseos y preferencias, a su autonomía y participación personal, tenga o no un sistema de protección judicial, y aunque dicho sistema incluya formas de representación.

- La tendencia global impone importantes reformas para permitir el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, la imposición del lenguaje claro en todo documento legal y la capacitación permanente de los agentes estatales y operadores jurídicos en los nuevos paradigmas de derechos humanos. El notario no puede estar ajeno a estas iniciativas mundiales, por el contrario, debe estar a la vanguardia y receptar y promover las mismas y adecuar su actuación funcional en tal sentido.

- Es necesario aplicar un lenguaje claro a las audiencias previas, al trato dispensado a los requirentes y demás intervinientes y por supuesto a la lectura

para comprensión del documento notarial, y ello se plasma en la Guía de Buenas Prácticas.

- La capacitación permanente es una obligación que está ínsita en el concepto mismo de la función, de profesional altamente capacitado, la capacitación no es voluntaria, viene impuesta por las convenciones internacionales y sus órganos de seguimiento, para acoger los nuevos paradigmas.

- Es necesaria la capacitación de los notarios y la toma de conciencia del rol que les compete como garantes del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana. Estudiar y promover reformas legislativas que sean necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la CDPD: apelar a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos que respondan a la nueva realidad social.

- Corresponde al notario individual y a todas sus organizaciones, nacionales e internacionales la capacitación de todos sus agentes en el nuevo paradigma, y la aplicación con perspectiva de derechos humanos. Capacitarse en forma permanente en la lógica de toma de decisiones con apoyo y búsqueda de las reformas legislativas, y en la realización de acciones concretas adaptadas a la persona en la función creadora del notariado. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables.

- Desde un criterio analógico, otros operadores jurídicos como los notarios, pueden encabezar la tarea de contralor constitucional y convencional, sin violentar el sistema jurídico, simplemente, complementando el concepto de la función notarial que, de alguna manera, ordena que la misma este dirigida a evitar el conflicto o la controversia, a través de la conformación de un título,

instrumento o documento que sea capaz de contener los valores de justicia, fe, seguridad y paz.

4



ACTA DEL PREMIO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

"PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA"

La Comisión Organizadora de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana instituyó por primera vez el PREMIO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA, en homenaje a la PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA, habiendo dictado el reglamento respectivo el que se hizo conocer oportunamente.

En consecuencia, los miembros del Jurado de Premio, integrado por un mínimo de siete miembros, se reunió en la Ciudad de San Juan de Puerto Rico, en la sede del Hotel Sheraton Convention and Casino, a las 8 horas del día de la fecha 22 de octubre de 2021, a saber: La Notaria **Virmarily PACHECO RIVERA**, designada por la Presidenta de la Unión Internacional del Notariado, Not. Dra. Cristina Noemí ARMELLA, quien preside el Jurado por su delegación, actuando como Secretario **Nelson William GONZALEZ ROSARIO**, Vicepresidente de la CAAm, por excusación del Secretario de la UINL, **Not. Maximiliano MOLINA**. Los otros vocales designados son: el Vicepresidente de la UINL para América del Norte, Central y el Caribe, **Not. Dennis MARTÍNEZ COLON**, el Presidente de la CAAm, **Not. Dr. David FIGUEROA MARQUEZ**, el Presidente del Colegio de Notarios de Puerto Rico, **Manuel PEREZ CABALLER** y los Coordinadores Internacionales de los dos temas propuestos, **Not. Luís FERNANDEZ BRAVO FRANCES** (tema 1)- y el **Not. Mario ROMERO VALDIVIESO** (tema 2) - el primero virtualmente. El Secretario de la Comisión Not. GONZALEZ ROSARIO expresa que se han presentado en tiempo hábil dos trabajos a los efectos de discernir el premio en cuestión que se relacionan infra.
Y CONSIDERANDO que

Primero: Podrán optar a las categorías de Premio y de Accésit todos los trabajos de autoría individual o en grupo, originales e inéditos (entendiendo por tales los no publicados

en cualquier forma incluida la publicación en Internet), que desarrollen en su totalidad o en parte los temas de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana, a saber: Tema I:- "El ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual". Y Tema II.- "El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito notarial".

Segundo: Los trabajos recibidos cumplen con la totalidad de los recaudos indicados en el mencionado reglamento con respecto a la extensión, formato, idioma, etc.

Tercero: El premio y el accésit consistirán en un diploma acreditativo y en la publicación en la Revista RIN de la UINL.

Cuarto: La totalidad de los miembros de Jurado los han evaluado y la votación se ha realizado por unanimidad, valorándose especialmente la originalidad y la aplicación práctica de la investigación jurídica, así como la aportación de soluciones novedosas para la solución de la problemática propuesta.

Quinto: El acuerdo del Jurado se hará público en el acto de clausura de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana el 22 de octubre de 2021.

POR TODO ELLO, SE RESUELVE:

I. Conceder el PREMIO estatuido por la Comisión Organizadora de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en la Ciudad de San Juan de Puerto Rico del 20 al 22 de octubre de 2021, a la investigación jurídica "PROFESORA CÁNDIDA ROSA URRUTIA DE BASORA", al trabajo titulado: ***"Capacidad y vulnerabilidad. Principios y propuestas del notariado para el ejercicio pleno de los derechos".***

De los autores: **Sebastián Justo Cosola, Javier Hernán Moreyra, Karina Vanesa Salierno, Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán.**

Conceder el PREMIO ACCESIT a la misma categoría de PREMIO al trabajo titulado: ***"La actuación notarial en el ámbito virtual. Su aplicación en la Plataforma de Actuación Notarial Virtual de la Provincia de Buenos Aires, Argentina".***

De los autores, todos Miembros del Instituto de Documentación Digital del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires: Franco Di Castelnuovo, Pablo Oscar Galleti, María Itatí Longhi, Luis Eugenio Manassero Vilar, Diego Leandro Molina, Carlos Agustín Saenz, Santiago Francisco Oscar Scattolini y Walter César Schmidt.

No siendo para más se cierra la presente acta con la firma de todos sus miembros, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del día de la fecha, consignado al inicio.

5



PONENCIA

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN EL ÁMBITO VIRTUAL

NOT. JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH
VALENCIA. ESPAÑA

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA
SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN EL ÁMBITO VIRTUAL

NOT. JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH. VALENCIA. ESPAÑA

Delegado de la Sección Internacional del Consejo General del Notariado de España en el Consejo de los Notariados de la Unión Europea y en la Unión Internacional del Notariado

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA
SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021



I. RESUMEN EJECUTIVO

En el presente trabajo se va a exponer la visión, desde el notariado español, del estado de la normativa actual en materia de intervención a distancia de escrituras notariales, y todo lo que de ello depende, como las normas nacionales y europeas sobre firma electrónica o el estado actual de las plataformas notariales.

Para el desarrollo, se tomará como base el Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021

II. ESQUEMA

1. Juicio notarial de identidad y de la capacidad o discernimiento de los comparecientes

1.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

1.2. La identificación como una de las funciones principales del notario.

1.3. Situación actual del otorgamiento a distancia en España.

1.3.1. Medidas de flexibilización aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado
1.3.2. La propuesta del Consejo General del Notariado.
1.3.3. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre.
1.3.4. La Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019.
1.3.5. Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo.

1.4. Los notarios ante el reto de la videoconferencia.

1.5. La identificación técnica y la identificación jurídica

1.5.1 Identificación técnica.
1.5.1.1. Documento Nacional de Identidad electrónico.
1.5.1.2. Pasaporte electrónico.
1.5.1.3. Sistemas de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS.
1.5.1.4. Otros certificados de identificación cualificados

1.5.2. Identificación jurídica: Juicio de identificación
1.5.2.1. Fotografía digitalizada.
1.5.2.1.1. Documento Nacional de Identidad.
1.5.2.1.2. Pasaporte electrónico.
1.5.2.1.3. Otros medios de identificación electrónica admitidos Reglamento eIDAS.
1.5.2.2. Biometría.

1.6. Juicio de capacidad.

1.7. La revisión del Reglamento eIDAS.

1.7.1. La identificación electrónica en la revisión del Reglamento eIDAS.
1.7.2. La confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica.

1.8. Identidades digitales sobre blockchain

2. Control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos

2.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

2.2. Plataformas públicas, privadas o mixtas.

2.3. La Sede Electrónica Notarial

3. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial. Consideraciones sobre la localización de las partes, sean ciudadanos o extranjeros

3.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

3.2. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial

4. Firma de la escritura. El soporte documental del instrumento público

4.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

4.2. Normativa y efectos de la firma electrónica.

4.2.1 Normativa aplicable a la firma electrónica.
4.2.2. Efectos de la firma electrónica.
4.2.3. Oponibilidad y valor en juicio.

4.3. El notariado español y la firma electrónica.

4.3.1. RENO.
4.3.2. SIC y SIGNO.
4.3.3. Firma electrónica.
4.3.4. ANCERT.
4.3.5. Algunas actuaciones del notario con firma electrónica.

4.4. Firma electrónica en un documento otorgado a distancia.

4.5. El soporte electrónico de las escrituras notariales.

4.5.1. La normativa notarial y el soporte papel.
4.5.2. La introducción de la posibilidad de soporte electrónico de las escrituras matrices.
4.5.3. Los datos en soporte electrónico de la Notaría no son protocolo.
4.5.4. Ideas sobre la matriz digital

5. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras

5.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

5.2. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras.

6. Circulación segura del documento notarial electrónico en el ámbito nacional e internacional. La apostilla electrónica

6.1. La circulación segura del documento notarial en el ámbito nacional.

6.2. La circulación segura del documento notarial en el ámbito internacional.

6.3. Apostilla electrónica y firma electrónica.

6.3.1. Convenio de La Haya XII de 5 de octubre de 1961.
6.3.2. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999.
6.3.3. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
6.3.4. Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo y Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre.
6.3.5. Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014.
6.3.6. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un marco para una identidad digital europea.
6.3.7. Otras normas europeas que inciden en la materia.
6.3.8. El régimen "hacia adentro" de la Apostilla

III. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN EL ÁMBITO VIRTUAL

1. Juicio notarial de identidad y de la capacidad o discernimiento de los comparecientes

1.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

La cuestión relativa a la identificación de las partes en el ámbito virtual por el notario se recoge en los números 1 y 2 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

1) Cualquier sistema de identificación digital que se utilice, debe coexistir con el juicio directo y personal por parte del notario de la identidad o identificación del compareciente/requirente conforme su legislación de fondo. La ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional.

La constante evolución de la tecnología debe apoyar al notario en su proceso cognitivo de identificación de los comparecientes, con una función complementaria: se puede pensar en el uso de documentos de identidad electrónicos o en el acceso a una base de datos oficial.

En la apreciación de sus datos personales digitalizados o digitales para identificar a su titular, el notario puede recurrir a ellos como un elemento más para formar convicción, pero nunca el único.

2) El notario debe seguir siendo el único responsable de la identificación de las partes, incluso si decide proceder con el apoyo de instrumentos digitales. También debe tener la facultad de elegir los instrumentos que utiliza para confirmar la identificación de las partes, ya sea su conocimiento personal o los medios digitales de identificación en el marco que establezca el legislador competente.

1.2. La identificación como una de las funciones principales del notario.

Una de las funciones principales del notario ha sido siempre dar fe de la identidad de las partes de un instrumento público. No obstante, esa dación de fe ha ido evolucionando y adaptándose a las circunstancias identificativas de cada época.

Por eso, la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado reguló en el artículo 23 el deber del Notario de dar fe del conocimiento de los otorgantes, asegurándose de su identidad, bien de un modo personal y directo o por la intervención de testigos.

Obviamente, en esta primera redacción no se hacía ninguna referencia los documentos de identidad, puesto que lo único que existían eran documentos con una finalidad concreta: cartas de seguridad, pasaportes interiores o salvoconductos, certificados de nacimiento, carnets profesionales o militares, y la cédula personal, si bien no tenían carácter nacional, no se expedían para todos los ciudadanos, no tenían fotografía, en el mejor de los casos contenían una descripcion fisica de su titular, por lo que carecía de eficacia indubitada.

Todos ellos quedaron en segundo plano, cuando no derogados, cuando se puso en marcha la implantación del Documento Nacional de Identidad, creado por Decreto de 2 de marzo de 1944 y expedido por primera vez en Valencia el 20 de Marzo de 1951.

Por eso, fue durante esa época cuando la normativa notarial comenzó a asumir la existencia de documentos que podían servir para identificar a las personas: el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 en el artículo 187 mantenía la fe de conocimiento ("*de ciencia propia o por medio de testigos de conocimiento*", decía) como el medio adecuado de identificación, pero ya recogió la posibilidad de utilizar documentos de identidad para todo aquello que la fe de conocimiento no cubría: edad, estado, profesión y vecindad.

De hecho, lo reconoció antes el Reglamento Notarial que la Ley del Notariado, por lo que la Ley de 18 de diciembre de 1946 tuvo que modificar el artículo 23 para incluir lo que la Exposición de Motivos denominaba "*procedimientos que en el tráfico moderno tienen curso habitual*". Fue entonces cuando se le dio al artículo 23 la redacción que más o menos conocemos hoy, y que mantiene la fe de conocimiento como medio de identificación principal, pero estableciendo como medio supletorio, entre otros, la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.

Consecuentemente, hubo que modificar de nuevo el artículo 187 del Reglamento Notarial, lo que se hizo por artículo 1 del Decreto 2310/1967, de 22 de julio con una remisión directa al artículo 23 de la Ley, con una redacción que ha perdurado hasta hoy.
Después de eso, sin ánimo de ser exhaustivo, y como consecuencia del desarrollo de la firma digital y la identificación electrónica, en España se ha pasado ya por tres normas nacionales, una Directiva y un Reglamento, actualmente en proceso de revisión, el Documento Nacional de Identidad electrónico, que ya va por la versión 4.0, y el Pasaporte electrónico.

Paralelamente, se ha desarrollado el concepto de identidad digital, llevándonos ante un concepto de identidad digital soberana, basándose en tecnologías de registro distribuido con blockchain.

1.3. Situación actual del otorgamiento a distancia en España

En España, hasta hace relativamente poco tiempo, pocas normas se han ocupado de la videoconferencia en el ámbito jurídico. Por ejemplo, la Instrucción SEPBLAC de 12 de febrero de 2016 estableció para todos los sujetos obligados en materia de blanqueo de capitales la posibilidad de identificar mediante videoconferencia con la exhibición del documento de identidad a la webcam.

Nuestra Ley y nuestro Reglamento Notarial siguen con las redacciones dadas a esos preceptos en 1946 y 1967, básicamente porque la prestación de la función notarial no se ha trasladado al ámbito electrónico y no hemos tenido otorgantes a distancia, pero esto probablemente vaya a cambiar en un breve espacio de tiempo, debido a los cuatro siguientes factores, que se han acelerado indudablemente debido a la pandemia global derivada de la COVID-19

1.3.1. Medidas de flexibilización aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado

De conformidad con el artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, durante la vigencia del período de alarma las juntas o asambleas de asociados o de socios y las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las personas jurídicas podrán celebrarse mediante videoconferencia siempre que asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real y con imágenes de los asistentes en remoto. Los notarios podrán ser requeridos para asistir y levantar acta de las sesiones utilizando para ello los sistemas de comunicación a distancia que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial, siempre que el sistema de videoconferencia empleado por la persona jurídica asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real y con imágenes de los asistentes en remoto.

La Disposición Final cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, extiende la medida una vez finalizado el estado de alarma, hasta el 31 de diciembre de 2020. El artículo 3 del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, lo extiende durante todo el año 2021.

La última novedad en este punto la encontramos en la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Le-

gislativo 1/2010, de 2 de julio. Se modifica el artículo 182, antes circunscrito a sociedades anónimas, y ahora con una previsión genérica en estatutos, por tanto para todas las sociedades, exigiendo que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada y que todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión mediante medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o video, complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta.

1.3.2. La propuesta del Consejo General del Notariado.

El Consejo General del Notariado, en el inicio de la pandemia del año 2020, adoptó por unanimidad un acuerdo que permitiría a los notarios la autorización electrónica por videoconferencia, en la Sede Electrónica Notarial, de las pólizas ICO para la financiación de empresas y particulares y otros documentos como testamentos en caso de epidemia, ciertos poderes especiales, revocaciones de poderes (lo que impediría su utilización fraudulenta), y determinados actos societarios. Todo ello permitiría reducir los desplazamientos físicos a las notarías hasta un 40 por ciento. Dicha propuesta está pendiente de desarrollo normativo.

1.3.3. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

La Disposición Final decimoprimera de dicha norma prevé una regulación integral de la intervención telemática de notarios y registradores: *"El Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo más breve posible, no superior a nueve meses, un proyecto de ley, oídos el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de España, para habilitar la intervención telemática notarial y registral con el objetivo de facilitar la prestación de los servicios notariales y registrales sin necesidad de presencia física".* Dicha norma todavía no ha sido objeto de presentación ni, por tanto, de aprobación.

1.3.4. La Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019.

Pese a todo lo anterior, el detonante para el establecimiento de un sistema de videoconferencia notarial posiblemente haya sido, o vaya a ser, la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades que, según el artículo 2 debería estar incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a más tardar el 1 de agosto de 2021, con posibilidad de prórroga por un año más siempre que medie causa justificada, cuyo artículo 13 octies 1 dice que *"los Estados miembros se asegurarán de que la constitución en línea de sociedades pueda llevarse a cabo íntegramente en línea sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad".*

En ese sentido, el artículo 1.4 fija la definición de *"constitución"* como *"todo el proceso de fundación de una sociedad con arreglo al Derecho nacional, incluidos el otorgamiento de la escritura de constitución y todas las fases necesarias para la inscripción de la sociedad en el registro".*

Es congruente con lo dispuesto en el Considerando 19, que admite el necesario respeto a las tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades, y con el Considerando 20 cuando dice que, con objeto de *"ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales"*, deben incluirse controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas, que *"pueden formar parte del control de la legalidad que exigen algunos Estados miembros"*.

Según estos textos, la escritura de constitución sigue siendo la parte central del procedimiento constitutivo. Dicho de otro modo, la Directiva lo que hace es eliminar la presencia física del socio ante el único funcionario ante el que el socio ha comparecido tradicionalmente, que no es otro que el Notario.

Esta reflexión no solo es la hemos hecho los notarios españoles, sino que también la han hecho la mayoría de notariados europeos con competencias en la materia, siendo interesante ver en qué punto se encuentra la transposición de la Directiva en ellos.

Tomando la recapitulación que hace LUCINI en su artículo *"Transposición de la Directiva societaria digital: Alemania da el primer paso"* publicado en el número de marzo-abril de la revista El Notario del Siglo XXI, podemos concluir que la mayoría (en número) de estados miembros de la Unión Europea carecen de un sistema de seguridad jurídica preventiva en materia de derecho societario con fuerte presencia notarial, debido a la importante influencia que ha tenido el Reino Unido tanto en relación al ingreso de los países del Este de Europa en la Unión Europea como a la asunción por parte de las Instituciones europeas de algunos de los principios jurídicos de derecho anglosajón, como precisamente ocurrió en materia de derecho societario con el informe de marzo de 2016 que sirvió de pistoletazo de salida de la Directiva actual, llamado *"ICLEG Report on digitalisation"* y el documento de análisis de su ponente, ambos de claro matiz anglosajón.

Pese a ello, es cierto que ser más países en número no implica ser más en población y en importancia estratégica y económica, puesto que más del 65% de la población y del PIB de la Unión Europea, siguen un sistema de seguridad jurídica preventiva no anglosajonizado.

En Italia, la la Ley de 22 de abril de 2021 establece una delegación legislativa en el Gobierno para la transposición de varias directivas europeas, centrándose en la que nos ocupa el artículo 29. Esta norma obliga al legislador italiano a realizar la transposición respetando las siguientes bases: que la constitución online se reserve, al menos de momento, a sociedades de responsabilidad limitada con capital desembolsado mediante aportaciones en metálico y reconociendo expresamente el requisito de la escritura pública autorizada mediante el uso de una plataforma que permita videoconferencia y firma electrónica cualificada.

En Austria, la Ley de desregulación en materia mercantil amenazó la competencia del notariado austríaco, que intentó volver a ponerse en el mercado societario presentando un proyecto para competir con la constitución de sociedades mediante identificación bancaria. Ese proyecto se basaba en la idea de crear una especie de sala virtual de acceso restringido al que solo pueden acceder los

futuros socios. Una vez los socios ya han acordado los términos estatutarios, todos deben *"comparecer"* ante el Notario, ya sea personalmente o por videoconferencia. Una vez firmada electrónicamente, el contenido de la sala virtual se cierra, se encripta y se destruye, guardando una copia el notario para posibles necesidades judiciales de acceso al contenido con posterioridad. Ese sistema, que ha pasado por diferentes grados de complejidad, especialmente en materia de identificación electrónica, ha sido la base del que tienen preparado para la constitución de sociedades en línea, que finalmente se introdujo en la Sección 69b en la Ley de Notarios de Austria en enero de 2019, habilitando la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante el uso de un medio de comunicación electrónico.

En Alemania, el Ministerio de Justicia presentó a finales de 2020 su proyecto de transposición, que con algunas modificaciones entró en febrero de 2021 en tramitación parlamentaria, siendo aprobada en verano de 2021, entrando en vigor el 1 de agosto de 2022, ya que Alemania, pese a ser el país con la transposición más avanzada, sí ha pedido expresamente la prórroga. La normativa alemana reserva el procedimiento electrónico a la sociedad limitada constituida con aportación dineraria. El proyecto no parte de una gran modificación en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, sino de la regulación del procedimiento notarial de constitución telemática que se recoge en los recién introducidos artículos 16a a 16e de la Ley del Notariado alemana, que suponen un apoyo expreso al sistema telemático controlado notarialmente por la Bundesnotarkammer, que será el único medio válido a estos efectos.

1.3.5. Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo.

Quizás podamos hacernos una idea de por dónde puede ir una futura regulación si analizamos la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados aprobada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Recordemos que esta norma desarrolla tanto el Reglamento eIDAS como la Ley de Servicios de Confianza para permitir la expedición de certificados de identificación cualificados sin presencia física del interesado, lo que hasta ahora se realizaba bien presencialmente bien mediante legitimación de firma notarial (que, por otro lado, se mantiene).

De manera congruente con lo expuesto, esta norma exige que el documento de identidad del solicitante incluya fotografía. Recuerda en este punto el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de abril de 2021 que podría utilizarse la identificación de la aplicación "DNI en el móvil" de la que hemos hablado antes.

El proceso se interrumpirá o no se considerará válido cuando concurra, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:

Existan indicios de coacción o intimidación, de falta de validez del documento de identificación o de falta de correspondencia entre el titular del documento y el solicitante. La calidad de la imagen o el sonido impidan o dificulten verificar la autenticidad e integridad del documento de identificación y la correspondencia entre el titular del documento y el solicitante.

Existan indicios de uso de archivos pregrabados, de que la transmisión de vídeo no se ha realizado en tiempo real o de que el proceso no se ha realizado en unidad de acto.

Cualquier otra en la que exista una duda razonable sobre la seguridad del proceso de identificación que se está realizando.

Se deberá comprobar la introducción de un código único, aleatorio e impredecible y de un solo uso generado al efecto y remitido al solicitante.

Se exigirán interacciones y actuaciones físicas con el solicitante.

1.4. Los notarios ante el reto de la videoconferencia

Para un colectivo como el notarial, que ha tenido siempre como base el trato directo e inmediato con el usuario, la implantación del otorgamiento a distancia mediante videopresencia es un reto si cabe aún mayor que el que afrontamos en su momento con la firma electrónica.

No obstante, hay veces que los nuevos problemas se pueden resolver con viejas soluciones, y en este caso no hay otra que acudir a la definición básica de *"comparecencia"* como *"presentarse o acudir a un lugar, generalmente ante otro"*.

Esta acción de comparecer hasta ahora era aplicada para la aparición física de una persona en un lugar y en un momento determinado, ante otra persona que también se encontraba, al mismo tiempo, en el mismo lugar. Por tanto, la comparecencia era necesariamente física e inmediata pero lo cierto es que nada obsta, con la misma definición, a que la comparecencia siga siendo física pero mediata, esto es: que se realice por medios audiovisuales de transmisión en tiempo real que permitan que los comparecientes estén juntos, aún cuando lo estén en distintos lugares. A la comparecencia clásica la podemos llamar *"comparecencia física inmediata"* y a este nuevo concepto *"comparecencia física mediata"*.

En materia notarial, lo cierto es que la videoconferencia se planteó inicialmente, al menos en derecho comparado, como una herramienta para conectar en tiempo real dos notarios distintos, por ejemplo el del comprador con el del vendedor, como ocurre en Francia, y evitar acudir a la utilización de poderes o de ratificaciones. Esta solución en nuestro país no es implantable, puesto que no cabe que un mismo documento público esté autorizado por dos notarios distintos. Por ello, siempre que hablamos en España de videoconferencia notarial, hablamos de la que se puede realizar ante un único notario.

1.5. La identificación técnica y la identificación jurídica

En toda comparecencia física, al notario se le exhibe un documento que produce efectos identificadores (lo que podríamos llamar identificación técnica), el notario da fe de que la persona que se presenta ante él es quien aparece en el documento (el tradicional juicio de identidad), que es capaz (el también tradicional juicio de capacidad) y que firma el documento (como expresión de consentimiento).

Si el control notarial preventivo es realizado sin presencia física, utilizando sistemas de videocomparecencia, el otorgante estará provisto de un documento de identidad electrónico, que no se exhibe al notario sino que es

electrónicamente comprobado (identificación técnica), y el notario da fe de que la persona al otro lado de la cámara es quien consta en el documento electrónico (juicio de identidad), que es capaz (juicio de capacidad) y que firma el documento (como expresión de consentimiento).

En consecuencia, podemos distinguir las cuatro fases siguientes: primera, identificación técnica utilizando medios de identificación electrónicos; segunda, juicio de identificación del notario utilizando sistemas de conexión audiovisuales en tiempo real; tercera, juicio de capacidad por esos mismos medios y cuarta, firma utilizando sistemas de firma electrónica.

Vamos a tratar en este primer epígrafe de la exposición los tres primeros, que son los relativos a la identificación técnica, identificación jurídica y al juicio de capacidad, dejando la firma electrónica para el epígrafe correspondiente.

1.5.1 Identificación técnica.

Este primer proceso supone que el interesado presente un documento que será electrónicamente comprobado mediante un proceso automatizado con dos momentos o actuaciones: quien quiere identificarse (emisor) remite electrónicamente los datos de identidad (identificación) y quien quiere utilizar esos datos (receptor) comprueba que dichos datos son correctos (autenticación). Realizadas ambas actuaciones, que son unidireccionales e íntegramente electrónicas y están definidas en el artículo 3.1 del Reglamento 910/2014 de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza (en adelante, Reglamento eIDAS), queda acreditada la identidad del emisor.

Para poder realizar el procedimiento anterior, se deben emplear unos medios también electrónicos que permitan emitir y recibir los datos de identificación, y a los que el Estado reconozca eficacia identificadora.

Esos medios, en la Unión Europea están reconocidos y definidos también en el Reglamento eIDAS, concretamente en el artículo 3.2 al que se remiten otras importantes normas europeas, como el artículo 1.4 de la Directiva 2019/1151, que en el nuevo artículo 13 bis define medio de identificación electrónica en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento eIDAS, como una unidad material y/o inmaterial que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea.

Es importante destacar, que la propuesta de revisión del Reglamento eIDAS modifica la definición del artículo 3.2, de manera congruente con su objeto, para referirse a ellos ahora como una unidad material y/o inmaterial, incluyendo las Wallets de Identidad Digital Europea o las cartas de identidad reconocidas en el Reglamento 2019/1157 que contiene los datos de identificacion de una persona y que se utiliza para la autenticacion en servicios en linea y fuera de línea.

Sistema de identificación electrónica se define en el sentido del artículo 3.4 del Reglamento eIDAS, como un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas o a una persona física que representa a una

1.5.1.1. Documento Nacional de Identidad electrónico.

El medio de identificación admitido para los españoles en el ámbito electrónico es, como no puede ser de otra manera, el Documento Nacional de Identidad electrónico. Así lo reconoce expresamente la Disposición adicional tercera de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, cuando dice que permite acreditar electrónicamente la identidad personal de su titular, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, y que todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán su eficacia para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo.

La versión 3.0 del Documento Nacional de Identidad electrónico está provisto de tecnología NFC (Near Field Communication), de modo que permite mantener la compatibilidad con los lectores de tarjetas. Las ventajas son que tanto la identificación como la firma electrónica se pueden realizar sin lector de tarjetas, y que el primero de los dos ya no necesita PIN.

El DNI 4.0 es la próxima versión del Documento Nacional de Identidad español. Una evolución tras el DNI 3.0, que incorporaba un chip NFC que permitía el uso del certificado de identificación del Documento Nacional de Identidad electrónico sin necesidad de dispositivo físico, se aproxima la llegada del carnet que se podrá llevar en el teléfono móvil, de modo similar a la iniciativa de la Dirección General de Tráfico que permite que los conductores puedan llevar el carnet integrado en la aplicación miDGT, eliminando la necesidad de portar el original físicamente.

La entrada en vigor de este nuevo Documento Nacional de Identidad (también llamado*"DNI Europeo")* se produce para cumplir con el Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019 sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación. De acuerdo con el artículo 3.1 debe tenerse en cuenta las especificaciones del documento 9303 de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) que garantizan la interoperabilidad global, tanto para la legibilidad mecánica como para su inspección visual.

El nuevo modelo de Documento Nacional de Identidad, el DNI 4.0 se enmarca dentro del Programa de Identidad Digital DNIE de la Policía Nacional, mantiene la ya conocida tarjeta con microchip que incluye, en cumplimiento del artículo 3.5 del Reglamento, un medio de almacenamiento de alta seguridad que contiene una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares en formatos digitales interoperables (excepto para los menores de 12 años y las personas a las que sea físicamente imposible tomar las impresiones dactilares), sin perjuicio de además mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica.

Pese a contener las huellas dactilares, como es lógico, su acceso únicamente se realizará de manera controlada. En ese sentido el artículo 11.6 del Reglamento dice que los datos biométricos almacenados solo se utilizarán de conformidad con la legislación nacional y de la Unión, por parte de personal debidamente autorizado a fin de verificar la autenticidad del documento y la identidad del titular mediante características comparables accesibles directamente, cuando las leyes exijan la presentación del documento de identidad o del documento de residencia. Por ello, el artículo 17 dice que los Estados miembros mantendrán y comunicarán anualmente a la Comisión una lista de autoridades competentes con acceso a los datos biométricos, que la Comisión publicará.

No obstante, va un paso más allá, puesto que se añade el desarrollo de una aplicación para dispositivos Android e iOS, prevista para este año 2021, llamada "DNIe en el móvil" que permitirá utilizar los dispositivos móviles como soporte de identificación con la misma validez que la tarjeta física
persona jurídica.

1.5.1.2. Pasaporte electrónico.

En relación a los españoles no residentes, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo añade que el pasaporte español (...) acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes. Por tanto, un español no residente podrá utilizar para identificarse tanto el Documento Nacional de Identidad como el Pasaporte electrónicos, pero para la firma de documentos únicamente podrá utilizar el primero, porque el segundo carece de ella.

1.5.1.3. Sistemas de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS.

En cuanto a los extranjeros, y ante la diversidad de medios de identificación electrónicos que existen en los Estados miembros, con objeto de que estos sean conocidos y seguros, el todavía vigente sistema del Reglamento eIDAS regula las condiciones de su reconocimiento mutuo, incluyendo los medios admitidos en una lista actualizada regularmente, siendo su última versión la derivada del documento 2020/C 276/02 de 21 de agosto de 2020).

Así se reconoce también en la Directiva 2019/1151, cuyo Considerando 10 dice que los Estados miembros deben garantizar un nivel de confianza elevado en situaciones transfronterizas, por lo que solo deben reconocerse los medios de identificación electrónica que sean conformes con el artículo 6 del Reglamento 910/2014, eliminando la mención que se hacía en la Propuesta inicial de "otros medios de identificación, como una copia escaneada de un pasaporte".

Concretamente, el artículo 6 del Reglamento eIDAS establece el principio de reconocimiento mutuo de identificación electrónica entre Estados miembros, admitiendo

que, cuando se exija ésta para el acceso a un servicio en línea prestado por una administración pública, será válido el expedido en otro Estado miembro, siempre que haya sido expedido en virtud de un sistema incluido en la lista publicada por la Comisión, que el nivel de seguridad se corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al requerido por el organismo del sector público para acceder a dicho servicio en línea en el primer Estado miembro (siempre que el nivel de seguridad corresponda a un nivel de seguridad sustancial o alto) y que el organismo público en cuestión utilice un nivel de seguridad sustancial o alto en relación con el acceso a ese servicio en línea.
Los sistemas de identificación pueden tener un nivel de seguridad bajo, sustancial o alto, que dependerá, entre otras cuestiones, del grado de seguridad que se puede dar a la identificación de la persona a la que se ha expedido el certificado de identificación:

Para cumplir con el nivel Bajo solamente es necesario que se pueda suponer que la persona está en posesión de pruebas de su identidad reconocidas por el Estado.

Para cumplir con el nivel Sustancial, se debe verificar que la persona está en posesión de pruebas de su identidad reconocidas por el Estado.

Para que pueda reconocerse que el nivel Alto, además se debe haber verificado que la persona está en posesión de pruebas de identificación fotográficas o biométricas.

1.5.1.4. Otros certificados de identificación cualificados.

Podría plantearse además la posibilidad de extrapolar al ámbito notarial la aplicación de los medios de identificación electrónica ante las Administraciones Públicas que reconoce el artículo 9.2. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: Sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma y de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la ''Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación''.

Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema, que las Administraciones consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad.

El notario deberá dejar constancia del medio de identificación electrónica empleado, no siendo estrictamente necesario, aunque sí puede ser altamente recomendable, que se incorpore a la escritura un resumen de las funciones electrónicas que se hayan realizado para comprobar la existencia y validez del certificado de identificación, y de que la autenticación realizada ha dado un resultado positivo.

1.5.2. Identificación jurídica: Juicio de identificación.

Ese esquema identificación-autenticación está recogido en el Reglamento eIDAS exclusivamente para el acceso por parte de los ciudadanos a los servicios que presta en línea un Estado, sin que in-

tervenga físicamente ningún funcionario y por tanto en que no hay necesidad de emitir juicios de identidad o de capacidad.

Cuando son necesarios esos juicios, a la actuación estrictamente técnica se superpone cumulativamente una actuación estrictamente jurídica, en virtud de la cual el funcionario, bajo su responsabilidad, emite una valoración sobre la identidad de la persona y sobre su capacidad.

Esta cuestión está explícitamente reconocida en el propio Reglamento eIDAS, que dice que su normativa no afecta a las normas relativas a la celebración y validez de los contratos.

También es destacable el Considerando 22 de la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 cuando dice que *"los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades (...) comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real".*

En esta norma, como excepción, se admite la exigiencia de presencia física ante autoridad o persona u organismo habilitado, según el Considerando 21, *"cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad"*, si bien teniendo en cuenta que *"no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso"* y además únicamente en los casos de sospecha basada en información de que dispongan las autoridades o personas u organismos habilitados.

Esta reflexión la traslada al cuerpo normativo el nuevo artículo 13 ter 4, añadiendo que *"los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea"*. En el mismo sentido el artículo 13 octies 8 por garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad.

Por tanto, el juicio de identificación del notario implicará: que se ha realizado la identificación técnica, en su doble vertiente (identificación-autenticación) y se ha practicado un juicio de correlación de los datos contenidos en el documento electrónico presentado con el sujeto que comparece ante él, mediante el cotejo de dos elementos esenciales: la fotografía y la firma manuscrita que aparecen en dicho documento, cumpliendo con las exigencias de la normativa notarial.

Entonces, para que el notario pueda cumplir con dicha obligación, se requiere que se cumplan cumulativamente dos circunstancias: primera, que el documento presentado para la identificación contenga fotografía y ésta coincida con la imagen física del sujeto que comparece ante él. Segunda, el cotejo de la firma, que será la segunda fase a la que luego nos referiremos.

En consecuencia, el único modo posible de operar el control notarial preventivo en la actuación a distancia, es mediante la utilización de medios de transmisión de audio y video en tiempo real que

permitan trasponer el concepto de presencia inmediata física (la del compareciente en el despacho notarial físicamente) a la presencia mediata física (la del compareciente en el despacho notarial telemáticamente).

1.5.2.1. Fotografía digitalizada.

Para ello, será absolutamente necesario que el notario compruebe que el sujeto que está al otro lado de la cámara es efectivamente el titular del documento electrónico de identificación cuyos datos se han remitido para la identificación técnica que hemos expuesto antes.

Esto puede conseguirse por dos vías: primera, con la obtención de una imagen auténtica del Documento de Identidad del otorgante que incluya su fotografía digitalizada, que pueda ser exhibido en pantalla; y segunda, con la lectura directa de la fotografía digitalizada del medio de identificación electrónico empleado.

La primera de ellas únicamente brindará las adecuadas garantías en los supuestos en que la imagen proyectada en pantalla no haya sido suministrada por el propio sujeto que va a ser identificado, sino que provenga de una fuente auténtica e incontestable, como puede ser la base de datos oficial de los Documentos de Identidad a la que acceda el notario en el momento del otorgamiento, o la obtenida por otro notario bajo su responsabilidad, como puede ser la obtenida en España al acreditar presencialmente la primera vez al usuario en el Portal Notarial del Ciudadano (que no es remitida por el interesado, sino que es escaneada y subida a la plataforma por un Notario).

Centrándonos en la segunda de ellas, podríamos afirmar que el nivel de seguridad exigible para los documentos de identificación electrónicos debe ser alto, porque así tenemos la mayor certeza posible de que el certificado de identificación se ha expedido a la persona correcta. Eso implica que dichos documentos necesariamente deban incluir fotografía digitalizada del sujeto que permita al notario su cotejo con la persona que tiene frente a él, apareciendo dicha fotografía en la pantalla al lado de la ventana de videoconferencia del respectivo otorgante, permitiendo el cotejo por el notario de la imagen digitalizada con la emitida por videoconferencia.

En consecuencia, debemos analizar si los documentos de identificación electrónica presentan o no fotografía digitalizada:

1.5.2.1.1. Documento Nacional de Identidad.

El artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 fija el contenido de datos del Documento Nacional de Identidad electrónico, siendo necesario que contenga, entre otras, las imágenes digitalizadas de la fotografía y de la firma manuscrita y la plantilla de la impresión dactilar.



El nuevo Documento Nacional de Identidad 4.0 mantiene la ya conocida tarjeta con microchip que incluye, en cumplimiento del artículo 3.5 del Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019, un medio de almacenamiento de alta seguridad que contiene una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares (excepto para los menores de 12 años y las personas a las que sea físicamente imposible tomar las impresiones dactilares), sin perjuicio de además mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica.

1.5.2.1.2. Pasaporte electrónico.

En sentido similar (pero no idéntico), el artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características dice que el pasaporte llevará incorporado un chip electrónico con, entre otras, la imagen digitalizada de la fotografía, impresiones dactilares pero no la imagen digitalizada de la firma.

1.5.2.1.3. Otros medios de identificación electrónica admitidos Reglamento eIDAS.

Los medios de identificación amparados por el Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019 (en el que se basa nuestro DNI 4.0) sí incorporan fotografía del titular.

Para el resto de medios de identidad electrónicos notificados a la Unión Europea de acuerdo con el Reglamento eIDAS, deberemos estar a los datos que cada uno de ellos establezca según su normativa interna para comprobar si se incluye o no fotografía, lo cual probablemente nos lleve a la admisión exclusivamente de los que tienen un sistema de seguridad alto, como el español, en los términos que vimos.

1.5.2.2. Biometría.

Debemos tener en cuenta que el artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 dice que el Documento Nacional de Identidad debe contener la plantilla de la impresión dactilar. En el mismo sentido el artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio por el que se regula la expedición del pasaporte.

En consecuencia, tanto el DNI 3.0 como el 4.0 y el pasaporte electrónico también permiten realizar una identificacion biometrica del titular mediante huella dactilar, si bien esta funcion solo estara disponible en puntos de acceso controlados.

En ese sentido el artículo 11.6 del Reglamento eIDAS, si cristaliza la reforma en marcha que a continuación comentaremos, dice que los datos biométricos almacenados solo se utilizarán por parte de personal debidamente autorizado a fin de verificar la autenticidad del documento y la identidad del titular mediante características comparables accesibles directamente

1.6. Juicio de capacidad

La cuestión relativa a la capacidad de las partes por el notario se recoge en el párrafo primero del número 1 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, cuando dice que "la ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional".

No cabe pensar que existe una presunción general de capacidad absoluta y eterna de todos los titulares de identificaciones electrónicas. Por no poder presuponerse, no puede presuponerse ni que estén efectivamente vivos en el momento de firmar, si se ha cedido las claves a un tercero o se ha accedido a éstas de manera irregular ¿Cómo sabemos que quien se identifica electrónicamente, aún siendo el mismo, está capaz y entiende los efectos del acto concreto? Del mismo modo, si la capacidad depende de la ley personal de la persona identificada, y no del lugar donde el procedimiento vaya a efectuarse. ¿Cómo se puede controlar este aspecto?

El único modo posible, en la actuación a distancia, es mediante la utilización de medios de transmisión de audio y video en tiempo real que permitan trasponer el concepto de presencia inmediata física (la del compareciente en el despacho notarial físicamente) a la presencia mediata física (la del compareciente en el despacho notarial telemáticamente).

En consecuencia, lo tratado en el punto anterior es extensible al supuesto del control de la capacidad de la persona, puesto que la normativa establece la posibilidad de control adicional tanto para la identidad como para la capacidad. De nuevo, la única forma de poder realizar a distancia este juicio de capacidad, es con videoconferencia.

1.7. La revisión del Reglamento eIDAS

Nos hemos referido en múltiples ocasiones al fundamental Reglamento eIDAS que es del año 2014. La Comunicación de la Comisión Europea de 29 de enero de 2020 en materia de nuevas tecnologías, bajo el nombre de "Una Europa adaptada a la Era Digital", entre las iniciativas, incluyó la revisión del Reglamento, sobre el que se publicó una Evaluación de Impacto Inicial y una Consulta Pública que finalizó el 2 de octubre de 2020, resultando finalmente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un marco para una identidad digital europea es la COM (2021) 281 final - 2021/0136 (COD) de 3 de junio de 2021, que se enmarca en la política de Mercado Interior / Europe fit for a digital age / Shaping Europe's Digital Future.

Se justifica la necesidad de una revisión con la afirmación de que sólo 15 de los 27 Estados (el 50% aproximadamente de la población) ofrece identificación digital transfronteriza a sus ciudadanos, por lo que los ciudadanos deben acudir a otras vías de identificación que "están desconectadas de una verificación física de la identidad, lo que hace que amenazas de fraude (como el robo de identidad) y de ciberseguridad sean más difíciles de mitigar", como identificarse mediante Google, Facebook u otras grandes compañías, de ahí que se promueva una Identidad Digital Europea que permita la identificación electrónica segura para ciudadanos y empresas.

Por eso, el objetivo fundamental de la revisión del Reglamento eIDAS es precisamente la identificación electrónica de los ciudadanos europeos. En ese sentido el artículo 1 se modifica para añadir dentro del objeto del Reglamento

una de sus dos modificaciones básicas: establecer las condiciones para la emisión de wallets de identidad digital europeas por parte de los Estados miembros (también reconocidas en la modificación del artículo 2.1).

El esquema de de identificación electrónica se divide ahora en tres secciones: la primera tiene como título "Identificación electrónica", e incluye la derogación del reconocimiento mutuo del artículo 6, dividiéndose ahora en los artículo 6a-6d que regulan los wallets de identidad digital europea. La segunda tiene como título "Sistemas de identificación electrónica", e incluye los artículos 7 a 12a. La tercera tiene como título "Confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica", e incluye el artículo 12b y el 12c.

1.7.1. La identificación electrónica en la revisión del Reglamento eIDAS

Uno de los objetivos principales está definido en el Considerando 7: establecer un marco para las wallets de identidad digital europeas que deben emitir los Estados miembros, con objeto de que todos los ciudadanos puedan compartir los datos relacionados con su identidad de una manera segura, cómoda, fácil y bajo su control exclusivo.

Lo primero que hace la reforma es establecer la correspondiente definición en el artículo 3.42, al decir que Wallet europeo de identidad digital es un producto y servicio que permite al usuario almacenar datos de identidad, credenciales y atributos vinculados a su identidad, proporcionárselos a las partes de confianza que lo soliciten y utilizarlos para la autenticación, en línea y fuera de línea, para un servicio de conformidad con el artículo 6 bis; y crear sellos y firmas electrónicas cualificadas.

El artículo 6a.1 obliga a cada Estado miembro a emitir (gratuitamente para personas físicas, según el artículo 6a.6) un Wallet de identidad digital europea (con nivel de seguridad alto -high- según el artículo 6a.4 y el 6a.6) dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento, siendo la emisión realizada, de acuerdo con el artículo 6a.2 por el propio Estado miembro, por mandato o por reconocimiento de éste.

El artículo 6a.3 dice que deben permitir al usuario gestionar tanto los datos de identificación como los atributos, en línea y fuera de línea, tanto para servicios públicos como privados, además de firmar mediante firma electrónica cualificada. De hecho, conforme al artículo 6a.7, el usuario debe tener control total y además debe ser accesible para las personas con discapacidad según el artículo 6a.10.

En ese sentido, esas wallets de identidad digital, según el Considerando 9, deben permitir a los usuarios identificarse y autenticarse electrónicamente en línea y fuera de línea (mediante códigos QR o tecnologías similares) para acceder a servicios públicos y privados (por ejemplo, según el Considerando 28, transporte, energía, servicios bancarios y financieros, seguridad social, salud, agua potable, servicios postales, infraestructura digital, educación o telecomunicaciones). También debe permitir utilizar firmas y sellos electrónicos cualificados que se acepten en toda la UE.

El artículo 6.c, como explica el Considerando 10, delega la conformidad de dichas wallets digitales a los organismos acreditados del sector público o privado designados por los Estados miembros, mientras que el artículo 6.d regula la publicación por parte de la Comisión de una lista de Wallets de identidad digital europea certificadas. Finalmente, el Considerando 12 alienta a los Estados miembros a establecer sandboxes para probar soluciones innovadoras en un entorno controlado y seguro.

1.7.2. La confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica.

Derogado el sistema de reconocimiento mutuo que reconocía el artículo 6, ahora se ha desarrollado de manera más compleja en los artículos 12b (para los wallets de identidad digital) y 12c (para el resto, con el contenido del anterior artículo 6), bajo las siguientes características:

12b.1. Cuando los Estados miembros exijan una identificación electrónica mediante un medio de identificación electrónica y autenticación de conformidad con la legislación nacional o la práctica administrativa para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público, también aceptarán wallets de identidad digital europeas.

12.b.2. Cuando la legislación nacional o de la Unión exija a las partes privadas que prestan servicios que utilicen una autenticación de usuario sólida para la identificación en línea, o cuando una obligación contractual exija una autenticación de usuario sólida, también aceptarán wallets de identidad digital europeas. De acuerdo con el artículo 3.50, autenticación de usuario sólida es una autenticación basada en el uso de dos o más elementos (conocimiento del usuario, posesión e inherencia), de tal manera que el incumplimiento de uno no compromete la confiabilidad de los demás.

12.c.1 Cuando la legislación nacional o la práctica administrativa requieran identificación electrónica mediante un medio de identificación electrónica y autenticación para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público en un Estado miembro, se reconocerán los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro en el primer Estado miembro a efectos de la autenticación transfronteriza para ese servicio en línea, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) el medio de identificación electrónica se emite con arreglo a un sistema de identificación electrónica incluido en la lista a que se refiere el artículo 9.

b) el nivel de seguridad de los medios de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al nivel de seguridad exigido por el organismo del sector público pertinente para acceder a ese servicio en línea en el Estado miembro de que se trate y, en cualquier caso, no inferior a un nivel de garantía “sustancial".

c) el organismo del sector público pertinente del Estado miembro de que se trate utilice el nivel de garantía "sustancial" o "alto" en relación con el acceso a ese servicio en línea.

1.8. Identidades digitales sobre blockchain

La Comisión Europea está absolutamente convencida de que blockchain es lo que llaman “una tecnología fundacional”, por lo que está invirtiendo una gran cantidad de recursos económicos en su desarrollo y adopción, como ya ha hecho mediante la creación del Observatorio y Foro de Blockchain, la International Association of Trusted Blockchain Applications (INATBA) y la European Blockchain Services Infrastructure (EBSI), en la que ha invertido 4 millones de euros para llevar a blockchain cuatro casos de uso seleccionados (lo que llama notarización e identidad internacional entre ellos). Toda esta actividad deja claro que la Comisión apuesta por blockchain

de manera decidida y está preparando el terreno para una regulación, que podría incluir una regulación de la identidad digital soberana sobre blockchain con efectos jurídicos.

Eso sería importante, puesto que el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre dice que no serán admisibles en ningún caso los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido (blockchain), en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea.

Dice la Exposición de Motivos sobre este punto que las restricciones impuestas a los sistemas de identificaciones y firmas basados en tecnologías de registro distribuido en ningún caso suponen una prohibición general. Simplemente, se restringe puntualmente y de forma meramente provisional su uso mientras no haya un marco regulatorio ad hoc de carácter estatal o europeo.

2. Control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos

2.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia

La cuestión relativa al control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos se recoge en los números 3 a 6 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

3) Debe utilizarse una plataforma informática suministrada por el Estado o aprobada por la institución notarial para la conexión con las partes y la gestión de la sesión a distancia. La plataforma ha de permitir la confidencialidad de los intercambios personales, así como una interacción segura y clara. Debe respetar de manera estricta el secreto profesional y todas las normas de protección de datos personales, en particular lo referido a la transferencia transfronteriza de datos sensibles.

4) En consideración de la función pública que desempeña el notario al extender un instrumento auténtico, la plataforma utilizada debe ser pública y de no ser posible, la utilización de plataformas privadas debe evaluarse con sumo cuidado, en particular en lo que respecta a la seguridad de la transmisión de información sensible y la gestión segura de la conferencia.

5) La plataforma debe, de ser posible, y para garantizar el control de la legalidad y de los datos sensibles, ser administrada o controlada directamente por el notariado o predispuesta expresamente para este fin.

6) Debe otorgarse al notario la facultad de decidir si rechaza la redacción a distancia de la escritura en todo caso de duda. Es fundamental subrayar la importancia de celebrar consultas preliminares y audiencias preliminares virtuales, como así también de analizar los documentos originales virtuales recibidos para la preparación de la escritura y de todos los elementos a disposición del notario.

2.2. Plataformas públicas, privadas o mixtas

Si concluimos que la transmisión audiovisual es esencial para poder desarrollar la intervención notarial en el ámbito virtual, la siguiente cuestión que debemos plantearnos necesariamente es por qué medio tecnológico deben circular los documentos que se intercambien y las comunicaciones que realicen los otorgantes y el notario.

En España, ha sido reciente la discusión jurídica y doctrinal sobre el tipo de plataforma a emplear cuando se trata del ejercicio de la función pública notarial: concretamente con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que no dejaba claro ni calificaba el tipo de plataforma que había que emplear para realizar las comunicaciones entre las entidades de crédito y el notario, que debían remitir de manera segura la documentación precontractual de los créditos y préstamos hipotecarios al notario, y entre éste y los consumidores, que debían recibir una copia electrónica gratuita de la escritura. Concretamente, se debatió sobre tres opciones:

Plataforma pública única y notarial, que todas las entidades de crédito deban necesaria y exclusivamente utilizar, sin existir plataformas privadas. Plataformas privadas, sin que haya plataforma pública única y notarial, sino libertad para el establecimiento de plataformas privadas, de modo que el notario tenga que conectarse a cada plataforma de manera separada.

Mixto, en que no haya plataforma notarial exclusiva, sino libertad para el establecimiento de plataformas privadas de interconexión con la plataforma pública notarial. En este supuesto, la entidad de crédito puede optar por conectarse directamente o a través de una plataforma privada de interconexión (y por tanto el notario conectarse a la plataforma pública exclusivamente), excluyéndose la opción de conectarse directamente con el notario por una plataforma privada sin pasar por la pública.

En el texto inicial de la norma se incluía la mención expresa de que la conexión se realizaría utilizando sistema de plataforma pública única, si bien finalmente se ha eliminado de la versión definitiva de la Ley.

Por ello, se puede afirmar que expresamente no se ha manifestado el legislador sobre qué tipo de conexión quiere establecer, sino que ha establecido la distinción entre lo público y lo privado no en la plataforma (por tanto, no en el medio tecnológico) sino en la concreta actuación que la entidad y el notario realicen. Por tanto, la actuación pública sólo cabe por plataforma pública, pero la actuación privada cabe tanto por plataforma pública como privada. La cuestión por tanto, es cómo deslindar la parte pública y privada de la actuación notarial.

Debemos incluir en la parte pública la recepción de documentación junto con la determinación fehaciente de su fecha y las comunicaciones que debe hacer el notario. Además, si trasponemos este concepto al que nos ocupa, que es la intervención notarial a distancia, obviamente ésta debe quedar también incluida en el ámbito de lo estrictamente público al ser comunicación notarial por un lado, y ejercicio directo de la función notarial por otro. En ese sentido, la Circular del CGN 1/2019 de 24 de mayo, parte de la idea de que las competencias notariales se insertan en el ejercicio de la función pública notarial.

Así se reconoce en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2019 cuando dijo que *"han de emplearse unos medios telemáticos seguros que deben cumplir una serie de requisitos, que se derivan del citado artículo 14 de la Ley 5/2019, así como, en aquello que se refiera a la función pública notarial, de los artículos 107 y siguientes, en particular el artículo 108 in fine, de la Ley 24/2001"* y se consolida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de julio de 2019 cuando exige de que las comunicaciones y mensajes estén *"firmados electronicamente por el notario, y dotados de sello de tiempo y garantia de conservacion"* por lo que *"deben dirigirse a la entidad financiera empleando la red telematica notarial que es de uso obligatorio para el desempeño de la funcion notarial, de acuerdo con los articulos 107 y siguientes de la Ley 24/2001"*.

En el mismo sentido, la Nota del Consejo General del Notariado de 1 de agosto de 2019 dice que todos los mensajes que el notario remita a la entidad financiera en el ejercicio de su funcion publica deben *"dirigirse a la entidad financiera empleando la red telematica notarial que es de uso obligatorio para el desempeno de la funcion notarial, de acuerdo con los articulos 107 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre".*

Esta idea consolidada de que todo aquello que esté directamente relacionado con el ejercicio de la función notarial, especialmente las comunicaciones, debe ser vehiculado a través de una red telemática segura exclusivamente notarial, sirve para defender que la única vía válida de interconectarse con los otorgantes para realizar una videconferencia, ya sea para asesoramiento, ya sea para otorgamiento, es una plataforma notarial pública, en la que se cumplan los siguientes requisitos.

1. Debe permitir el envío y la recepción de documentación por medio telemático seguro, evitando el televaciado de la misma, como luego veremos.

2. El sistema debera permitir al Notario una comprobacion fehaciente de la fecha en que se incorporaron los documentos a la plataforma o en que se enviaron o recibieron las comunicaciones.

3. Debera quedar organizado de modo que el usuario pueda dirigirse a cualquier notario de su libre eleccion, dentro de los que sean competentes. Para el ejercicio de ese derecho, no hay otra ni mejor manera de asegurar en todo momento la conexión con la totalidad de los notarios, que aquella en que los notarios están legalmente obligados a integrarse, que no es otro que el sistema telemático notarial regulado en los artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001. Sirve para ilustrar esta idea, en el ámbito que hemos comentado sobre las plataformas de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2019, al resolver en el número 37 que *"un sistema organizado por el prestamista que no permita de forma efectiva esa elección puede poner bajo la sombra de la sospecha la totalidad de las operaciones que éste formalice",* por lo que es preferible un sistema que acredite ab initio *"la efectiva conexión con todos y cada uno de los notarios de España y garantizar la posibilidad de designación del notario en el momento y lugar que el consumidor elija".*

4. Debe garantizar la protección de datos de carácter personal y que quien accede a la plataforma es efectivamente un funcionario público competente: un notario. Esa es la razón de que se exija que se emplee como requisito de autenticacion para poder acceder al contenido de la aplicacion la identificacion personal del notario mediante su certificado electronico notarial, emitido en España por ANCERT, la empresa tecnológica del Consejo General del Notariado. En este sentido, el ejercicio de función pública notarial implica la utilización por el notario de su firma electrónica cualificada, para lo que está obligado a utilizar, como consecuencia de la Ley 24/2001, la plataforma regulada en ésta.

2.3. La Sede Electrónica Notarial.

El concepto de plataforma es equiparable al de sede electrónica o al de portal. Concretamente, la Sede Electrónica Notarial nace con dos importantísimas normas: la normativa sobre firma electrónica introducida por la Ley 14/1999, de 17 de septiembre y, sobre todo, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que supuso la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

En ese sentido, el embrión de la Sede Electrónica Notarial lo encontramos precisamente en el artículo 107 de la Ley 24/2001, que establece la implantación obligatoria de sistemas telemáticos para notarios y registradores que permitan la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información a otros notarios o registradores, las Administraciones públicas o cualquier órgano jurisdiccional. Dichos sistemas deberán desarrollarse con tecnologías periódicamente actualizadas que garanticen que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información. Tanto el acceso como el uso cotidiano de dichos sistemas se realiza con firma electrónica.

Decimos que es el embrión, porque la definición estricta de sede electrónica, además de ser normativamente posterior, implica una relación electrónica del ciudadano con la Administración. En caso de la notarial, es el propio artículo 110.2 el que lo observa al decir que por dicho medio podrán "remitirse copias simples electrónicas a las entidades y personas interesadas cuando su identidad e interés legítimo le consten al notario", el artículo 110.3 cuando habla del "envío de documentos e informaciones a los particulares con el valor, efectos y requisitos que reglamentariamente se determinen".

En dicha Sede, el año pasado, los notarios españoles remitimos más de 8 millones de copias electrónicas a las Administraciones públicas, firmamos alrededor de 3 millones de envíos al catastro con efectos automáticos en el cambio de titular, unos 2 millones de copias electrónicas a los registros de la propiedad y mercantiles... Es decir, unos 13 millones de trámites electrónicos.

Por tanto, desde 2001 encontramos cobertura normativa explícita a un sistema electrónico de intercomunicación de los notarios con otros funcionarios públicos pero también con potencial expansión a los particulares. Esa expansión a los particulares ha sido desarrollada recientemente en el denominado Portal Notarial del Ciudadano, cara visible y exterior de la Sede Electrónica Notarial.

Habiéndose consolidado esta interconexión, digamos "pública", ahora se pretende dar una respuesta a la parte "privada" de la conexión telemática del notariado que, estando reconocida también en la Ley 24/2001, estaba pendiente de desarrollo, y que ha acelerado, como ya hemos indicado, iniciativas como la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 de digitalización de Derecho de Sociedades y la pandemia de COVID-19 que padecemos.

Actualmente dicho Portal está operativo, y es un nuevo espacio dirigido a ciudadanos y empresas para conectar telemáticamente y llevar a cabo videoconferencias (de momento sólo de asesoramiento), poner a disposición de los usuarios copias electrónicas relativas a cualquier acto jurídico, recibir del ciudadano datos necesarios para poder otorgar ciertas escrituras y atender solicitudes del ciudadano para remitir copias simples electrónicas a entidades financieras con la finalidad de gestionar expedientes de moratoria hipotecaria para supuestos de vulnerabilidad económica.

Como lo define FERNÁNDEZ-BRAVO: es una pasarela de comunicación de los notarios, eficiente, multiplataforma, segura y moderna, con mucho futuro por escribir, orientada a un público que demanda servicios digitales en su vida cotidiana, como voluntaria alternativa a los sistemas de acceso que venimos ofreciendo desde siempre y que deben permanecer porque los notarios prestamos una función pública incluso por encima de la brecha digital.

El acceso como ciudadano es multiplataforma (móvil, tableta, pc, portátil), gratuito para el usuario (sin licencias ni costes adicionales) y seguro, puesto que se accede con con certificado cualificado de identificación.

El usuario puede ser simplemente registrado, en cuyo caso tiene limitadas las funciones que puede realizar, o acreditado (cuando ha procedido al registro con un certificado cualificado o por comparecencia personal ante el notario).

La videoconferencia que incluye el Portal se basa en un sistema propio y cerrado que se aloja en los sistemas centrales de Ancert, programándose solo bajo petición del ciudadano, al menos con cuarenta y ocho horas de anteación, previa aceptación por el notario. El notario mantienen el control de la sesión de videoconferencia en todo momento.

Como recuerda FERNÁNDEZ-BRAVO, La propuesta del notariado español combina los servicios notariales de siempre con las actuales tecnologías de la información y de la comunicación, videoconferencia incluida, sin renunciar a la seguridad de las telecomunicaciones y a la necesaria privacidad de los ciudadanos. Con este nuevo medio el notario tendrá claro quién le requiere por medios electrónicos, pero, y esto tiene al menos la misma importancia, también el ciudadano tendrá la seguridad de que al otro lado de la videoconferencia, el que está es el notario que ha elegido y que las comunicaciones entre los dos permanecen selladas y seguras.

En dicho Portal es donde el notariado quiere reconducir la plataforma para constitución de sociedades telemáticas que exige la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, que está pendiente de transposición. Los pasos serán los siguientes:

1. Registro y acreditación en los términos vistos anteriormente.

2. Envío de solicitud al notario, con elección de las gestiones que se delegan en el Notario, suministro de información personal y elección de notario

3. Resumen y confirmación de los datos, que se remiten al notario, recibiendo el interesado una solicitud de confirmación.

4. Elaboración de la documentación, con asesoramiento por videoconferencia.

5. Otorgamiento a distancia utilizando videoconferencia y firma electrónica.

6. Actuaciones posteriores a la firma y depósito, que son la puesta a disposición del requirente de la copia electrónica de su escritura.

3. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial. Consideraciones sobre la localización de las partes, sean ciudadanos o extranjeros

3.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia

La cuestión relativa a la compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial se recoge en los números 7 y 8 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

7) Hay que considerar atentamente el impacto que la introducción de la escritura "a distancia" puede tener en las normas que rigen la competencia territorial de los notarios, en los casos en que existan. Dado que el ciberespacio no tiene fronteras, se pueden considerar nuevos factores de vinculación para la videoconferencia o para todo otro medio técnico electrónico basados, por ejemplo, en la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato.

Se puede considerar que es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia dentro de un concepto "ampliado": el lugar de ejecución de la escritura notarial es el lugar donde se encuentra la oficina notarial, siempre dentro de los límites territoriales asignados por la ley, a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial.

8) Evaluar la posibilidad, para las escrituras "a distancia", de permitir el acceso a todos los ciudadanos, especialmente a favor de los usuarios que viven en el extranjero, bajo las mismas condiciones que los residentes. La legislación nacional debe determinar en sus normas de derecho internacional privado los factores di vinculación para determinar la validez del acto remoto sometido a su sistema jurídico cuando las partes se encuentran fuera del país.

Además, es importante evaluar la posibilidad de incorporar disposiciones legislativas relativa a los instrumentos tecnológicos nacionales y transfronterizos que permitan la comunicación entre las diferentes plataformas notariales digitales, (por ejemplo, para el uso transfronterizo de los medios de identificación nacionales), para la aceptación de los actos digitales, su circulación y ejecución, y de conocer las diferentes normativas de aceptación y reconocimiento por parte del legislador competente.

En este ámbito, se puede considerar la diferencia entre los actos auténticos digitales que, por su naturaleza o uso, están destinados a la circulación (como los poderes) y los actos auténticos digitales que deben ser extendidos por un notario designado en el Estado en el que se utiliza el acto (por ejemplo, en el ámbito del derecho inmobiliario y de sociedades).

3.2. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial

Actualmente, la competencia territorial del notario español está regulada en el Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

El último párrafo del artículo 3 dice que "*la jurisdicción notarial, fuera de los casos de habilitación, se extiende exclusivamente al Distrito Notarial en que está demarcada la Notaría*". Añade el primer párrafo del artículo 60 que "*el Notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su Notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial, con los derechos y prerrogativas que conceden a tales efectos las Leyes fundamentales tanto de carácter civil como administrativo y penal*". Finalmente, el primer párrafo del artículo 116 dice que "*los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial*", regulando los artículos siguientes las aplicaciones concretas de dicho principio.

Esta normativa de competencia territorial permite la libre elección de notario de los interesados, pudiendo dirigirse a cualquier notario para realizar casi cualquier negocio jurídico, excepto aquellos que, por razones concretas, quedan restringidos a la competencia de un grupo de notarios concretos.

Estas restricciones, que no son regla general, se derivan del turno de reparto de documentos y, normalmente, de la mayor vinculación que un negocio puede tener con un territorio determinado, ya sea porque el notario debe

practicar diligencias ligadas con el territorio (notificaciones o publicaciones) o por facilitar a los posibles involucrados en el procedimiento el ejercicio de sus derechos. Pese a ello, las últimas modificaciones normativas han tendido a ampliar el número de notarios competentes, ampliándolos normalmente a los notarios de distritos colindantes, como ocurrió con los expedientes notariales en materia hipotecaria de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, y también en los expedientes notariales en materia de jurisdicción voluntaria que se regulan en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Pero como es obvio, las reglas de territorialidad aplicables a la presencia física no son extrapolables al ámbito virtual de manera completa, y puede existir la tentación de, utilizando como pretexto la actuación mediante videoconferencia, eliminar o excepcionar de manera amplia los criterios de competencia territorial, lo cual sería un error, pues garantizaría la concentración de firmas y supondría un duro golpe al principio de libre elección de notario. Esa es la idea que plantea el artículo 126 del Reglamento Notarial cuando, al regular la libre elección de notario exceptúa la imposición de una de las partes a la otra de un notario que *"carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio"*.

En consecuencia, lo lógico es mantener esa norma y exigir que exista una conexión razonable con los elementos del negocio jurídico también en los casos de otorgamiento a distancia. La cuestión por tanto se reconduce a dejar el criterio abierto, en sentido amplio, como lo está el del artículo 126 del Reglamento Notarial, o predeterminar la conexión en un texto positivo. El Decálogo antes citado opta por esta segunda opción, mencionando *"la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato"*.

La primera restricción debe venir determinada por la ubicación del notario. Bajo ningún concepto el otorgamiento a distancia debe suponer alteración de las normas de extensión de la fe pública al Distrito Notarial, por lo que el sistema de conexión debe imponer al notario para el otorgamiento a distancia que éste esté físicamente en su despacho, conectado a su plataforma segura utilizando su Red Privada Notarial y su Firma Electrónica Reconocida.

Se debe eliminar expresamente la posibilidad de que el notario no solo no esté físicamente dentro de su ámbito competencial, sino incluso de que esté fuera del territorio nacional. En ese sentido, acierta el Decálogo al decir que *"es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia (...) a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial"*.

Los otros elementos subjetivos del negocio, las partes, sí pueden estar físicamente en cualquier lugar, sin que existan razones que impidan limitarlo al territorio de competencia del notario o al territorio nacional. No creemos que un criterio subjetivo, de ubicación, residencia o nacionalidad, sea procedente, al menos como criterio principal cuando exista un criterio objetivo al que acudir. De no existir, sí podría plantearse como una cláusula de cierre.

Por tanto, nos inclinamos a un criterio objetivo de fijación para cada tipología de negocios jurídicos concretos: por ejemplo, en materia societaria, el notario competente en función del domicilio social; en materia inmobiliaria, el notario competente en función de la ubicación del inmueble; o en materia sucesoria, el notario competente para tramitar la correspondiente declaración de herederos abintestato del causante. En caso de concurrencia de varios criterios objetivos, cualquiera de los notarios competentes se entendería con vinculación suficiente para el otorgamiento.

En caso de no existir ninguno de ellos (por ejemplo, un poder otorgado telemáticamente), sí cabría acudir a atribuir competencia al notario que pueda actuar en el domicilio o residencia del poderdante.

4. Firma de la escritura. El soporte documental del instrumento público

4.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia

La cuestión relativa a la firma electrónica de los comparecientes y el soporte documental del instrumento público se recoge en el número 9 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

9) Debe desarrollarse un sistema que sea fiable pero también fácil de usar para todos. Los países que ya están familiarizados con la redacción de escrituras en soporte electrónico pueden adaptar su sistema con la introducción de una firma electrónica para los usuarios del más alto nivel de seguridad que se encuentre reconocida en el ordenamiento jurídico del notario que expide el documento que también puede ser emitida puntual y directamente por el notario.

En los países en los que aún no se han previsto escrituras en soporte digital, se puede considerar que el documento sea firmado únicamente por el notario, quien, tras haber obtenido expresamente la declaración de consentimiento de las partes, transcribirá sus dichos en el documento notarial.

Se puede plantear un acto con notarios presentes con cada una de las partes, que reciban sus declaraciones, a condición de que todas las legislaciones nacionales implicadas en el negocio jurídico lo permitan expresamente.

También se puede disponer que sea el propio notario quien se encargue de proporcionar la firma digital a las partes que requieran sus servicios.

4.2. Normativa y efectos de la firma electrónica

4.2.1. Normativa aplicable a la firma electrónica

La firma electrónica fue introducida en España en una norma de 1999, que fue derogada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Dicha norma no regulaba un único tipo de firma electrónica, sino que distinguía entre la firma electrónica simple, la avanzada y la reconocida, en función de la mayor seguridad, prueba de autoría y detección de posibles alteraciones, por lo que los efectos de los distintos tipos de firmas serán necesariamente distintos.

De manera casi simultánea a la primera norma española, se aprobó en Europa la Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre de 1999 por la que se estableció un marco común para la firma electrónica. Esta Directiva actualmente está sustituida por el Reglamento 910/2014 de 23 de julio de 2014 (Reglamento eIDAS) relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza, que es la pieza legislativa clave en torno a la cual se está desarrollando la normativa europea.

Actualmente, la regulación se complementa con la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza

4.2.2. Efectos de la firma electrónica

La legislación sobre firma electrónica tiende a equiparar los efectos de la misma a la firma manuscrita cuando ésta es cualificada: el artículo 25 del Reglamento eIDAS y el artículo 1.5 del Real Decreto 1553/2005 de 23, dicen que la firma electrónica realizada a través del Documento Nacional de Identidad tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

Ahora bien, no todas las firmas electrónicas tienen efectos equivalentes, pues solo dicho efecto se puede predicar de las firmas cualificadas. Por tanto, para analizar el valor de la firma electrónica reconocida debemos analizar el concepto de la firma: la firma es la expresión formal de un consentimiento. En consecuencia, la firma no es el consentimiento en sí mismo, sino la proyección externa de éste que hace el sujeto, que como requisito previo, debe tener capacidad suficiente para prestarlo y no estar sometido a ninguno de los vicios que invalidan el consentimiento. Eso ocurre tanto en los documentos con firma electrónica como manuscrita.

La consecuencia directa es que una firma electrónica reconocida en un documento electrónico produce los mismos efectos que la firma manuscrita en un documento en papel: convierte dicho documento en un documento privado, produciendo los efectos típicos de los mismos. En consecuencia, la firma electrónica, por sí misma, no altera la distinción entre documento público o privado, pues la propia normativa sigue admitiendo que los documentos electrónicos seguirán siendo públicos, administrativos o privados, y por supuesto tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza.

Ahora bien, el hecho de que los efectos legales sean los mismos no debe hacernos olvidar que la firma electrónica reconocida o cualificada produce por sí misma un efecto del que la firma manuscrita carece: identificar inequívocamente al firmante. La firma manuscrita requerirá una prueba caligráfica, un reconocimiento del firmante o su no contradicción, mientras que por sus atributos, la electrónica reconocida identifica al firmante, como vimos.

¿Supone esto un cambio en la teoría general de los contratos, atribuyendo la misma fuerza a un documento privado con firma electrónica que a uno público? La respuesta es negativa, por las siguientes razones:

El objeto del nuestra normativa no es propiciar un cambio en la teoría general de los contratos, ya que el texto es claro y explícito en este punto. La normativa incidirá en la identificación de los contratantes, pero no incide ni en los requisitos del contrato (que alguien tiene que controlar que existan sin vicios), ni en las normas relativas a la forma pública ni, como consecuencia de lo anterior, a la inscripción el el Registro de títulos que puedan ser ineficaces por faltar dichos requisitos (que supondría dar publicidad a derechos irregularmente constituidos).

4.2.3. Oponibilidad y valor en juicio

En la normativa española, el documento electrónico será admisible como prueba documental en juicio, y no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida por el mero hecho de ser electrónica. Por tanto, la norma tiende a expandir el ámbito y efectos jurídicos de la firma y del documento electrónico también al ámbito procesal, por el principio de no rechazo de la forma electrónica: el hecho de que una firma sea electrónica no supone que pueda a priori rechazarse como prueba en un procedimiento judicial, del mismo modo que una firma manuscrita en un documento privado no puede rechazarse sin haber previamente valorado si pertenece o no al firmante.

Por tanto, cualquier firma electrónica, del tipo que sea, deberá pasar por un control de idoneidad técnico (pericial) o al menos por el reconocimiento del firmante o su contradicción.

4.3. El notariado español y la firma electrónica

Los notarios han utilizado prácticamente desde su implantación en España la firma electrónica. Para comprender la relación y dependencia del notariado español de la firma electrónica, primero hay que comprender cuál es la infraestructura tecnológica de la que disponemos:

4.3.1. RENO

El Notariado español se ha dotado de una Red Privada Notarial (RENO) que conecta a los aproximadamente 2.800 notarios y a toda la infraestructura corporativa (los 17 colegios notariales y el Consejo General del Notariado) de manera segura y rápida.

Esta red es una VPN (Virtual Private Network), y es una de las redes más grandes de este tipo en España. Permite que toda transmisión de datos se realice con el más alto grado de seguridad y privacidad, pues deja de ser visible ad extra en el mundo de Internet.

De hecho, fue de las pocas redes que no cayó y se mantuvo plenamente operativa durante el ataque del Cryptolocker Wannacry del año 2017.

4.3.2. SIC y SIGNO

Para utilizar todos nuestros aplicativos y a través de esa RENO, los Notarios utilizamos dos entornos: el primero es el Servicio de Intranet del Consejo General del Notariado (SIC). Es una intranet corporativa a la que se accede con nuestra firma electrónica, de acceso restringido al notario, con información de interés notarial, noticias, utilidades, etc.

El segundo es el Sistema Integrado de Gestión del Notariado (SIGNO), que es un entorno de trabajo de cada notario, ubicado en el servidor seguro situado en cada notaría, pero que a la vez está interconectado con el resto de notarios y con los órganos corporativos por la red privada que vimos. Ob-

viamente, también se accede con nuestra firma electrónica y a través de ahí se canalizan todas la actuaciones notariales tecnológicas que luego veremos. A ella tienen acceso tanto el notario como los empleados de notarías, todos ellos según los permisos que previamente haya dado el notario.

4.3.3. Firma electrónica

El eje para el acceso y uso de todos esos servicios, que han ido creciendo con los años, es la Firma Electrónica Reconocida Notarial (FEREN).

Por eso, solemos decir que el Notariado supo aprovechar la primera normativa sobre firma electrónica en España para modernizar su imagen y sus servicios, y que la típica idea de que la firma electrónica puede suplir al Notario y convertirlo en una figura desfasada ha quedado claro que estaba equivocada.

La norma más importante que permitió esa modernización no fue la Ley de Firma Electrónica en sí misma, sino la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyos artículos 106 y siguientes fueron clave para la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva. Su objeto fue regular la atribución y uso de la firma electrónica reconocida por parte de Notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en el ejercicio de sus funciones públicas.

Los Notarios desde prácticamente 2001 (aunque fue durante los años 2005-2006 en los que se consiguió un alto índice de uso), hacemos un uso cotidiano de la Firma Electrónica Reconocida Notarial (FEREN), homologada entre otros por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Ministerio de Industria.

La tenencia y custodia de la firma electrónica es obligatoria para los notarios, e incluye el atributo de notario: el notario recién ingresado, al tomar posesión de su primera notaría, recibe presencialmente la tarjeta criptográfica, en cumplimiento del artículo 108 de la Ley 24/2001, que dice que los Notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, deberán disponer para la adecuada prestación de sus funciones públicas de firma electrónica reconocida, la cual deberán obtener en el momento de toma de posesión de una plaza, custodiar personalmente y no ceder su uso a ninguna otra persona en ningún supuesto. Quizás seamos el colectivo profesional que tiene una mayor dependencia de esta tecnología: Desde la identificación interna como notario al acceder a nuestra Intranet, hasta la identificación externa del notario ante las Administraciones Públicas o Registros.

4.3.4. ANCERT

En nuestro caso, la emisión y mantenimiento de nuestra firma la realiza la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT, nacida en el año 2002), autoridad de certificación cuyo socio único es el Consejo General del Notariado (y por tanto, todos los Notarios).

ANCERT es Prestador de Servicios de Certificación, Cualificado para la emisión de firma electrónica, por lo que también puede emitir certificados de firma electrónica para quien lo solicite. Los certificados se emiten ante el Notario, que es y actúa como autoridad de registro y que realiza todo el proceso.

Se ofrece la posibilidad de obtener Certificados Notariales de Servidor Seguro, Certificados Notariales Personales (que permiten a cualquier persona física dotarse de firma electrónica reconocida), Certificados Notariales Corporativos, Certificados Notariales Personales de Representación Personal y Certificados Notariales Corporativos de Representación.

4.3.5. Algunas actuaciones del notario con firma electrónica.

Sin ánimo de ser exhaustivo, algunas de las actuaciones que, por medio del empleo de la firma electrónica puede realizar el notario son la expedición y remisión de copias electrónicas, que más adelante veremos con más detenimiento y que van ineludiblemente ligadas a la presentación telemática en los Registros Públicos, y la colaboración con las Administraciones Públicas, entre las que encontramos, sin ser exhaustivo, la posibilidad de:

Presentar y liquidar impuestos como el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, el Impuesto so-]bre Bienes Inmuebles e incluso el Impuesto Sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

Comunicar con el Catastro y Servicio de Tramitación Inmobiliaria, de modo que el notariado pueda coordinar la realidad catastral con la realidad de las escrituras públicas. Los Notarios colaboran intensamente con el Catastro, lo que implica por una parte la posibilidad de acceso a la Oficina Virtual del Catastro mediante la firma electrónica reconocida notarial para obtener información catastral actualizada. Pero por otra parte también implica una obligación general de colaborar, y que el Notario, al otorgar la escritura pública, comunique al Catastro cambios de titularidad o ciertas alteraciones catastrales, en el plazo de 5 días desde el otorgamiento de la escritura.

Obtener Certificados de Últimas Voluntades o de Seguros de Vida. Su función es saber si existe algún seguro de vida del fallecido, cuántos testamentos, dónde se han autorizado y cuál es el último y por tanto, el válido para abrir la sucesión. Una simple solicitud y se recibe la información directamente.

Remitir partes testamentarios y de declaraciones de herederos. Para ello los Notarios cumplimos con nuestra obligación de informar al Registro General de Actos de Última Voluntad de todos los testamentos que se firman.

4.4. Firma electrónica en un documento otorgado a distancia

En el esquema que introdujimos al inicio de la presente, superada la identificación electrónica y la autenticación, como parte técnica, y el juicio de identidad y de capacidad como parte jurídica, en los supuestos en los que deba emitirse una declaración de voluntad, como es el que nos ocupa, el sujeto que se ha identificado debe proceder a firmar el documento, con su firma electrónica.

Es indudable que para actos de trascendencia jurídica relevantes, la identificación y la capacidad de la persona es tan importante como el hecho de que la declaración de voluntad que se acepta con la firma se pueda predicar de quien realmente ha querido realizarla, para evitar el riesgo de que el firmante no sea realmente el emisor de la declaración voluntad. Por ello, de nuevo, la firma electrónica debe producirse en presencia (mediata, por videoconferencia) del notario.

Es conveniente destacar que el sujeto puede identificarse electrónicamente con un certificado y firmar electrónicamente con otro, puesto que no todos los documentos incorporan ambas posibilidades: el DNI electrónico permite identificarse y firmar (con los mismo efectos que la firma manuscrita de acuerdo con el artículo 1.5 del Real Decreto 1553/2005 de 23 de diciembre), mientras que el Pasaporte electrónico y los medios comunicados con arreglo al Reglamento eIDAS sólo inciden en la identificación, no en la firma electrónica, excepto el futuro wallet o cartera de identidad digital europea.

Esta cuestión nos lleva a analizar qué tipo de firma electrónica se debe exigir, habida cuenta que los efectos jurídicos de las firmas electrónicas simples, avanzadas y cualificadas no son iguales.

No cabe duda de que la firma cualificada de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento eIDAS produce los mismos efectos que la firma manuscrita, pero también podría discutirse la admitirsibilidad de la firma con trazo digitalizado, en cuyo caso el notario, en sentido estricto, observará cómo el sujeto firma, pero si el documento electrónico no tiene imagen digitalizada de ésta, el notario no podrá cotejar y por tanto no podrá cumplir con el artículo 23.c de la Ley del Notariado (de nuevo, el DNI electrónico es el único documento que contiene imagen digitalizada de la firma).

Por otro lado, existe la posibilidad de que la firma electrónica no se produzca de ninguna de las dos formas anteriores, sino empleando otros métodos perfectamente compatibles con los criterios de seguridad del Reglamento eIDAS, como la dotación al otorgante en el mismo instante de la prestación del consentimiento de una firma digital de un sólo uso, por ejemplo mediante remisión a su teléfono móvil de una clave de autorización.

Esta sería una solución congruente con el artículo 10.2 de la Ley 39/2015, que admite sistemas de firma o sello electrónico cualificada y avanzada basados en certificados cualificados expedidos por prestadores incluidos en la Lista de confianza y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad.

4.5. El soporte electrónico de las escrituras notariales

Las normas que tratan el soporte de las escrituras matrices en nuestro ordenamiento jurídico son la Ley y el Reglamento Notarial. Recordemos que escritura matriz es el original que se firma y conserva el Notario, y que actualmente, las escrituras se leen, firman y protocolizan en formato papel, sin perjuicio de que las copias de las mismas, cada vez más, circulen en formato electrónico.

4.5.1. La normativa notarial y el soporte papel

Debemos partir de la idea de que la normativa notarial presupone que las escrituras matrices y sus copias se realizan en formato papel. Concretamente, el artículo 152 del Reglamento Notarial dice que los instrumentos públicos deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, cuidando de que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble.

Otras previsiones de la normativa notarial también presuponen que el documento se realice en papel,

determinando incluso el número de líneas por cara y aproximadamente el de sílabas. Por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo:

El artículo 17 de la Ley dice que se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados y foliados en letra.

El artículo 25 de la Ley en su primer inciso dice que los instrumentos públicos (...) se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos. Matiza el artículo 151 del Reglamento que no se refieren a las iniciales, abreviaturas y frases reconocidas comúnmente por tratamiento, títulos de honor, expresiones de cortesía, de respeto o de buena memoria, ni se reputarán blancos los espacios que resulten al final de una línea cuando la siguiente empiece formando cláusula distinta; pero en este último caso deberá cubrirse el blanco con una línea de tinta.

El artículo 26 de la Ley dice que serán nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices. Matiza el artículo 152 del Reglamento que los interlineados deberán hacerse o salvarse siempre a mano, por el propio Notario.

El artículo 155 del Reglamento, además de tratar los márgenes en blanco necesarios para notas y para encuadernar, dice que el número de líneas deberá ser el de veinte en la plana del sello y veinticuatro en las demás, a base de quince sílabas por línea aproximadamente. Los aranceles notariales todavía establecen la base de minutación en función de los folios de la actuación notarial. Por ejemplo, el Numero 7 dice que los folios de matriz, a partir del quinto folio inclusive, devengaran 3,005061 euros por cara escrita. El Número 4.1, relativo a las copias autorizadas dice que devengaran 3,005061 euros por cada folio o parte de el, pero a partir del duodecimo folio inclusive, se percibira la mitad de la cantidad anterior. El Número 4.2 dice que las copias simples devengaran a razon de 0,601012 euros por folio.

Pero no sólo la normativa notarial parte de esa idea del papel, también la normativa fiscal. De hecho, el papel en que se redactan las escrituras públicas no es un papel común: es timbrado, existiendo incluso un tributo, compatible con los demás, que grava exclusivamente con cuota fija las matrices y copias autorizadas (no las simples) de escrituras, actas y testimonios, según el artículo 31.1 del TRITPAJD, a razón de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio a elección del fedatario. En ese sentido, el artículo 154 del Reglamento notarial, en su primer inciso, dice que los instrumentos públicos, a excepción de las pólizas, se extenderán en el papel timbrado correspondiente.

4.5.2. La introducción de la posibilidad de soporte electrónico de las escrituras matrices.

Las sucesivas reformas de la normativa notarial han ido introduciendo la tecnología en los despachos notariales, pero no fue hasta la Ley 24/2001 que se menciona ya la posibilidad de una matriz y un protocolo electrónico en el artículo 17 bis, números 1 y 2 de la Ley, que dice lo siguiente:

1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de

los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de Notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo. En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

Estas previsiones legales únicamente están dando espacio y reconocimiento jurídico al documento matriz electrónico en su aspecto teórico, ya que la misma norma que introdujo esta posibilidad, a la vez la pausó, pues la Disposición Transitoria 11, dice expresamente que hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas. Por tanto, únicamente entendemos aplicables los números 3 y siguientes del artículo 17 bis, que son los que se ocupan de las copias electrónicas.

De hecho, el soporte exclusivamente electrónico en el Reglamento Notarial sólo lo encontramos, a excepción del Índice Único Informatizado, en el inciso final del artículo 264 del Reglamento Notarial que dice que transcurrido un año desde el cierre anual de cada una de las secciones del Libro Indicador el Notario podrá reproducirlas en un archivo informático que garantice su conservación y reproducción, procediendo en tal caso a la destrucción del soporte papel correspondiente. Pero este Libro Indicador no tiene carácter protocolar.

4.5.3. Los datos en soporte electrónico de la Notaría no son protocolo.

Por supuesto, en ningún caso estamos tratando como protocolo electrónico el conjunto de datos electrónicos que ya tenemos en nuestros ordenadores (borradores, escrituras matrices o base de datos de documentos), aunque debamos especificarlo en la entrega de protocolo al tomar posesión: no tiene ni garantías, ni tratamiento adecuado ni compatibilidad para ser la base del protocolo electrónico.

Pese a no haber un protocolo electrónico, la existencia de facto de una gran cantidad de información que se envía y recibe de manera telemática obligó al Notariado a regular su existencia y entrega en caso de vacante: el contenido del acta de entrega de protocolos, en la que deberá constar, entre otras cuestiones, el nombre de los principales programas informáticos existentes, la identificación de los

ficheros y soportes informáticos entregados, listado de soportes electrónicos depositados en la Notaría y relación de empleados titulares de certificado digital de la Agencia Notarial de Certificación, certificado que siempre deberá ser revocado por el Notario cesante.

Las ideas fundamentales son la comunicación al Notario sucesor de la infraestructura informática, con objeto de asegurar o al menos facilitar la compatibilidd, y la prohibición de extraer datos informatizados por el Notario saliente. Ello es debido a que los ficheros de protocolo y documentación notarial, de administración y organización de la notaría y los del personal empleado en el despacho son de titularidad pública, pertenecen al Estado y están bajo la responsabilidad directa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, correspondiendo al Notario exclusivamente su custodia.

4.5.4. Ideas sobre la matriz digital.

Sea como fuere, es indudable que la matriz digital de los documentos notariales es una tendencia imparable, con independencia de la rapidez de su adopción.

La matriz electrónica no ayuda necesariamente a mejorar la circulación del documento electrónico, porque ésta no circula en el tráfico, pero sí podría ayudar a obtener la copia electrónica más rápidamente, lo cual no es relevante en los notariados en los que la eficiencia en la expedición de copias es alta, como en el notariado español.

No obstante, es cierto que una manifestación del e-Government es la adopción sin reservas del formato electrónico como estándar documental en las relaciones de la administración con los particulares. Aquí sí es relevante la idea de matriz digital, pues la parte funcionarial de la definición de notario es importante, y cada vez más sirve como freno a tendencias liberalizadoras del mercado y de los Gobiernos. Si queremos seguir siendo considerados administración quizás tengamos que adoptar esos principios y ofrecer un documento electrónico a los particulares. Por tanto, aquí la matriz digital podría ser útil para posicionarnos más como autoridad pública o administración.

Otro principio que se repite de manera constante en la normativa española y europea es el de la interoperabilidad entre administraciones y sus registros. Aquí nuestro sistema de índice único y remisión de copias electrónicas es eficiente e impecable, como se demuestra por ejemplo con el cambio de la titularidad catastral en cuestión de minutos o en cómo se cumplen con las obligaciones fiscales. Para eso, no hace falta matriz digital, pero lo que sí es cierto es que requiere un trabajo extra en el despacho que podría ser minimizado. Como consecuencia, aquí la matriz digital podría ser útil si facilita o acelera el proceso permitiendo enviar índice y copia en el momento de la firma.

Lo anterior está muy relacionado con la parametrización: una cuestión que sí sería importante es la utilización de la matriz electrónica para evitar estandarizar (que es predeterminar el contenido de una escritura) y para comenzar a parametrizar (que es obtener un dato concreto de una escritura) el contenido de la actuación notarial. Lo cierto es que ya se parametriza para enviar datos al Índice Único o fichas a Haciendas autonómicas e incluso a OCP, y que las Bases de Datos como la de Titularidad Real son claves.

Por todo lo anterior, debería valorarse una transición del documento notarial en papel al documento electrónico notarial, pero ese cambio puede enfocarse de muchas maneras y con distintos grados de penetración, aunque sin duda, la escritura pública íntegramente electrónica sólo puede ser un documento electrónico que se genera de manera exclusiva por un Notario, que es firmada electrónicamente por los comparecientes y por el Notario, que se almacena en formato electrónico y de la que se pueden expedir copias electrónicas o en papel. La suma ordenada y sistematizada de las matrices digitales autorizadas por cada Notaría conformaría el Protocolo, que sería obviamente electrónico que, por su concepto, debería ser único y conjunto, y por supuesto almacenado en el servidor seguro del Notariado.

Esta definición está pensada para que el documento electrónico exista por sí mismo como matriz única, sin relación o réplica de papel, pero tampoco hay que excluir del todo esa posibilidad y considerarla una especie de copia de seguridad del papel o a la inversa. En este caso, deberíamos determinar claramente qué es matriz (el papel o el archivo) y qué es réplica, por si llegaran a existir discrepancias entre ellas.

La razón es que, si pensamos en digital, debemos pensar íntegramente en digital, y crear un documento que exista, circule y produzca efectos íntegramente desde ese formato. Concretamente, parece que lo que se impone es el empleo del formato PDF/A, que es el idóneo para el guardado a largo plazo de documentos electrónicos.

Pero este formato no es más que un formato de texto plano, que ni siquiera permite depender de fuentes externas, por lo que no podrían incluirse archivos multimedia ni enlaces externos, por lo que dejaríamos de aprovechar que el mundo digital tiene unos principios de tratamiento y almacenamiento de la información distintos del mundo analógico y nos cerraríamos a posibilidades que no permite el soporte papel: sellado en tiempo, parametrización, visualización online, gestión masiva de información, inclusión de archivos multimedia, metadatos con la información de esos archivos, hipervínculos o contenido dinámico deben ser estudiados como posibilidades de esa matriz electrónica. Por ello, sería momento de valorar el utilizar un nuevo tipo de lenguaje distinto del mero texto, como el lenguaje HTML o XML. Este formato permitiría tener contenido estático e inmutable en la matriz digital, que sería exactamente la escritura y los documentos unidos tal y como estaban en el momento de la firma, pero también permitiría contenido dinámico, que sería el histórico de cada dato. Ello implicaría sustituir el concepto de "documento unido" por el de "documento enlazado", lo cual no sería obstáculo en ningún caso a conocer cuál era la versión de ese documento en el momento de la firma, pues, por muy dinámico que sea el contenido, lo cierto es que en el momento del consentimiento hay que congelar unos datos, que son los que realmente quedan incorporados a la matriz: lo que realmente integra el documento es el enlace, que es inmodificable, pero no el contenido enlazado. El resto sería con carácter meramente informativo. Pero útil, sin duda, y con aplicaciones hasta ahora impensables en materia probatoria, que redundaría en la eficacia y excelencia del documento público notarial.

Pese a no ser una exigencia inmediata, hay que estudiar con detenimientos todas las formas, las ventajas y los inconvenientes que podría suponer una transición a la matriz en todo o en parte digital. Por ejemplo, una ventaja sería la posibilidad de que, mientras el Notario procede a la lectura de la

matriz, el otorgante pueda ir prestando consentimientos individualizados, con sello de tiempo, para puntos clave de la escritura. Al menos para los que suponen una manifestación expresa del mismo, los que implican que ha tenido conocimiento de una advertencia hecha por el Notario o por la otra parte, el consentimiento al tratamiento de datos, o los que el Notario entendiera que son especialmente recomendables.

Entre los inconvenientes, además de la necesidad de ciertos cambios y desarrollos legislativos, el riesgo, la inversión y el cambio de mentalidad, podemos destacar el de la seguridad informática, con la idea de que ningún sistema de almacenamiento es inmune a ataques, virus o pérdida de datos. Pero este es un inconveniente de difícil defensa cuando la mayoría de los datos y documentos administrativos de los ciudadanos son accesibles on line y cuando la tendencia al documento electrónico es un hecho en España y en Europa.

El problema del coste de mantenimiento del sistema es otro de sus grandes inconvenientes, concretamente el mantener constantemente funcionando el mismo, la encriptación, las copias de seguridad o la protección de datos. Pero también hay que tener en cuenta qué dejamos de costear: la encuadernación anual, los costes de impresión, los de alquileres de locales para almacenaje de protocolos antiguos, los de mantenimiento de los mismos, etc.

También lo es el de la adaptación de los soportes o formatos para garantizar la retrocompatiblidad, pero no es más problema que el que cualquier empresa que guarde datos en la nube o en servidores propios. La emulación o el refirmado son las soluciones quizás más admitidas para este punto.

5. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras

5.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia

La cuestión relativa a la limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras se recoge en el número 10 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

10) Considerar la posibilidad de limitar la utilización de los sistemas de comparecencia "a distancia" a las escrituras que, por su carácter unilateral o su carácter asociativo, no presenten intereses opuestos (en particular los poderes y los actos constitutivos o modificatorios de asociaciones o sociedades).

Ello no impide que los estudios en la materia avancen hacia la posibilidad de autorizar bajo la modalidad de escritura pública virtual todo tipo de negocios jurídicos, en el respeto de los demás principios mencionados anteriormente, cuando las herramientas tecnológicas lo permitan, sin límite alguno en función de la naturaleza del acto y/o del número de participantes en el mismo.

5.2. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras

Al tratar la cuestión del otorgamiento a distancia, una de las preguntas que suelen aparecer con más frecuencia es la inclusión o la exclusión de determinados tipos de documentos públicos en el sistema. Dicho de otro modo: si el sistema de otorgamiento a distancia debe ser previsto para todos los negocios jurídicos en general o si algún tipo negocial puede o debe ser excluido.

La primera opción es entender que, si aplicamos el principio de neutralidad tecnológica, cualquier actuación que se realice en el mundo físico podría realizarse del mismo modo en el ámbito virtual, con los mismos estándares y medidas de seguridad. La segunda es entender que, pese a que el otorgamiento virtual es seguro, no es el medio más adecuado para absolutamente todos los negocios jurídicos.

Entendemos que la segunda opción es la correcta, y que el otorgamiento virtual, aunque tenga potencialidad para expandirse a todos los negocios jurídicos, debe ser tratado con cautela y paso a paso, aplicando además ciertas restricciones tal y como ocurre por ejemplo en el mundo, digamos analógico, con el empleo de poderes, que están vetados en ciertos actos y negocios jurídicos.

Ello nos lleva, por lógica, a plantear entonces qué negocios podrían quedar incluidos y qué negocios y porqué podrían quedar excluidos. La primera exclusión sería la de los actos personalísimos. Estos actos, como el testamento, los expedientes matrimoniales y el divorcio, no admiten, o no admiten bien, el otorgamiento que no sea absolutamente personal. El testamento, de hecho, no puede ser realizado mediante poder en derecho español, aunque el matrimonio sí que lo admite, pero no el divorcio según la mayor parte de la doctrina y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública. Ello nos llevaría a excluir del ámbito del teleotorgamiento los actos que deben necesariamente realizarse en persona, por lo que se crearía un concepto de acto no solo personalísimo, sino también inmediatisimo, en el que no cabría el otorgamiento a distancia y la inmediatez personal sería consustacial al mismo.

Cabe preguntarse si podrían ser objeto de otorgamiento a distancia los complementos o apoyos que se prestan a las personas con discapacidad. La ley 8/2021 sustituye la tutela por curatela representativa y convierte la curatela en lo que denomina curatela asistencial, además de reconocer la figura del guardador de hecho con un ámbito más amplio que la normativa anterior, y reconocer la figura de los apoyos. En nuestra opinión, todas estas actuaciones son personalísimas y, también podía defenderse que deben ser, por su trascendencia para la persona con discapacidad, inmediatísimas.

Los segundos actos que quedarían excluidos son aquellos en los que comparecen varias partes y existe contraposición de intereses entre ellos, porque quizás la videoconferencia no sea el medio más adecuado para limar las diferencias que puedan existir. No se aplicaría, por tanto, a los actos en los que, existiendo una pluralidad de partes, estos tienen un sentido que confluye, esto es: intereses comunes. El caso prototípico sería el de constitución de una sociedad o de cualquier otra persona jurídica en la que los intereses son comunes entre los socios.

No deberían excluirse del otorgamiento a distancia los documentos de subsanación, complemento o aclaración de otro documento que haya sido autorizado ante el mismo notario y en el que éste haya identificado a las partes. Por supuesto, tanto si las ha identificado presencialmente (puesto que ya ha habido una primera actuación física identificadora) como si las ha identificado electrónicamente (puesto que para ese acto también se permitiría el

otorgamiento electrónico). Tampoco deberían excluirse las contestaciones a requerimientos de todo tipo ni las declaraciones unilaterales de voluntad que tengan contenido patrimonial.

Aunque no se trate de un supuesto de otorgamiento en sentido estricto, el resto de documentos electrónicos en los que puede intervenir un notario, como por ejemplo legitimación de firma electrónica, no habría problema en admitirlos a distancia.

Tampoco parece que generen problemas los requerimientos para formalizar actas de todo tipo, excepto quizás aquellas que tengan un componente personalísimo especial, como las actas de transparencia en materia de préstamos hipotecarios, o aquellas que tras la Ley 8/2021 puedan requerirse, según lo establecido por el poderdante, para utilizar un poder preventivo para el caso de discapacidad o para acreditar ésta.

En definitiva, podríamos concluir que casi todos los actos unilaterales podrían realizarse por otorgamiento a distancia, excepto los personalísimos, así como los que sean pluripersonales pero en los que no exista conflicto hubo oposición de interés. Damos por entendido que hablamos de actos de contenido patrimonial.

6. Circulación segura del documento notarial electrónico en el ámbito nacional e internacional. La apostilla electrónica

6.1. La circulación segura del documento notarial en el ámbito nacional

El artículo 17 bis.1 de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado prevé la posibilidad de que los instrumentos públicos se redacten en soporte electrónico y sean firmados con la firma electrónica del Notario y, en su caso, de los otorgantes. A pesar de ello, estos instrumentos públicos digitales no se han desarrollado todavía. Lo que sí se ha desarrollado son las copias autorizadas electrónicas de las escrituras matrices.

Las copias son las reproducciones literales de esa matriz expedidas con las formalidades legales.

Las copias pueden constar en soporte papel o electrónico. Por tanto, la copia electrónica sí coexiste con la física, pero sin que exista un régimen de prevalencia de una sobre otra. Ambas producen el mismo efecto.

Las copias electrónicas pueden ser remitidas, expedidas y recibidas entre Notarios, y el Notario que la reciba podrá, según su finalidad: incorporar a la matriz por él autorizada el traslado a papel de aquélla, trasladarla a soporte papel o reseñar su contenido en lo legalmente procedente en la escritura o acta matriz o póliza intervenida. La comunicación telemática de copias autorizadas de escrituras entre Notarios es cotidiana, fácil y rápida. De hecho, diariamente recibimos solicitudes de copias de escrituras de otros compañeros, especialmente en los supuestos en que el peticionario de la copia se encuentra en un lugar distinto, y normalmente lejano, de la Notaría en cuyo Protocolo se custodia la matriz de la que hay que sacar la copia. Los documentos más frecuentes son poderes y testamentos. Las copias electrónicas sólo podrán expedirse para su remisión a otro Notario, pero también a un registrador o a cualquier órgano judicial o de las Administraciones Públicas, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.

El Notario deberá inexcusablemente remitir copia autorizada de los documentos que autorice y que se inscriban

en el Registro a través del ya expuesto SIGNO, debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Como punto importante, se obliga al Notario a la presentación telemática con su firma electrónica reconocida, excepto que el interesado expresamente manifieste lo contrario. Por ello, el Notario deberá asesorar e informar al interesado, y recabar de él expresamente en la escritura manifestación sobre si solicita o no la presentación telemática, siendo por supuesto siempre recomendable que ésta se realice.

Realizada la comunicación electrónica, el Notario deberá dejar constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador, y el Registrador comunicará al Notario por vía telemática y también con firma electrónica reconocida, tanto la práctica del asiento de presentación, como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda. Practicado el asiento registral, el Notario dejará constancia de la recepción de la comunicación y del contenido de ésta en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

6.2. La circulación segura del documento notarial en el ámbito internacional

Entre algunos de los notariados de la Unión Europea ya está en marcha la plataforma EUFides, cuyo objeto es la interconexión y cooperación notarial transfronteriza. También la herramienta de validación de firmas electrónicas Bartolus.

No obstante, recientemente se ha presentado un proyecto denominado EUDoc, ideado por los notariados español y alemán y desarrollado técnicamente por Ancert, de creación de una plataforma de interconexión moderna, segura y de fácil uso, cuyo pilotaje ya ha terminado satisfactoriamente. La idea fundamental de este proyecto es que no solo algunos, sino todos los notariados europeos puedan estar interconectados. Sus características son las siguientes:

1. EUDoc es una plataforma web plurilingüe que es compatible con las soluciones tecnológicas notariales nacionales, y que interconecta punto a punto a todos los notariados miembros de CNUE, tras un ajuste tecnológico interno no excesivamente complicado. Cada notariado, a su vez, conecta a sus respectivos notarios colegiados, de modo que la conexión no es notario-notario, sino notario-Consejo-Consejo-notario.

2. El acceso a la plataforma EUDoc se realiza con certificado de identificación electrónico incluido en la firma electrónica cualificada del notario, que incluya el atributo de ser notario en activo.

3. La plataforma tiene un triple objeto: primero, permitir el intercambio de documentos electrónicos; segundo, permitir la verificación de la firma electrónica y el atributo de notario del firmante; y tercero, la conexión directa entre notarios mediante videoconferencia.

4. EUDoc está provisto de una Red Privada Virtual (Virtual Private Network) para intercambiar de manera segura los documentos notariales.

5. Es plenamente respetuosa con la normativa europea de protección de datos, al utilizar software propio de ges-

tión y estar los servidores localizados en España, en las instalaciones de Ancert, bajo dependencia del Consejo General del Notariado español.

6. El envío y la recepción de documentación, así como su lectura, se realizan íntegramente en línea, con sello de tiempo y hash de cada comunicación.

7. La plataforma permite además un sistema de notificaciones configurable por el notario, tanto en su teléfono móvil, en su email o en la propia plataforma.

6.3. Apostilla electrónica y firma electrónica

6.3.1. Convenio de La Haya XII de 5 de octubre de 1961

El Convenio de La Haya XII de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de legalizacion de los documentos publicos extranjeros se aplica según su artículo 1 a los documentos publicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, considerándose como tales entre otros los documentos notariales. Dicho Convenio fue ratificado en España por Instrumento de 10 de abril de 1978 y entró en vigor el 25 de septiembre de ese mismo año.

Tras esa regla general, los artículos 2, 3 y 5 dicen que la Apostilla del Convenio certificará la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

No se exigirá, según el artículo 3 párrafo 2 cuando las leyes, reglamentos o usos en vigor en el Estado en que el documento deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o mas Estados contratantes, la rechacen, la simplifiquen o dispensen de legalizacion al propio documento. Además, el artículo 8 también admite que su aplicación quede desplazada cuando en un mismo caso resulte aplicable también un régimen convencional internacional más favorable, en el sentido de contener disposiciones menos rigurosas, según interpretación a sensu contrario del artículo hecha por la RDGRN de 8 de marzo de 2011.

Contextualizando el Convenio, en 1961 únicamente había una forma de determinar que una firma pertenecía a una autoridad pública, y era precisamente la legalización que de dicha forma hubiera hecho otra autoridad competente de ella, de modo que verificara que esa firma pertenecía a esa persona, que estaba en posesión del cargo que decía ostentar y que los requisitos de sello y timbre del documento en que se encontraba estampada la firma era los adecuados.

Este era un procedimiento bidireccional, pues tanto servía para que los Estados receptores comprobaran la validez de forma y de autoría del documento, como para que el Estado emisor validara dichos datos respecto de terceros, en un ejemplo claro de reciprocidad internacional.

6.3.2. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999

Todo ello permaneció invariable hasta finales de los años 90 con la identificación y firma electrónica, concretamente con l a Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999. Dicho instrumento de derecho comunitario, que se publicó bajo la forma de Directiva, con las implicaciones que esto tiene en cuanto a su no aplicabilidad directa, al alcance armonizador y a la amplitud de los Estados para su transposición, contenía una novedosa definición de firmante.

Esta normativa no incidió de manera directa en el concepto y presupuestos de la Apostilla, sentó las bases para entender que había otra vía para identificar claramente a una persona, su firma y los atributos importantes de la misma, como su carácter de autoridad pública. Todo ello son cuestiones que solucionaría una adecuada aplicación de las normas de firma electrónica, pero a ésta normativa le faltaban dos requisitos para suponer una verdadera amenaza al régimen de la Apostilla, que son el reconocimiento mutuo internacional de las firmas electrónicas, que no llegaría hasta el mecanismo de comunicación del Reglamento eIDAS al que luego nos referiremos, y la cuestión de la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

6.3.3. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

En España, la transposición de la Directiva se hizo derogando el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que asumió en su redacción originaria sus efectos y conceptos, añadiendo el artículo 13.3, en relación a los atributos de la firma, que cuando el certificado reconocido contenga otras circunstancias personales o atributos del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su pertenencia a un colegio profesional o su titulación, éstas deberán comprobarse mediante los documentos oficiales que las acrediten, de conformidad con su normativa específica.

No obstante, en este punto, la existencia de una firma electrónica no podía llegar a suponer, por sí misma, que el firmante era concretamente la persona que había firmado electrónicamente el documento, sino que era quien poseía un dispositivo de creacion de firma bajo su responsabilidad, no siendo tampoco por sí misma la firma electrónica suficiente para acreditar la identidad de éste. Por ello, con esta normativa, la Apostilla todavía podía tener cierto sentido respecto de documentos firmados electrónicamente, razón por la cual se desarrolló el sistema de Apostilla electrónica.

6.3.4. Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo y Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre

La Comision Especial de la Conferencia de La Haya celebrada en el ano 2003 para revisar el funcionamiento practico de la Convencion de la Apostilla, destaco que la utilizacion de las tecnologias de la informacion podrian tener efectos positivos en la aplicacion del Convenio, y especialmente, en la disminucion de costes y en la mayor eficacia de los procedimientos de expedicion y registro de las Apostillas. En sus consideraciones, la Comision Especial apunto que la utilizacion de un registro electronico de Apostillas podria simplificar el procedimiento de verificacion de las mismas. Como consecuencia de ello, la Apostilla se ha adaptado a las necesidades tecnológicas, lo cual se ha realizado en nuestro ordenamiento por la Orden JUS/ 1207/2011, de 4 de mayo, por la que se crea y regula el Registro

Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico.

En el Registro se archivaran de forma centralizada y automatica todas las Apostillas emitidas por las Autoridades competentes en Espana tanto en soporte papel como electronico. Incluirá en todo caso, el numero y fecha de la Apostilla, el nombre y la capacidad en la que firma el signatario del documento publico apostillado y, si el documento no esta firmado, el nombre de la autoridad que haya sellado el documento. También la imagen de la Apostilla emitida y, en su caso, de la huella electronica de los documentos digitales o documentos digitalizados apostillados.

Dicho registro permitira, a traves de la sede electronica del Ministerio de Justicia, la verificacion de la validez de las Apostillas emitidas, lo cual se podra solicitar de forma presencial ante las autoridades competentes en Espana, por escrito o por via electronica, durante un plazo de 25 anos desde la fecha de emision de la Apostilla. Esa verificación requiere que el interesado tenga, al menos, del codigo seguro de verificacion (CSV), la fecha y el numero de la Apostilla que aparece en la misma.

Podran ser objeto de Apostilla los documentos originales emitidos originalmente por la Administracion General del Estado y la Administracion de Justicia en soporte electronico y las copias electronicas digitalizadas de documentos emitidos en soporte papel, realizadas por los funcionarios competentes.

En relación a los Notarios, dice el artículo 11 que los documentos autorizados por Notario y los documentos privados cuyas firmas hayan sido legitimadas por Notario unicamente podran ser apostillados en soporte papel. También dice el artículo 13 que tendrán plena validez en España las Apostillas Electrónicas válidamente emitidas por las Autoridades con competencia para realizar el trámite de legalización única o Apostilla de otros Estados contratantes del Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961.

Por tanto, leyendo de manera exclusiva esta Orden, se debería concluir que en relación a los documentos notariales no cabe Apostilla electrónica, pero lo cierto es que también se regula la materia en el Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre, cuyo artículo 3 dice que serán competentes para realizar el trámite de legalización única o Apostilla de los documentos notariales los Decanos de los Colegios Notariales o quienes hagan sus veces reglamentariamente, así como aquellos otros Notarios en quiénes éstos deleguen, con independencia del lugar del territorio nacional en el que dicho documento hubiera sido emitido.

Es curioso que este Real Decreto, posterior a la Orden vista, no haga ninguna mención o excepción expresa a la intervención notarial en la apostilla electrónica en relación a documentos autorizados por notario en su texto, y sea únicamente en la Exposición de Motivos donde se menciona únicamente a los documentos públicos judiciales y administrativos y no a los notariales.

6.3.5. Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014

Pero el Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el

mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE presenta ya importantes cambios, siendo el más inmediato que es una norma comunitaria no necesitada de transposición, sino directamente aplicable en los Estados Miembros que obligó, entre otras cuestiones, a la adaptación de la normativa de firma electrónica nacional.

Reconoce de manera expresa en el artículo 25 que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada, y que una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.

Va más allá el Reglamento porque ahora sí define al firmante en el artículo 3 como una persona física que crea una firma electrónica, por lo que ahora ya es indudable que quien firma electrónicamente un documento es una persona física determinada: quien crea la firma electrónica.

También recoge ahora en el artículo 6 el mutuo reconocimiento de los sistema de identificación electrónica, aunque sea a los efectos de acceder a un servicio prestado en línea por un organismo del sector público en un Estado miembro.

Otro de los rasgos esenciales es que dicho Reglamento nace con la idea de ser interoperable, por lo que en su Considerando 54 dice que en el plano nacional debe permitirse la inclusión de atributos específicos en los certificados cualificados, a condición de que tales atributos específicos no comprometan la interoperabilidad y el reconocimiento transfronterizos de los certificados y las firmas electrónicas cualificados.

En este sentido, ya en texto normativo, el artículo 24.1 dice que al expedir un certificado cualificado para un servicio de confianza, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado. Esto es reiterado por el artículo 28.3 cuando dice que los certificados cualificados de firmas electrónicas podrán incluir atributos específicos adicionales no obligatorios. Esos atributos no afectarán a la interoperabilidad y el reconocimiento de las firmas electrónicas cualificadas.

La conclusión a la que podemos llegar en este punto es que, tras el Reglamento eIDAS, la identificación electrónica y la firma electrónica crean para todos los Estados Miembros de la Unión Europea, sin necesidad de transposición y con una regulación homogénea, un estado normativo que permite afirmar rotundamente que un documento electrónico, firmado electrónicamente por un funcionario público, por ejemplo un Notario, cuyos certificados y forma de identificación electrónica permitan conocer la identidad del firmante y la comprobación por un prestador de servicios cualificado de confianza de uno de sus atributos esenciales (que es funcionario con cargo vigente), hace innecesaria la Apostilla por redundante.

En efecto, si conjugamos la identificación electrónica y el atributo de notario del firmante, aseguramos también la integridad del documento y su sellado de tiempo, de modo que no solo no cabe duda de dichas circunstancias, sino que si han sido debidamente comunicadas, no pueden ser ignoradas por

otro Estado Miembro. Como consecuencia, también podría hacer innecesario e irrelevante el régimen de la Apostilla electrónica.

El único escollo que podemos encontrar es el propio del ámbito de aplicación del Reglamento eIDAS, que como ya hemos tratado en otras ocasiones, es de aplicación obligatoria respecto de servicios prestados en línea por otro Estado Miembro y, de nuevo, la cuestión sobre la autenticidad del sello o timbre, debiendo preguntarnos si mantiene sentido con los estándares de seguridad de la firma electrónica y con sistemas de apostilla electrónica ya en funcionamiento como la de Estonia y la de Bélgica que prescinden de esa mención entre la información que se muestra al validar online la apostilla en formato electrónico.

6.3.6. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un marco para una identidad digital europea

Esta propuesta de reforma, además de incidir en materia de identificación electrónica como antes hemos comentado, tiene otros objetivos regulatorios que debemos traer a colación, concretamente la gestión de los atributos: solicita el Considerando 26 que sea posible emitir y gestionar atributos digitales de modo que los ciudadanos los utilicen en sus transacciones públicas y privadas, permitiéndoles la divulgación selectiva de atributos (Considerando 29), poniendo como ejemplo el permiso de conducir.

El artículo 3.43 define atributo como un rasgo, característica o cualidad de una persona física o jurídica o de una entidad, en formato electrónico.

Por ello, el Considerando 27 dice que cualquier entidad que recopile, cree y expida atributos acreditados como diplomas, licencias o certificados debe poder convertirse en un proveedor de certificación electrónica de atributos.

Añade el Considerando 30 que los atributos proporcionados como parte de la certificación cualificada deben verificarse con las fuentes auténticas, ya sea directamente por el proveedor de servicios de confianza cualificado o a través de intermediarios designados reconocidos a nivel nacional. En ese sentido, el Artículo 45.d.1. dice que cuando los atributos se basen en fuentes auténticas del sector público, se tomen medidas para permitir que los proveedores cualificados de certificaciones electrónicas de atributos verificar por medios electrónicos la autenticidad del atributo frente a la fuente auténtica. Fuente auténtica es definida en el artículo 3.46 como un repositorio o sistema, bajo la responsabilidad de un organismo del sector público o entidad privada, que contiene atributos sobre una persona física o jurídica y se considera la fuente principal de esa información o se reconoce como auténtica. en la legislación nacional:

También dice el Considerando 27 que deben establecerse requisitos para garantizar que una certificación electrónica cualificada de atributos tenga el efecto jurídico equivalente a las atestaciones emitidas legalmente en papel, sin perjuicio de los supuestos en que la legislación nacional o de la Unión establezca requisitos específicos adicionales en cuanto a la forma con efectos jurídicos subyacentes.

Por ello, el artículo 45.a dice que no se denegará la validez jurídica y la admisibilidad como prueba en los procesos judiciales de la certificación electrónica de atributos por el mero hecho de que sea en formato electrónico, que una certificación electrónica cualificada de atributos tendrá el mismo efecto legal que las atestaciones emitidas legalmente en papel, y que deberá ser reconocida como en cualquier otro Estado miembro.

Ahora bien, el artículo 45.b dice que cuando la legislación nacional exija identificación electrónica para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público, los datos de identificación incluidos en la certificación electrónica de atributos no sustituirán a la identificación electrónica a menos que se permita expresamente.

Finalmente, dice el Considerando 31 que tanto el sistema de identificación electrónica y la certificación de atributos deben permitir que se cumpla por ejemplo para los servicios financieros, los requisitos de diligencia debida en materia de prevención de blanqueo de capitales.

6.3.7. Otras normas europeas que inciden en la materia

La idea que subyace hoy en día en el legislador europeo es la de progresivamente ir eliminando, o al menos minimizando, los supuestos en los que se exige la apostilla entre Estados miembros: los países miembros de la Unión Europea son firmantes del Convenio, razón por la cual desde 2013 la Comisión Europea se ha propuesto eliminar los trámites burocráticos que obstaculizan la circulación de los documentos públicos europeos, lo que cristalizó por ejemplo en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecucion de las resoluciones, a la aceptacion y la ejecucion de los documentos publicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creacion de un certificado sucesorio europeo. Dice el artículo 74 que no se exigira legalizacion ni formalidad analoga alguna para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco del presente Reglamento, como por ejemplo el certificado sucesorio europeo.

También se recoge esta idea en el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, quedando los documentos incluidos en su ámbito de aplicación exentos de toda forma de legalización y trámite similar, según su artículo 4.

También es tendencia en el ámbito administrativo, como resulta del Reglamento (UE) 1024/2012 del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior. Sus considerandos dicen que el Sistema de Informacion del Mercado Interior (IMI) es una aplicacion informatica accesible a traves de internet, realizada por la Comision en colaboracion con los Estados miembros, cuyo proposito es servir de ayuda a estos ultimos para que puedan cumplir en la practica las exigencias de intercambio de informacion establecidas en los actos juridicos de la Union a traves de un mecanismo de comunicacion centralizado que permita el intercambio transfronterizo de informacion asi como la asistencia reciproca. En concreto, el IMI ayuda a las autoridades competentes a identificar a sus homologas en otro Estado miembro, a

gestionar el intercambio de informacion, in¬cluso de los datos de caracter personal, basandose en procedimientos simples y unificados, y a superar las ba¬rreras linguisticas gracias al uso de unos sistemas de tratamiento predefinidos y pretraducidos.

6.3.8. El régimen "hacia adentro" de la Apostilla

Hay base teórica suficiente para entender que el régimen de la Apostilla, al menos en relación a los Estados Miembros de la Unión Europea, tiende a desaparecer. Otros ejemplos claros son los Reglamentos (UE) de 24 de junio por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y de efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), ya tratados por ejemplo en este post y en este otro.

El problema que nos encontramos es que la Apostilla, como comentábamos al principio, es bidireccional, de modo que produce efectos hacia afuera del territorio nacional (requisitos de salida y de empleo del documento español sin apostilla en el extranjero, lo cual dependerá en última instancia de la aceptación del documento con o sin Apostilla en el país de destino) y hacia adentro (requisitos de entrada y de empleo en España del documento extranjero sin Apostilla).

En este punto encontramos un problema (si podemos llamarlo así) en nuestra normativa hipotecaria y procesal: la RDGRN de 8 de marzo de 2011 dice que el requisito de la legalización establecido por nuestras disposiciones legales para los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar su autenticidad al objeto de que puedan tener eficacia en España y sean admitidos por las Autoridades y Oficinas Públicas españolas (artículos 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 36.1 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 6 de abril de 1976).

Dice el artículo 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *"Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:*

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España".

Dice el artículo 36 del Reglamento Hipotecario que *"Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente".*

Por otro lado, dice el artículo 168 in fine del Reglamento notarial: *"Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al artículo 145 de este Reglamento"*

Sea como fuere, la apostilla electrónica es obligatoriamente válida en España por el artículo 9 del Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre y el artículo 13 de la Orden JUS/ 1207/2011, de 4 de mayo, por lo que no se puede desconocer aquí sus efectos, aunque nosotros no la tengamos disponible para documentos notariales. Pero lo que es obligatorio es admitir la apostilla, no el formato del documento que ha sido apostillado. Por tanto debe circular conforme a las reglas generales no alteradas por la naturaleza física o electrónica de la apostilla. Debemos matizar y dejar claro que rechazar la forma de presentación del documento no significa rechazar la apostilla electrónica.

El documento deberá ser presentado en España de acuerdo con las formalidades del lugar de destino, y por tanto, hoy por hoy, lo más seguro es entender que debe ser presentado en formato físico, desechando la idea de admitir simplemente la remisión al documento electrónico por ejemplo subido a la web y aplicando todos los requisitos que solemos aplicar para asegurarnos de que se cumpla el principio de equivalencia, no solo en relación al funcionario, sino también a la forma.

Es cierto, no obstante, que cumpliendo el principio de equivalencia, la forma determinada por el Estado de origen, y aceptada por éste, debe ser aceptada también en el Estado de destino, pero dudosamente puede ser calificado de auténtico un documento (o copia del mismo) en papel, convertido y remitido en formato electrónico a una página web interna del país emisor, quizás si quiera sin firma electrónica, y cuya única misión, lejos de ser la circulación del documento, es la obtención de la apostilla electrónica, por lo que esta situación hace dudar sobre su aceptación en España. Debemos tener en cuenta además que la remisión a ese Registro se produce a los únicos efectos de obtener la Apostilla electrónica.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

El ejercicio de la función pública notarial en el mundo global y digital en que nos encontramos, puede analizarse partiendo de tres conceptos: digitalización, confianza y desmaterialización.

El primero de ellos es el de digitalización, que no es otra cosa que convertir en digital un proceso que no lo era o crear un proceso digital nuevo que no existía antes. En el contexto actual, el notariado no puede, ni debe, hacer análogos los procedimientos digitales: no hay proyectos normativos que quieran implementar soluciones que comiencen trabajando sobre presupuestos analógicos, como el papel. No obstante, esos pasos hacia el ámbito virtual, a la vez que firmes, deben ser meditados y coordinados con los principios que han hecho tradicionalmente del notariado el pilar fundamental de la seguridad jurídica preventiva. El ejemplo que debemos seguir es el de la implementación de la firma electrónica en el ámbito notarial, que abrió nuevos caminos y posibilidades manteniendo los más altos niveles de seguridad.

El segundo de los conceptos es el de confianza. El notariado ha tenido su razón de ser histórica en la confianza que genera la institución, pero la situación tecnológica actual pretende digitalizar el concepto de confianza con determinadas aplicaciones o servicios que se denominan de confianza electrónica, digital o distribuida, como blockchain. En la Unión Europea no existe todavía regulación de las cadenas de bloques y de sus efectos jurídicos, pero sí conocemos una propuesta de regulación (la pendiente revisión del Reglamento 910/2014 eIDAS que regula los libros de contabilidad electrónicos o "*ledgers*") y también iniciativas y foros institucionales dependientes de la Comisión Europea, que dicho sea de paso está absolutamente convencida de que blockchain es lo que llaman *"una tecnología fundacional"*. El notariado debe seguir analizando el impacto que esa, u otras tecnologías, puedan tener en el ejercicio de su función. Por una parte, desde un punto de vista práctico, el análisis debe centrarse en su aplicación práctica al ámbito notarial, pudiendo tomar como ejemplo el proyecto del notariado alemán de una red blockchain para la circulación y uso de determinados poderes, de modo que el notariado se mantenga como un garante de la seguridad jurídica preventiva también en el ámbito electrónico. Por otra parte, desde un punto de vista más teórico, el análisis también ha de desenvolverse en el ámbito jurídico, creando doctrina unificada sobre las diferencias con la confianza notarial y sus efectos, del mismo modo que se compara el sistema de seguridad jurídico preventivo de corte latino con el sistema reparativo de corte anglosajón.

El tercero de los conceptos, en el que nos vamos detener con más calma, es el de desmaterialización. Debemos valorar en qué aspectos de la función notarial cabe hablar de desmaterialización, y ello pasa por analizar cómo los tradicionales elementos de los negocios jurídicos se pueden desplazar al ámbito virtual, pero disfrutando de las mismas o similares garantías que en el mundo analógico.

Podemos comenzar con la desmaterialización de los lugares, entendiendo ésta de tres maneras:

Primera, como indiferencia del lugar donde se ubique físicamente la persona física en el momento de su relación con el notario, pues tanto el asesoramiento como el otorgamiento a distancia sin presencia física son ya una realidad en muchos notariados.

Segunda, como nuevo criterio de vinculación de una persona a un ordenamiento jurídico concreto, pues a los tradicionales conceptos de nacionalidad, residencia o domicilio, se añaden otros novedosos, como los de residencia digital, que ya existe en Estonia, o la presencia digital significativa de las personas jurídicas, especialmente de las tecnológicas, a los efectos de su sujeción a un régimen fiscal concreto.

Tercera, y última, como vinculación del notario, o del notariado, a una sede electrónica para centralizar con plenas garantías la relación con las administraciones públicas y con los particulares, como en España con SIGNO y con el Portal Notarial del Ciudadano, que se concibe como un espacio virtual dirigido a ciudadanos y empresas que demandan servicios digitales en su vida cotidiana, para conectar telemáticamente con el notariado y, entre otras, llevar a cabo videoconferencias, poner a su disposición copias electrónicas o recibir datos necesarios para otorgar documentos notariales.

La desmaterizalización de los objetos de los negocios jurídicos también plantea importantes retos, frente a los que el notariado debe dar un paso adelante y proponer medios de mantener la esencia de la seguridad jurídica preventiva en el mercando Fintech, DeFi y en la criptoeconomía:

En el ámbito de la herencia digital, debemos dar respuesta doctrinal a las preguntas que plantea, fundamentalmente qué es y cómo se ha de tratar el patrimonio electrónico de la persona física a su fallecimiento. En nuestra opinión, no debe ser configurada como un conjunto unificado y homogéneo de relaciones absolutamente separado de la herencia analógica, ya que la forma digital de relacionarnos, tanto con las cosas como con las personas, no deja de ser un camino paralelo al analógico, que no lo sustituye sino que lo complementa. Todas estas relaciones tienen como único punto en común una cosa: la persona física que las unifica y, si la realidad social no distingue, quienes aplicamos el derecho no podemos distinguir. En consecuencia, la herencia digital puede ser configurada como un conjunto de especialidades en materia sucesoria que se pueden aplicar al patrimonio digital de la persona, que incluye todos sus activos digitales, excepto los derechos que no son transmisibles mortis causa, y que está íntimamente relacionada, sin ser lo mismo, con las acciones de protección de derechos que nacen al fallecer una persona en ámbito del honor, intimidad o de los datos personales, y con la legitimación de los herederos digitales frente a prestadores de servicios.

También hay que valorar la desmaterialización en relación a los incipientes procesos de digitalización de los bienes del mundo real, como las tokenizaciones no fungibles (NFT) que pueden incluso afectar a bienes inmuebles. Debemos tener claro que tokenizar el objeto de un contrato no alterará la esencia del mismo, puesto que la única diferencia es que la transmisión recaerá sobre un objeto incorporal, lo cual no es ajeno a nuestro derecho, como ocurre con las participaciones sociales de las entidades mercantiles. También debemos dejar claro que cualquier proceso de tokenización que afecte a bienes inmuebles debe seguir el mismo régimen que cualquier constitución, modificación o extinción de derechos que recaigan sobre ellos, por lo que debe reconducirse necesariamente a la forma documental pública notarial, sin perjuicio de su posterior inscribibilidad en registros de carácter jurídico.

Finalmente, la migración que la sociedad ya ha realizado, desde medios analógicos como las cartas o telegramas, a canales de comunicación electrónicos, como el correo electrónico o las aplicaciones de mensajería, para el envío y recepción de textos, audio, video, fotos o archivos, debe tener su correlativo reflejo en el ámbito notarial. Esto implica que las comunicaciones electrónicas, que ya sobrepasan y superan a la comunicaciones analógicas, deben poder aprovecharse de un régimen probatorio en virtud del cual que el notariado pueda crear evidencias digitales sólidas para ser presentadas con plenas garantías en procedimientos juridisccionales, o, si es necesario, fuera de ellos.

Más inmediata parece la desmaterialización de los sujetos, incorporando a la actuación notarial la identificación electrónica y la videoconferencia, con los siguientes retos:

El notariado va a tener que incardinar en los otorgamientos a distancia tanto los certificados electrónicos de identidad como las firmas electrónicas con efecto identificativo, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas. En ese sentido, es necesaria una adaptación tecnológica para recibir dichas firmas y certificados, ya se presenten en formato físico con tarjeta criptográfica, en formato contactless con chips NFC, en formato remoto con firma centralizada (o firma en la nube) o mediante aplicaciones móviles como carteras de identidad digital (el futuro Wallet de Identidad Digital Europa que ya está previsto en la propuesta de revisión del Reglamento eIDAS).

En cualquier caso, parece imprescindible que se generalice el uso de biometría, fotografía o imagen digitalizada para identificar a los sujetos, siendo conveniente también valorar la consulta por el notario de forma telemática de los registros públicos de identidades de los ciudadanos.

Ello llevará necesariamente a que el notariado aprenda a gestionar atributos electrónicos, especialmente los que puedan incidir en los otorgamientos, como el atributo de representante de una persona física o jurídica, o la cualificación profesional del firmante, importante para identificar la profesión, por ejemplo, de otros notarios, técnicos o arquitectos. Este trabajo no solo debe ser pasivo, o de recibir el certificado en el negocio jurídico autorizado, sino también activo, convirtiéndose el notariado en fuente auténtica que pueda generar atributos electrónicos y vincularlos al certificado de identificación de una determinada persona.

En relación a la videoconferencia, huelga decir que para un colectivo como el notarial, que ha tenido siempre como base el trato directo e inmediato con el usuario, la implantación del otorgamiento a distancia mediante videopresencia es un reto si cabe aún mayor que el que afrontamos en su momento con la firma electrónica.

Es esencial que se construya una doctrina jurídica sólida sobre qué tipo de negocios jurídicos son susceptibles de ser realizados por videoconferencia con plena seguridad y garantías, y también en qué situaciones puede exigirse que la presencia sea física, como indicios fundados de vulneración de las normas de prevención de blanqueo de capitales.

Por ello, hay que valorar que, al menos inicialmente, únicamente se permita la telepresencia para los negocios jurídicos no personalísimos, patrimoniales, unilaterales o plurilaterales con intereses coincidentes, excluyendo las declaraciones de voluntad y negocios que podríamos denominar inmediatísimos, que son los que no cabe realizar sin presencia física inmediata ante notario.

Es necesario que la videoconferencia se realice de modo que se permita garantizar la seguridad y la privacidad de los datos y comunicaciones, potenciando las Redes Privadas Virtuales que estén bajo control íntegro y exclusivo del notariado o, de no ser posible, de una administración o institución pública.

Finalmente, es necesario que cualquier construcción jurídico-técnica que se desarrolle en materia de otorgamiento a distancia tenga en cuenta las cuatro fases siguientes:

Identificación técnica, juicio de idenficación, juicio de capacidad y firma: Identificación técnica es la remisión por el emisor de los datos de identidad -identificación- y la comprobación por el receptor de que dichos datos son correctos -autenticación-.

Juicio de identificación, por la que el notario emite una valoración sobre la identidad de la persona.

Juicio de capacidad, por la que el notario emite una valoración sobre la capacidad del otorgante.

Firma electrónica como modo de expresar el consentimiento.

Por último, también encontramos proceso de desmaterialización en la forma de los negocios y en la circulación de los documentos notariales, con algunos retos como los siguientes:

La adopción de la matriz electrónica, debiendo plantearnos si es posible, necesaria o imprescindible su coexistencia con la matriz en papel, en cuyo caso habrá que determinar la relación entre ellas.

Puestos a adoptar una matriz electrónica, es necesario valorar si optamos por un carácter estático o dinámico de la misma, así como la posibilidad de utilizar formatos distintos al texto plano (como el HTML) de modo que se sustituya el concepto de documento unido por el de documento enlazado.

La gestión documental individual, con protocolos atomizados y no interoperables también debe ser objeto de revisión, pudiendo generarse una forma más práctica y efectiva de gestionar lo que podemos denominar el dato notarial.

En ese sentido, los datos obtenidos por el notariado en el ejercicio de sus funciones deben ser aprovechado en beneficio de la sociedad: los notarios españoles pasan a formato electrónico los datos más relevantes de sus documentos, generando una ficha o expediente cuyo conjunto agregado se parametriza y estructura generando una gran base de datos denominada "Índice Único Informatizado", que tiene el carácter de documento público. Sirve, entre otras, para vehicular la colaboración con el Órgano Centralizado para la Prevención de Blanqueo de Capitales (OCP) y con las autoridades policiales y judiciales, comunicando actuaciones sospechosas o extrayendo conclusiones por medio de análisis algorítimico, con pleno respeto a la normativa de protección de datos.

Finalmente, en cuanto a la circulación del documento, se deben potenciar las comunicaciones seguras entre notariados, creando redes de interconexión que permitan la remisión y recepción de copias con plena garantía, como IBER@ el proyecto EUDoc desarrollado por los notariados español y alemán con intención de que se convierta en una verdadera red notarial europea que permita además la conexión por videoconferencia entre notarios europeos y la validación de firmas electrónicas con atributo de notario.

En consecuencia, y a modo de resumen:

El notariado tiene en frente un amplio catálogo de retos, en muchos ámbitos y con distinta intensidad, que se pueden reconducir a una afirmación que incluye los tres conceptos sobre los que ha pivotado la exposición: el notariado debe ser parte proactiva de la digitalización, de modo que pueda seguir generando confianza, analógica y electrónica, en los procesos de desmaterialización de los negocios jurídicos.

6



PONENCIA

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA VULNERABILIDAD Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

ESC. JUAN PABLO VILLAR DOMÍNGUEZ. URUGUAY

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA
SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA VULNERABILIDAD Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

Tema II: El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito notarial

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA
SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021



PONENCIA DEL
ESC. JUAN PABLO VILLAR DOMÍNGUEZ
(URUGUAY)

COORDINADOR INTERNACIONAL.:
NOT. MARIO CÉSAR ROMERO VALDIVIESO
(PERÚ)

COORDINADORES NACIONAL.:
ESCS. CARLOS GROISMAN Y GONZALO TROBO
(URUGUAY)



INDICE

RESUMEN EJECUTIVO

INTRODUCCIÓN

PRIMER CAPÍTULO PRINCIPAL
Panorama del tratamiento jurídico de la discapacidad intelectual o mental en Uruguay

1) Datos estadísticos.
2) El cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad y su recepción por el Derecho Positivo Uruguayo.
3) Evolución normativa en materia discapacidad mental o intelectual en Uruguay.
4) Observaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al régimen normativo uruguayo.
5) Repercusiones de la evolución normativa a nivel judicial.
6) La evolución normativa y el deber ético notarial de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base igualitaria.

SEGUNDO CAPÍTULO PRINCIPAL
Distinción de conceptos a la luz de la evolución normativa

1) Capacidad e incapacidad.
A) Visión de la capacidad y la incapacidad de goce con anterioridad a la CDPD.
B) Visión de la capacidad y la incapacidad de obrar con anterioridad a la CDPD.
C) ¿Subsisten luego de la vigencia de la CDPD situaciones de incapacidad por causa de deficiencias mentales o intelectuales?
    C.1) ¿A qué tipo de capacidad se refiere el artículo 12 de la CDPD?
    C.2) ¿La regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones?
    C.3) La justificación de las excepciones implícitas a través de la laguna axiológica y el argumento de disociación.
2) La situación de discapacidad.
3) La vulnerabilidad de personas capaces.

TERCER CAPÍTULO PRINCIPAL

La función notarial y su conexión con el control de la capacidad de los otorgantes

1) El control de la capacidad de los otorgantes por el notario.
2) El juicio notarial de capacidad con anterioridad a la vigencia de la CDPD.
    a) ¿En qué consiste el juicio notarial de capacidad?
    b) ¿A qué conclusiones puede arribar el Escribano?
    c) ¿Cuál es el alcance probatorio del juicio notarial de capacidad?
    d) ¿Cuál es el valor probatorio del certificado médico que en ocasiones solicita el Escribano?
3) Repercusiones del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental en el juicio notarial de capacidad.

CUARTO CAPÍTULO PRINCIPAL

La vulnerabilidad por causa de deficiencia intelectual
o mental de personas capaces de obrar y la función notarial

Planteamiento.
I) La justicia, el principio de igualdad y el de igualación.
    E) La justicia sustancial y formal.
    F) El principio de igualdad.
    G) Desde el principio de igualdad al principio de igualación.
II) El juicio notarial de vulnerabilidad y la imparcialidad activa.
    A) El juicio notarial de vulnerabilidad.
    B) La imparcialidad activa del notario ante personas vulnerables y su justificación como concretización del principio de igualdad y el de igualación.

QUINTO CAPÍTULO PRINCIPAL

Medidas de apoyo

1) La ponderación de principios.
2) Las medidas de apoyo como herramientas para balancear el principio de respeto y prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad y el principio de evitar la vulnerabilidad de la persona con discapacidad.
3) Clasificación de las medidas de apoyo.
4) Las medidas de apoyo en el Derecho Positivo Uruguayo. Su aplicación y sugerencias de *lege ferenda.*
5) Las medidas de apoyo y la función notarial.

CONCLUSIONES GENERALES

RECOMENDACIONES

RESUMEN EJECUTIVO

Se analizan las repercusiones en la función notarial de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por el Estado Uruguayo a través de la ley 18.418, en especial, lo relativo a la situación de las personas con discapacidad por causa de deficiencia mental o intelectual.

Se sostiene que, como regla, el hecho de que la aptitud intelectual o mental de una persona humana no alcance los parámetros de "normalidad" ya no es una causa de incapacidad de obrar. -Sin embargo, la incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental sigue vigente, como excepción, en aquellos casos extremos en los cuales la deficiencia es tan intensa que impide que el sujeto tenga el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

Del mismo modo, el juicio notarial de capacidad sigue vigente, pero los casos en que el Escri-bano puede concluir que el sujeto es incapaz para celebrar un negocio se ve reducido a situaciones extremas. En los demás casos, se debe concluir que la persona es capaz.

La reducción de casos de incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental provoca que el ámbito de actuación de personas capaces pero vulnerables por discapacidad intelectual o mental se amplíe notablemente y como consecuencia, el juicio notarial de vulnerabilidad de las personas capaces toma un mayor protagonismo que el que tenía con anterioridad

El principio central del respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad y la libertad de tomar sus propias decisiones debe balancearse con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar. Las medidas de apoyo son instrumentos idóneos para realizar ese balance y deberán determinarse para cada caso concreto en base a la ponderación de los dos principios referidos.

Sin perjuicio de la importancia de que se dicte una ley integral de medidas de apoyo, se sostiene que diversas medidas pueden ser utilizadas en la actualidad en virtud de los principios y reglas que surgen de la CDPD, aunque no se haya dictado una ley que las regule de manera específica.

Se destaca el rol que puede cumplir el Escribano a través de su asesoramiento a efectos de que se concreten medidas de apoyo por voluntad anticipada, de evitar que las personas con discapacidad queden ubicados en situaciones de vulnerabilidad mediante la "imparcialidad activa" y de informar a quien tenga un interés legítimo, sobre la posibilidad de instar al órgano público competente la determinación, adecuación o cancelación de medidas de apoyo, cuando no se ajusten a las circunstancias actuales de la persona.

INTRODUCCIÓN

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) realizada el 13 de diciembre de 2006, por su carácter holístico, refiera a todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad, incluidos, aquellos vinculados a la actividad notarial. Uno de los ámbitos de mayor relevancia para el notariado es el de la capacidad jurídica.

Dicha Convención fue ratificada por el Estado Uruguayo a través de la ley 18.418 y generó además de una modificación normativa (comprensiva de principios y reglas), un cambio de paradigmas en el tratamiento jurídico de las discapacidades, que obliga al intérprete, entre otros aspectos, a re-plantearse la vigencia y configuración de los conceptos de capacidad, incapacidad, discapacidad y vulnerabilidad.

Resulta del artículo 12 de la CDPD que las personas con discapacidad, tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y que los Estados Partes, deben adoptar las medidas pertinentes para que dichas personas puedan acceder al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La cuestión, pasa por responder si esta regla, admite o no excepciones. Si se concluye que la regla no admite excepciones, entonces las situaciones de incapacidad por deficiencia mental o intelectual ya no existirían, en cambio, si se concluye que la regla admite excepciones, las situaciones de incapacidad por dicha causa persisten aunque solo para casos excepcionales.

En el presente trabajo se sostiene que la referida regla admite excepciones y por lo tanto, el concepto de incapacidad de obrar por causa de deficiencia mental o intelectual sigue vigente, aunque ha visto reducido su campo de aplicación a casos extremos, en los cuales la deficiencia es tan intensa que impide al sujeto tomar sus propias decisiones.

La reducción de casos de incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental, provoca que el ámbito de actuación de personas capaces pero vulnerables por dicha causa se amplíe notablemente.

A partir de dichas premisas, se estudian las repercusiones de la CDPD en materia de discapacidad por causa de deficiencia intelectual o mental en la función notarial. En especial, se analizan los efectos que producen los cambios introducidos por dicha normativa en el juicio notarial de capacidad y en el de vulnerabilidad de las personas capaces.

Un principio fundamental que resulta de la CDPD es el del respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. Sin embargo, no es el único principio aplicable y también es muy importante el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar.

En tal sentido, se analiza cómo deberían balancearse esos dos principios destacándose que las medidas de apoyo son instrumentos idóneos para lograr ese balance.

Con relación a las medidas de apoyo, el Escribano puede cumplir un rol importante en distintas instancias que incluyen, el asesoramiento en medidas de voluntad anticipada, el control de que las medidas adoptadas se apliquen de manera correcta, informar a las personas sobre la posibilidad de instar al órgano público competente que revise si la medida adoptada es la adecuada para las circunstancias actuales de la persona, etc.

Para finalizar esta introducción, destaco que el Notariado de Tipo Latino tiene el deber ético, consigo mismo y con la sociedad, de asumir un rol protagónico en la promoción, desarrollo e implementación de aspectos vinculados a los derechos humanos y en particular, de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil en condiciones de igualdad.

PRIMER CAPÍTULO PRINCIPAL

PANORAMA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL O MENTAL EN URUGUAY

1) Datos estadísticos

El Estado Uruguayo realizó un informe inicial sobre las medidas que ha adoptado para cumplir las obligaciones que contrajo por la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 35.1 de dicha Convención.

En él se expresa que los datos preliminares del último Censo Nacional del año 2011 indican que de los 3.251.654 habitantes con los que cuenta Uruguay, 517.771 presentan algún tipo de discapacidad. Se especifica que de ese total, presentan una discapacidad leve 365.462, una discapacidad moderada 128.876 y una discapacidad severa 24.433 personas. En términos porcentuales, de acuerdo a estas cifras un 15,9% de la población uruguaya está formada por personas con discapacidad.

Surge de dicho informe que de acuerdo a estudios llevados a cabo por el Programa Nacional de Discapacidad (PRONADIS) para un alto porcentaje de la población estudiada no hay mayor incidencia en las actividades de cuidado personal, trabajo doméstico y recreación dentro y fuera de la casa. Sin embargo, un 50% se ve muy afectado para sus estudios y un 31% señala que lo afecta para el trabajo.

Se manifiesta también que datos preliminares del estudio realizado por el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) y la Red Temática de Discapacidad de la Universidad de la República (2009) en hogares con extrema pobreza, señalan que el 59% de los niños presentan discapacidad mental, distribuyéndose de la siguiente manera: 49% intelectuales, 13% psíquicas y 38% ambas (estos datos corresponden a los primeros 238 hogares relevados en los cuales residen 404 personas con discapacidad).

Los datos estadísticos mencionados reflejan de manera elocuente la importancia que el tema tiene para la sociedad y como consecuencia, para el Notariado.

2) El cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad y su recepción por el Derecho Positivo Uruguayo

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad generó un cambio de paradigma en el tratamiento de las discapacidades, al dejar atrás el denominado *"modelo médico"* y pasar al llamado *"modelo social"*.[1]

El *"modelo médico"* o "*rehabilitador*" considera al discapacitado como una persona que sufre una anomalía funcional que lo coloca en una situación de deficiencia con relación a la normalidad de las personas. El tratamiento de la discapacidad se orienta con carácter prioritario en curar a la persona para restaurarla a la *"normalidad"* y cuando no se logra el *"nivel de normalidad"*[2] requerido es objeto de políticas asistencialistas.

Señala GONZALEZ RAMOS[3] que el modelo médico *"sitúa el "problema" de la discapacidad en la persona misma, quien requiere tratamientos médicos para ser rehabilitada; asimismo, entiende a la persona con discapacidad como objeto de análisis clínico, de seguridad social, de cuidado médico o de caridad, alejándose de la idea de la persona como un sujeto titular de derechos".*

Bajo este modelo, si la discapacidad afecta la aptitud mental o intelectual del sujeto o le impide comunicarse mediante los signos legalmente admitidos para ejercer la actividad civil, como regla, la persona pierde su autonomía al sustituirse su voluntad por la de un representante legal (curador) en la toma de decisiones que afectan su propia vida.

Dicha pérdida de autonomía se traduce en la incapacidad de la persona para ejercer sus derechos por sí mismo (incapacidad de ejercicio) y, cuando determinados derechos no pueden ser ejercidos por el representante legal, sea por tratarse de un acto personalísimo (ej. otorgar testamento) o porque una norma prohíbe al representante

---

[1] CUENCA GÓMEZ, Patricia, *"Discapacidad, normalidad y derecho humanos"* en el libro *"Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos",* Tirant Lo Blanch, 2014, Valencia, ISBN: 978-84-9053-389-5, pág. 90: "Es común señalar que la CDPD impone un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad desde el modelo médico al modelo social y desde la perspectiva asistencialistas a la perspectiva de los derechos humanos. Pero, además, y vinculado con lo anterior – siguiendo a M.C. Barranco y como se indicó al inicio- la CDPD expresa también un cambio de paradigma en el tratamiento general de la vulnerabilidad". En página 74 y siguientes se refiere al *"modelo médico"* y al *"modelo social"*.

[2] Expresión utilizada por CUENCA GÓMEZ, Patricia, ob. cit. pág. 6.

[3] GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim *"Capacidad jurídica de las personas con discapacidad"* México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 15.

celebrar determinados actos (ejemplo: renunciar a derechos), directamente, se traduce en la pérdida del goce de esos derechos (incapacidad de goce).

El *"modelo social"*[4] traslada el eje del tratamiento de la discapacidad desde el individuo a la sociedad, en el sentido de que es la sociedad la que tiene que cambiar para incluir a las personas con discapacidad y no la persona con discapacidad la que tiene que adaptarse a la sociedad para ser integrada.

Señala GONZALEZ RAMOS[5] que el modelo social o de derechos humanos *"se enfoca en la dignidad de la persona humana y, posteriormente, y sólo si es necesario, en la discapacidad. Localiza el "problema" de la discapacidad fuera de la persona, en la sociedad, la que no ha sido capaz de adaptarse a las necesidades de todas las personas que viven en ella. De lo anterior se deriva que el Estado sea el responsable de eliminar las barreras creadas socialmente que impiden a las personas con discapacidad gozar de un igual respeto y disfrute de derechos humanos. Asimismo, centra en el individuo la toma de decisiones que le pueden afectar".*

Se distingue entre los conceptos de deficiencia y discapacidad, porque el primero es la pérdida o limitación total o parcial de un mecanismo del cuerpo mientras que la segunda es la desventaja causada por la organización social que excluye a las personas con deficiencias de las actividades sociales.[6]

Este modelo aboga por la inclusión de las personas con discapacidad en los diversos ámbitos de la sociedad, sea educativo, laboral, económico, etc. El modelo no pretende la creación de nuevos derechos para las personas con discapacidad, este modelo busca, por medio de los necesarios ajustes, que los derechos ya existentes sean disfrutados por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.[7]

Otro aspecto clave de la Convención se encuentra en preferir el modelo de la *"asistencia en la toma de decisiones"* a través de medidas de apoyo adaptadas a las necesidad de la persona y que preserven su autonomía de la voluntad, sobre el modelo de la *"sus-*

[4] Véase CUENCA GÓMEZ, Patricia, ob. cit. pág. 83 y siguientes.

[5] GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim *"Capacidad jurídica de las personas con discapacidad"* México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 16.

[6] Conforme GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim *"Capacidad jurídica de las personas con discapacidad"* México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 17.

[7] Conforme GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim *"Capacidad jurídica de las personas con discapacidad"* México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 18 y 40.

titución en la toma de decisiones" que implica la designación de un curador con facultades representativas que sustituye la voluntad de la persona con discapacidad.

La inclusión de las personas con discapacidad en la actividad civil requiere de la construcción de nuevas formas relativas al goce y ejercicio de los derechos, que sean sensibles a sus diferencias. Estas nuevas formas se traducen en *"medidas de apoyo"* que sean proporcionales a las necesidades del discapacitado por causas mentales, intelectuales, físicas o sensoriales y que le permitan –siempre que sea posible– conservar su autonomía para tomar sus propias decisiones y consecuentemente, preservar su capacidad de goce y ejercicio.

Las personas con discapacidad deben poder gozar y ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos en condiciones de igualdad y para ello, es necesario rediseñar la forma en que pueden hacerlo.

Como señala CUENCA GÓMEZ[8], la incapacitación, que implica privar a las personas con discapacidad del control sobre sus propias vidas, se presenta como una de las expresiones más evidentes de carencia de poder. Para evitar dicha situación, las condiciones de acceso a la capacidad jurídica y sus modalidades de ejercicio deben adaptarse a las necesidades de las personas con discapacidad, y ello exige, la erradicación de las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones.

A través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector[9] y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

El Estado Uruguayo ha ratificado la CDPD a través de la ley 18.418. En virtud de dicha ratificación, las normas que surgen de la Convención forman parte del Derecho Positivo Uruguayo vigente y por lo tanto, el ordenamiento jurídico uruguayo recogió el cambio de paradigma mencionado.

---

[8] Ob. cit. pág. 88.

[9] PETIT SÁNCHEZ, Milagros *"La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés"* Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 267: "los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial- y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la óptica de la institución que protegía-, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada".

3) Evolución normativa en materia discapacidad mental o intelectual en Uruguay

El Código Civil Uruguayo (CCU) comenzó a regir el primero de enero de 1869 y reconoció que el ser humano, por el solo hecho de ser tal, tiene capacidad de goce general (art. 21 CCU) sin perjuicio de que consagra algunas incapacidades de goce especiales.

A su vez, el CCU distinguió entre personas capaces de obrar e incapaces de obrar, sin considerar situaciones intermedias.[10] De modo que si el sujeto es capaz puede celebrar por sí actos jurídicos válidos y si es incapaz, no puede celebrar por sí actos jurídicos válidos.

La incapacidad de obrar del sujeto por deficiencia mental o intelectual (dementes en la terminología no *aggiornada* del CCU) ocurre cuando dicha alteración impide al sujeto gobernarse a sí mismo o administrar sus negocios[11] y se produce con independencia del proceso judicial de incapacidad.

Cuando un sujeto tiene una deficiencia mental o intelectual que le impide gobernarse a sí mismo y administrar sus negocios y no ha sido declarado judicialmente incapaz, tradicionalmente se lo ha denominado *"incapaz natural"* en cambio, cuando por esa razón fue declarado judicialmente incapaz, se lo conoce como *"incapaz interdicto"*.

El acto celebrado por un sujeto absolutamente incapaz de obrar, ya sea natural o interdicto, es absolutamente nulo (art. 1560 CCU). La diferencia no se encuentra en la incapacidad, se encuentra en la prueba de la incapacidad, y por lo tanto, en la prueba de la nulidad del acto.

Si el sujeto incapaz otorga el acto después de haber sido declarado judicialmente incapaz, existe una presunción absoluta de incapacidad[12] y por lo tanto de la nulidad

[10] En lo que refiere a la competencia evaluativa por madurez, el Código sí consideró algunas situaciones intermedias al consagrar una capacidad de obrar limitada en lo que refiere a los menores habilitados por matrimonio (art. 307 CCU) y los menores respecto a su peculio profesional o industrial (art. 267 CCU).

[11] Conforme GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, p. 53.

[12] Conforme GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo X, 5 edición, Montevideo, FCU, 2001, pág. 139 y siguientes.

del acto (art. 438 y 831 num. 2 CCU). Como consecuencia, basta con probar que el sujeto celebró el acto durante la interdicción para demostrar su nulidad.[13]

En cambio, si el sujeto incapaz natural actúa cuando no había sido declarado judicialmente incapaz, es necesario probar que el sujeto era incapaz al momento de celebrar el acto, sin perjuicio de algunas atenuaciones probatorias en caso de que con posterioridad se declare judicialmente la incapacidad (art. 438 inciso 2 CCU) y de algunas limitaciones en los medios de prueba si el sujeto fallece sin haber sido declarado interdicto (art. 439 CCU).

De acuerdo al sistema que rigió hasta la vigencia del Código General del Proceso (CGP) (ley 15.982 promulgada el 18 de octubre de 1988), si se desarrollaba un proceso judicial de incapacidad, el Juez tenía dos opciones: a) declarar que el sujeto era incapaz y por lo tanto, su voluntad sería sustituida por la de un representante legal (curador), que quedaba legitimado para otorgar actos en interés del incapaz pero con independencia de su voluntad, sin perjuicio de algunos controles judiciales previstos para ciertos actos de importancia económica (venias judiciales); b) declarar que la incapacidad no había sido demostrada y por lo tanto, el sujeto se consideraba capaz y en esa condición podía celebrar por sí todo tipo de actos jurídicos de manera válida.

Entre los dos polos mencionados, no había término medio. Sin embargo, la realidad demuestra que entre una persona con plenitud de sus facultades mentales y una persona que no puede dirigirse a sí mismo ni administrar sus negocios, existen múltiples situaciones intermedias.

El CGP introdujo al Derecho Positivo Uruguayo la posibilidad de que el Juez establezca las medidas de protección personal que considere conveniente para asegurar la mejor condición del denunciado por incapaz (art. 442 CGP).

A su vez, el artículo 444 CGP estableció que el tribunal que entiende en los procedimientos tendientes a la declaración judicial de la incapacidad, tiene respecto del denunciado, todas las facultades de protección que el Código del niño confiere al órgano judicial en materia de menores y que podrá designarle un curador interino, someterle a un régimen de asistencia y de administración provisoria de sus bienes e incluso detener los procedimientos en espera de la evolución de la enfermedad.

[13] Sin perjuicio, a mi juicio, de la eventual inoponibilidad de la incapacidad absoluta de obrar y por lo tanto de la nulidad del acto si la interdicción no se inscribió en el Registro Nacional de Actos Personales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 438 CCU.

Por su parte el art. 447 CGP dispuso que, cumplidos los procedimientos, si el tribunal no adquiriera la convicción del estado de incapacidad del denunciado, podrá clausurar los procedimientos o mantener por un plazo que determinará y que podrá ser prorrogado todas las veces que sea necesario, el régimen de protección y administración anteriormente establecido.

De modo que a partir de la vigencia del CGP, cuando se inicia un proceso por incapacidad los resultados pueden ser tres:

1) la interdicción total, que supone el nombramiento de un curador que sustituye la voluntad del incapaz;

2) la no interdicción, que supone que el sujeto puede continuar actuando por sí solo;

3) lo que se podría denominar *"interdicción parcial"*, en cuyo caso la medida de protección será adecuada a las circunstancias de la persona, por ejemplo, aquella que establece que el sujeto mantiene su capacidad y la posibilidad de actuar de manera personal, pero para celebrar determinados actos, deberá ser asistido por un asistente.

A raíz de esta modificación y a efectos de adecuar el Código Civil, la ley N° 16.603 de 19 de octubre de 1994 introduce una variante en la redacción del art. 437 de dicho código que a partir de entonces establece *"El auto que nombre curador interno y todo aquel que suponga cualquier forma de interdicción, a más de publicarse en los periódicos, debe inscribirse en el Registro respectivo, en la forma, plazo y con los efectos que la ley determine".*[14]

De este modo, en el Derecho Positivo Uruguayo, con anterioridad a la vigencia de la CDPD ya existía la posibilidad de que el Juez estableciera medidas de apoyo ajustadas a la persona. Sin embargo, la ley no reguló medidas concretas y la situación quedó librada a la prudencia judicial.

[14] En la misma línea, en el año 2013, la Ley N° 19.090 reforma el Código General del Proceso y amplía el objeto del proceso de incapacidad que antes consistía en *"obtener una declaración de incapacidad para realizar los actos de la vida civil"* sin perjuicio de que eventualmente el Juez podía decidir adoptar otras medidas de protección, y pasó a consistir en *"obtener una declaración de incapacidad para realizar los actos de la vida civil o adoptar medidas de protección de conformidad con lo dispuesto por los artículos 442, 441.1 y 447.2".* De este modo, en la actualidad existe la posibilidad de iniciar un proceso con la finalidad de lograr medidas de protección distintas de la incapacidad, sin necesidad de iniciar un proceso de incapacidad, a diferencia de lo que ocurría antes de la ley 19.090.

Mediante la ley 17.330 de 9 de mayo de 2001 el Estado Uruguayo ratificó la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad suscrita en Guatemala en el año 1999.

Un nuevo y gran paso en la evolución normativa se produce con la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por ley 18.418 de 20 de noviembre de 2008. A su vez, a través de la ley 18.776 de 15 de julio de 2011, Uruguay aprobó la adhesión al Protocolo facultativo de la CDPD.

Otro paso importante resulta de la aprobación de la ley 18.651 de 19 de febrero de 2010 *"Ley de protección integral de personas con discapacidad"* que regula situaciones vinculadas a la constitución de bien de familia y derecho de habitación, asistencia personal, educación, salud, trabajo, urbanismo, transporte, etc.

En la misma orientación se han aprobado otras leyes, a vía de ejemplo la ley 18.473 promulgada el 3 de abril de 2009 de *"Regulación de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen la vida en casos terminales"*; la ley 19.353 promulgada el 27 de noviembre de 2015 de *"Creación del sistema nacional integrado de cuidados (SNIC)"* y la ley 19.529 promulgada el 24 de agosto de 2017 *"Ley de salud mental"*.

4) Observaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al régimen normativo uruguayo

El Estado Uruguayo realizó el informe inicial sobre las medidas que ha adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la CDPD a que refiere el artículo 35.1 de dicha Convención, el que fue examinado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus sesiones 269 y 270 celebradas el 15 y 16 de agosto de 2016 respectivamente. Dicho Comité aprobó las observaciones finales en sesión celebrada el 29 de agosto de 2016.

Como aspectos positivos, el Comité tomó nota con beneplácito de la ratificación del Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas con Discapacidad Visual o con otras dificultades para acceder al Texto Impreso y observó con satisfacción la legislación y políticas públicas que incluyen disposiciones sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular la ley 18.651 de 2010.

Las preocupaciones y recomendaciones fueron diversas. Señalaré aquellas que, considero, más relevancia tienen con relación al objeto de este trabajo.

En lo que refiere a los principios generales y obligaciones (arts. 1-4), entre las observaciones generales se encuentra que la legislación mantiene una terminología peyorativa que no armoniza con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos establecido en la Convención, recomendándose que se adopte un plan para la revisión, derogación, reforma y/o adaptación de legislación y políticas con el objeto de reconocer a las personas con discapacidad como sujetos plenos de derechos humanos en armonía con la Convención.

Con relación a los derechos específicos (arts. 5-30) también se señalaron observaciones. Respecto al artículo 12 se observó que al Comité le preocupa que diversas leyes, en particular los artículos 37 y 80 de la Constitución, el Código Civil, la ley 17.535 sobre personas sujetas a curaduría general, se encuentran en contradicción con la Convención y discriminan y restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

El Comité recomendó que se derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y adopte medidas concretas para establecer un modelo de sistema de apoyo al proceso de toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, que reemplace a las formas de sustitución en la toma de decisiones.

El Comité señaló que le preocupan las restricciones que se imponen a personas con discapacidad respecto al derecho a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos o a recibir préstamos bancarios, hipotecas y otros en igualdad de condiciones con las demás personas y recomendó que se garantice a todas las personas con discapacidad el acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas, a ser propietarias y heredar bienes, a créditos, hipotecas y toda la variedad de servicios financieros.

5) Repercusiones de la evolución normativa a nivel judicial

La jurisprudencia uruguaya ha recepcionado los principios señalados por la CDPD y en los últimos años se pueden observar diversas sentencias, en las cuales se ha dictaminado bajo el criterio de que, siempre que sea posible, debe preferirse una medida de

apoyo en la toma de decisiones que preserve la autonomía de la voluntad del sujeto en lugar de la interdicción total.

Al respecto y a vía de ejemplo, cito los siguientes fragmentos de sentencias.

El TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE SEGUNDO TURNO[15] en sentencia 124/2018 ha expresado: *"la sentencia que declare la interdicción total de un sujeto, así como el nombramiento de un curador que ejerza su representación legal, constituyen desde la aprobación de la Convención de 13 de diciembre de 2006 medidas en buen grado excepcionales, que sólo aparecen justificadas en aquellas hipótesis en que la condición concreta del individuo al cual se le imponen padezca un déficit intenso en su psiquis que le impida en modo absoluto el autogobierno.*

Fuera de esos casos excepcionales es procedente el dictado judicial de reglas de apoyo, que solo restrinjan la aptitud de obrar del sujeto en cuanto se considere imprescindible para su más adecuada protección».

A su vez, el TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE PRIMER TURNO, en cita al TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE SEGUNTO TURNO[16], expresa: *"La gradación de las medidas debe estar rigurosamente ordenadas en forma jerárquica: sólo una vez que se verifica que los medios de protección y apoyo menos intrusivos no son suficientes se puede recurrir a aquellos más graves, que restringen en su totalidad la capacidad de obrar del sujeto, así como el nombramiento de curador que ejerza su representación legal, constituyen desde la aprobación de la Convención de 13 de diciembre de 2006 medidas en buen grado excepcionales, que solo aparecen justificadas en aquellas hipótesis en que la condición concreta del individuo al cual se le imponen padezca un déficit intenso en su psiquis que le impida en modo absoluto el autogobierno. Fuera de esos casos es procedente el dictado judicial de reglas de apoyo, que solo restrinjan la aptitud de obrar del sujeto en cuanto se considere imprescindible para su más adecuada protección".*

[15] Cavalli, Musi, Álvarez Martínez (r), Sentencia 124/2018 de 8/8/2018 Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, tomo VII pág. 291 y 292.

[16] Cita realizada por el TAF 1° en sentencia 248/2018 de 19/12/2018 Bendahan (r), Díaz Sierra, Messere. Anuario de Derecho Civil Uruguayo tomo XLIX p 300.

6) La evolución normativa y el deber ético notarial de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base igualitaria

COSOLA[17] ha escrito que ya no puede existir sobre la personalidad humana una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración de la voluntad y la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se les ha permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

Comparto dicha opinión y considero que el Notariado de Tipo Latino, por sus características, debe asumir un rol protagónico en la concreción de los nuevos paradigmas que resultan del actual tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

ATIENZA[18] ha expresado que, si bien la idea fundamental sobre el *Derecho* es que se trata de una práctica que intenta lograr ciertos valores y fines, estos no son los mismos desde cada una de las posiciones y debe haber posiciones distintas para que puedan funcionar de manera satisfactoria en su conjunto.

La posición del escribano, la del juez, la del abogado y la del registrador frente al Derecho son distintas, por la diversa naturaleza de sus funciones, así como por las desiguales circunstancias en las cuales intervienen.

El Notario de Tipo Latino se posiciona frente al Derecho como un jurista imparcial, que procura la realización pacífica del Derecho con una perspectiva preventiva del litigio y con precauciones para que, si este se produce, el proceso cuyo objeto sea la realización coactiva de los derechos involucrados sea eficaz.

A su vez y como complemento de lo anterior, el Escribano mediante su asesoramiento es un colaborador en la producción del Derecho Positivo Justo para el caso concreto. Al respecto, es oportuno recordar que VALLET DE GOYTISOLO[19] enseña que una

---

[17] COSOLA, Sebastián Justo *"La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial. (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación)".* Revista Notarial. Año 2016/02, N° 94, pág. 499. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.

[18] ATIENZA, Manuel. Conferencia: *"Elementos formales, materiales y pragmáticos de la argumentación jurídica."* Chile, Minuto 1:30:47, disponible en (www.youtube.com/watch?v=yul-C14tthU).

[19] VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (2004): *Manuales de metodología jurídica III. La determinación del Derecho.* Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp.257 y 259.

de las claves de la función notarial se halla en saber captar el sentido del Derecho, que según sostiene, es el sentido de lo justo; y en ese aspecto, el notario busca la solución más justa para el caso concreto al aconsejar a los otorgantes que la adopten y COSOLA[20] nos habla de la *"prudencia notarial"* como la aptitud para investigar cuál es la solución justa para el caso concreto.

Es desde esta posición, que pretende optimizar el punto de encuentro entre los valores de la seguridad jurídica y lo justo para el caso concreto, que el Escribano debe procurar la concreción de los nuevos paradigmas en materia de personas con discapacidad.

Entre los pilares de la función notarial se encuentran la ciencia jurídica, la ciencia redactora, la fe pública y en especial la ética. Con relación a este último elemento COSOLA[21] distingue cinco especies de deberes éticos notariales: consigo mismo, con sus requirentes, con sus compañeros, con su corporación y con la sociedad.

El Notariado tiene el deber ético consigo mismo y con la sociedad de asumir un rol protagónico en la promoción, desarrollo e implementación de aspectos vinculados a los derechos humanos y en particular, en el tratamiento jurídico de los derechos de las personas con discapacidad.

La Declaración de Principios para la Igualdad del año 2008 expresa que todos los seres humanos tienen derecho a *"participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil"*, encontrándose en la concreción de este principio, uno de los grandes desafíos que tiene el notariado y en especial, la fuente de un deber ético que orientará el desarrollo de este trabajo: el deber ético notarial de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil en condiciones de igualdad.

[20] COSOLA, Sebastián J. (2014): *"La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo",* Gaceta Notarial, Lima: pp. 109 y siguientes.

[21] COSOLA, Sebastián J. (2008): *Los deberes éticos notariales*, 1.ª ed., Buenos Aires: AD-HOC.

SEGUNDO CAPÍTULO PRINCIPAL

DISTINCIÓN DE CONCEPTOS A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

La ratificación de la CDPD por el Estado Uruguayo significó la recepción en este Derecho Positivo de los principios y reglas que resultan de dicha Convención.

Este hecho generó además de una modificación normativa (comprensiva de principios y reglas), un cambio de paradigmas en el tratamiento jurídico de las discapacidades, que obliga al intérprete, entre otros aspectos, a re-plantearse la vigencia y configuración de los conceptos de capacidad, incapacidad, discapacidad y vulnerabilidad.

A continuación me referiré a los conceptos de capacidad e incapacidad desde la visión anterior a la ratificación de la Convención, para luego analizar su vigencia y configuración con posterioridad a dicha normativa. Luego, me introduciré en los conceptos de discapacidad y vulnerabilidad.

1) Capacidad e incapacidad

Tradicionalmente la doctrina uruguaya[22] ha distinguido entre la capacidad *"de goce"* o *"jurídica"* y la capacidad *"de ejercicio"* o *"de obrar"* de los sujetos en los términos que se desarrollan a continuación.

A) Visión de la capacidad y la incapacidad de goce con anterioridad a la CDPD

El artículo 21 del Código Civil Uruguayo establece: *"Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública"*. De este modo se distingue entre la persona humana o física y la persona jurídica.

[22] A vía de ejemplo, véase GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, CAFARO, Eugenio B, CARNELLI, Santiago: *"Eficacia contractual"* Montevideo, FCU, 2 ed. 2006.

La capacidad de goce o jurídica es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones,[23] aptitud que presupone la existencia de la persona y no se confunde con ella. El ser humano, por el solo hecho de ser tal, tiene capacidad de goce general (art. 21 CCU) sin perjuicio de que se consagran algunas incapacidades de goce especiales.

Se produce una situación de incapacidad de goce cuando una persona no puede gozar de un derecho porque según los parámetros legales es incapaz de obrar y al mismo tiempo, la ley no le permite ejercer el derecho a través de otra figura jurídica

Por ejemplo, de acuerdo a los criterios que resultan del Código Civil Uruguayo, un ser humano de 4 años o un sujeto declarado judicialmente incapaz, son personas que tienen una incapacidad de goce: carecen del derecho a disponer por testamento. Esto porque dichas personas, por su falta de aptitud interna según los parámetros legales, no pueden otorgar válidamente testamento por sí (art. 831 CC) y tampoco pueden recurrir a otro mecanismo como el de la representación legal para hacerlo por tratarse de un acto personalísimo. Como consecuencia, ese ser humano no puede ejercer el derecho a testar por causa de una falta de aptitud interna según los parámetros legales y tiene una incapacidad de goce.

La misma incapacidad de goce, existe con relación a los sujetos mencionados respecto a la remisión de los derechos. Según el Código Civil Uruguayo, esos sujetos no pueden otorgar remisión válidamente por sí por falta de capacidad de obrar y tampoco pueden hacerlo sus representantes legales (art. 271 num. 5, 412 num. 6 y 431 CCU).

B) Visión de la capacidad y la incapacidad de obrar con anterioridad a la CDPD

La capacidad de obrar o de ejercicio es definida por GAMARRA[24] como *"una aptitud o idoneidad del sujeto para realizar por sí mismo, actos jurídicos válidos"*. La capacidad de obrar implica la posibilidad de que la persona ejerza por sí mismo sus derechos y cumpla sus obligaciones.

---

[23] Para CAFARO, Eugenio B, CARNELLI, Santiago: *"Eficacia contractual"* Montevideo, FCU, 2 ed. 2006, pág. 16 la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas.

[24] GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, pág. 64.

De acuerdo al Código Civil Uruguayo, una persona puede tener capacidad de goce, es decir, la aptitud para ser titular de derecho y obligaciones, pero no tener capacidad de obrar, es decir, no tener la aptitud para celebrar por sí mismo actos jurídicos válidos y como consecuencia, para ejercer por sí mismo sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Por ejemplo un ser humano de 8 años o un sujeto declarado judicialmente incapaz tiene capacidad de goce para adquirir un inmueble por título compraventa y modo tradición pero carece de capacidad de obrar, por lo tanto, no puede otorgar la compraventa por sí de manera válida y para lograrlo, debe recurrir al mecanismo de la representación legal.

La capacidad de obrar es un requisito de validez del negocio jurídico (art. 1261 CCU) y, según el grado de incapacidad del sujeto (absoluta o relativa), será la especie de nulidad con que se sancionará al negocio otorgado (absoluta o relativa) (artículos 1560 y 1568 CCU).[25]

CAFFERA[26] ha señalado que la capacidad de obrar es competencia evaluativa y lingüística. La competencia evaluativa de los contenidos de la comunicación en función de los fines perseguidos por la persona y la capacidad de tomar una postura, requiere de un índice etáreo y de la ausencia de desajustes fuertes entre la forma de ser del sujeto y el promedio para su comunidad de comunicación. La competencia lingüística indica la posibilidad de utilizar códigos entendibles en la comunidad en la cual se inserta.

De modo que, según el Código Civil Uruguayo un sujeto es incapaz de obrar cuando carece de competencia evaluativa (ya sea por falta de madurez determinada por su edad o por presentar desajustes fuertes entre la forma de ser del sujeto y el promedio para su comunidad) o cuando carece de competencia lingüística (como ocurre con una persona sordomuda, que no puede darse a entender por escrito ni mediante lenguaje de señas: artículo 1279 CCU).

[25] Conforme GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, pp. 209 y 210.
[26] CAFFERA, Gerardo (2008): *Una teoría del contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada,* Montevideo: FCU, p. 140 y 142.

C) ¿Subsisten luego de la vigencia de la CDPD situaciones de incapacidad por causa de deficiencias mentales o intelectuales?

El artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone: "***Igual reconocimiento como persona ante la ley.***

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

2. Los Estados Partes reconocerán que ***las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.***

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al ***apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica.***

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

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

Resulta con claridad de este artículo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida

y que los Estados Partes deben adoptar las medidas pertinentes para que dichas personas puedan acceder al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Antes de esta norma, la incapacidad de obrar de un sujeto se podía producir porque su aptitud o capacidad mental o intelectual se encontraba fuertemente disminuida con relación a los parámetros de *"normalidad"*.

A través de esta norma se quita el *"velo de la normalidad"*[27] en el sentido de que el hecho de que una persona tenga su capacidad mental o intelectual fuertemente disminuida con relación a los parámetros normales ya no es una causa de incapacidad. Por el contrario, las personas tienen capacidad jurídica aún en el caso de que su capacidad mental o intelectual se encuentre fuertemente disminuida con relación a los parámetros normales, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad.

La cuestión, pasa por responder si esta regla, admite o no excepciones. Si se concluyera que la regla no admite excepciones, entonces las situaciones de incapacidad por deficiencias mentales o intelectuales ya no existirían, en cambio, si se concluye que la regla admite excepciones, las situaciones de incapacidad por deficiencias mentales o intelectuales persisten, aunque solo en casos excepcionales.

Para responder a esa cuestión, se comenzará por especificar a qué tipo de capacidad se refiere la expresión *"capacidad jurídica"* para luego, realizar la actividad interpretativa correspondiente a efectos de concluir si la regla referida admite o no excepciones y en consecuencia, si subsisten o no las situaciones de incapacidad por causa de deficiencia mental o intelectual.

C-1) ¿A qué tipo de capacidad se refiere el artículo 12 de la CDPD?

En primer lugar, corresponde precisar si la expresión *"capacidad jurídica"* establecida en el artículo 12 de la CDPD refiere a la capacidad de goce, a la capacidad de ejercicio o a ambas. La Observación General número 1 del Comité de Expertos sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas elaborada entre

[27] Sobre el *"velo de la normalidad"* puede leerse CUENCA GÓMEZ, Patricia *"Discapacidad, normalidad y Derechos Humanos"* en *"Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos"* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 71 y siguientes.

el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, expresa que: *"Capacidad jurídica significa dos cosas: que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda.*

En algunos países, esto se llama capacidad de obrar. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad".

Interpreto que el hecho de que signifique *"que tienes derechos y obligaciones"* es una referencia a la capacidad de goce y el hecho de que signifique *"que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda"* es una referencia a la capacidad de obrar.

Por lo tanto, considero que la expresión *"capacidad jurídica"* a que refiere la el artículo 12 de la CDPD, comprende tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio.[28] Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos y deben poder ejercerlos en condiciones de igualdad[29], tienen capacidad de goce y capacidad de ejercicio, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar.

C-2) ¿La regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones?

ALEMANY GARCÍA[30] ha señalado como un error de la Convención tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales.

---

[28] Surge del preámbulo de la Ley española 8/2021 de 2 de junio de 2021 que: "Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de la Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos".

[29] CUENCA GÓMEZ, Patricia, *"Discapacidad, normalidad y derechos humanos"* en el libro *"Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos",* Tirant Lo Blanch, 2014, Valencia, ISBN: 978-84-9053-389-5, pág. 87: "Desde esta óptica, las personas con discapacidad no sólo deben tener reconocidos los mismos derechos que los demás ciudadanos, sino que deben poder ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de igualdad sin que la discapacidad –o la deficiencia- puedan justificar limitaciones en este ámbito".

[30] Citada por PETIT SÁNCHEZ, Milagros *"La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés"* Revista de Derecho Civil, http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020). página 272.

En la misma línea, LÓPEZ SAN LUIS[31] es de la opinión de que los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones.

En la misma línea de pensamiento, considero que los diferentes tipos e intensidad de las deficiencias pueden repercutir de modo distinto en la idoneidad de la persona para tomar sus propias decisiones y por lo tanto, para celebrar actos por sí mismo.

La voluntad se forma por el querer, el discernimiento y la libertad. El discernimiento consiste en la posibilidad de distinguir situaciones y comprender las consecuencias de los actos. La toma de decisiones voluntarias, inexorablemente, requiere de un mínimo de discernimiento y si este no existe por la gravedad de deficiencia mental o intelectual de una persona, sostener que el sujeto mantiene su capacidad de obrar se convierte en algo irreal.

Imaginemos a una persona que padece una deficiencia mental o intelectual tan severa que no puede comprender la naturaleza, la causa ni las consecuencias de un acto. No sería razonable pretender que esa persona tome la decisión de celebrar el acto por sí mismo con una medida de apoyo porque falta un elemento de la voluntad: el discernimiento.

El cambio de paradigma que establece la CDPD se fundamenta en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y a partir de allí se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad en igualdad de condiciones que los demás y pueden ejercer sus derechos por sí mismos sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar.

El principio del respeto a la autonomía de la voluntad y preferencias de las personas fundamenta la regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y es a la luz de dicho principio, que debe analizarse si subsisten o no las situaciones de incapacidad por causa de deficiencia intelectual o mental.

---

[31] Citada por PETIT SÁNCHEZ, Milagros *"La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés"* Revista de Derecho Civil, http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020). página 272.

Si la deficiencia intelectual o mental no le impide al sujeto tener el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus decisiones (sin perjuicio de medidas de apoyo que pueda necesitar), entonces, es la persona con discapacidad quien tomará sus propias decisiones.

Sin embargo, en algunas situaciones, la deficiencia de la persona tiene tal intensidad, que le impide tener el mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones. En estos casos, la aplicación del respeto a la autonomía de la voluntad y preferencias de las personas, no consiste en que la propia persona con discapacidad tome sus decisiones porque no puede hacerlo, consiste en que el sujeto que tome las decisiones por él, lo haga de acuerdo a lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad y preferencia de la persona si es posible identificarla.

Pretender que una persona que no tiene el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad tome sus propias decisiones, sería contrario a la finalidad de la normativa, pues impediría que el sujeto pueda actuar jurídicamente. Es allí, donde una medida menos lesiva para la persona no es posible, que se mantiene el concepto de incapacidad de obrar y la posibilidad de que se establezcan medidas sustitutivas de la voluntad, al menos para ciertos actos. [32]

Por tal razón, entiendo que la regla establecida por el artículo 12 de la CDPD de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones. Estas excepciones aparecen cuando el sujeto padece una deficiencia intelectual, mental, física o sensorial tan intensa, que le impida tener el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

[32] En el mismo sentido HOWARD, Walter *"Los nuevos paradigmas en materia de discapacidad intelectual"* Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo II, año 2014, Montevideo FCU pág. 136: *"No obstante, a efectos de evitar equívocos, es provechoso insistir en este aspecto: la declaración judicial de interdicción que excluya la capacidad de obrar al sujeto discapacitado intelectualmente no debe entenderse abrogada por la Convención que venimos analizando, sino que la figura se mantiene. Lo que ha variado es que se ha transformado –a juicio de quien suscribe- en un instrumento residual, que sólo procede cuando el sujeto denunciado por incapaz carezca de aptitud para intervenir personalmente en la protección de sus intereses; caso en el cual –como ocurría antes de la Convención- corresponde el nombramiento de un curador que obre como representante legal y lo sustituya en la celebración de los negocios jurídicos"*.

Dichas excepciones a la regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, justifica la conclusión de que el campo de aplicación de la incapacidad de obrar se ha reducido pero no ha desaparecido.

A su vez, dicha incapacidad de obrar para los casos extremos, genera situaciones específicas de incapacidad de goce. A vía de ejemplo, un sujeto que tenga una deficiencia intelectual o mental tan intensa que vuelva inviable que tome sus propias decisiones, tiene una incapacidad de obrar respecto a la posibilidad de otorgar testamento y al mismo tiempo tiene la incapacidad de goce del derecho a testar, pues al tratarse de un acto personalísimo, no es posible que se otorgue sin su voluntad.

La palabra deficiente, según el diccionario de la Real Academia Española (RAE) significa, entre otras acepciones: *"2. Adj. Que tiene algún defecto o que no alcanza el nivel considerado normal"*. A partir de la CDPD, las personas con deficiencia intelectual o mental, son capaces jurídicamente aunque su capacidad mental no alcance los parámetros de *"normalidad"* siempre que tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar decisiones. El gran paso que se da a través de la CDPD, a mi juicio, no es la extinción de la incapacidad de obrar la cual sigue vigente, es el corrimiento del parámetro de la *"normalidad"* hacia el parámetro del mínimo discernimiento necesario, para fijar el límite entre una persona capaz de obrar y otra que no lo es.

En conclusión, considero que el significado razonable de lo dispuesto por la CDPD consiste en que las personas con discapacidad son capaces de gozar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar, salvo, aquellas excepciones que se producen cuando la intensidad de la deficiencia es tan grave, que impidan que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

C-3) La justificación de las excepciones implícitas a través de la laguna axiológica y el argumento de disociación

De acuerdo a la interpretación efectuada, la regla establecida por el artículo 12 de la CDPD de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones, como ocurre cuando el sujeto padece una deficiencia intelectual o mental tan intensa, que le impida tener el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

Si bien la CDPD no establece a texto expreso la excepción referida, ella resulta de manera implícita, pero ¿cómo se justifica dicha afirmación desde el punto de vista argumentativo?

Entiendo que la respuesta transita desde la laguna axiológica y el argumento de disociación hasta la integración mediante la regla implícita que resulta de los principios jurídicos.

Existe una laguna normativa cuando no hay una regla expresa que regule un caso, mientras que se presenta una laguna axiológica, cuando hay una regla expresa general, pero para un caso concreto, la aplicación de esa regla general, es contraria a los valores y principios del ordenamiento o incluso contraria a la propia finalidad de la regla, lo que conduce a la construcción de una excepción implícita y a colmar ese vacío a través de los principios jurídicos.

LARENZ[33], a las lagunas axiológicas las denomina *lagunas ocultas* y señala que se generan cuando el legislador ha omitido añadir a una norma general una limitación para determinados casos, la que viene exigida por el sentido y el fin de esta o de otra regla distinta y, con ello, por la conexión teleológica. Para colmar las lagunas ocultas, LARENZ apela a la reducción teleológica y expresa[34] que *"la integración de la laguna tiene lugar mediante la añadidura de la limitación que está exigiendo el sentido"*. Explica este autor que se habla de reducción teleológica, porque la regla contenida en la ley fue formulada de una manera demasiado amplia y, a través de este método, se reconduce dicha regla al campo de aplicación que le corresponde conforme al fin de la ley o a la conexión de sentido de la ley.

La *"reducción teleológica"* para colmar una laguna oculta a que refiere LARENZ, se asimila a lo que GUASTINI denomina "*argumento de disociación*", para construir una excepción implícita y así colmar una laguna axiológica.

Enseña GUASTINI[35] que el argumento de disociación consiste en alegar que dos supuestos de hecho son sustancialmente distintos y se puede utilizar para sostener dos decisiones de tipo distinto: por un lado, una interpretación restrictiva; por otro, la "construcción" de una excepción implícita.

---

[33] LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, pp. 298 y 308.

[34] LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 308.

[35] GUASTINI, Riccardo (2017): *Interpretar y argumentar,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 277.

GUASTINI[36] sostiene que el argumento de disociación, con relación a la construcción de una excepción implícita, se funda sobre el presupuesto de que el legislador haya querido una determinada distinción, pero no la haya explicitado, o sobre el presupuesto de que el legislador, aunque no haya realizado determinada distinción, la hubiera realizado si hubiera tomado en consideración el caso.

Según GUASTINI[37], la estructura del argumento de disociación mediante la construcción de una excepción implícita sería la siguiente:

a) Aparentemente (es decir, literalmente) el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho F (*Si F, entonces* G).

b) Sin embargo, dentro de la clase F se deben distinguir dos subclases, F1 y F2, *"sustancialmente distintas"*.

c) Era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis* referirse no a toda la clase F, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase F1).

d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye –presupone– una excepción (que concierne, por ejemplo, a la subclase F2).

El razonamiento referido se aplica a la situación analizada de la siguiente manera:

a) Literalmente el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de discapacidades. (*Si el sujeto padece una discapacidad, entonces igualmente tiene capacidad de obrar).*

b) Sin embargo, dentro de la clase *"discapacidades"* se deben distinguir dos subclases, discapacidades que no impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones y discapacidades que impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones. Ambas subclases son *"sustancialmente distintas".*

[36] GUASTINI, Riccardo (2017): *Interpretar y argumentar,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 278 y 279.
[37] GUASTINI, Riccardo (2017): *Interpretar y argumentar,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 279.

c) Los sujetos que no tienen el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones no tienen la posibilidad de ejercer sus derechos por sí mismos. La finalidad de la norma no es desamparar a esas personas. La intención de la normativa, a la luz de la *ratio legis* fue referirse no a toda la clase discapacidad, sino solo a las discapacidades que no impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye –presupone– una excepción, esto es, aquellas discapacidades que impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

La excepción implícita mencionada se colma mediante la formulación de la regla que resulta de manera implícita del principio jurídico aplicable. Si la persona carece del discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones, el principio aplicable es el de no desprotegerla y la forma de protección, ante dicha situación extrema, es la declaración de incapacidad y la designación de un representante legal, sin perjuicio de que este deberá actuar de acuerdo a lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad del incapacitado.

Basado en los fundamentos expuestos, entiendo que las personas con discapacidades son capaces de gozar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar, salvo aquellas excepciones que se producen cuando la intensidad de la deficiencia sea tan grave que torne inviable que el sujeto tome sus propias decisiones.

2) La situación de discapacidad

Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), la palabra *"discapacidad"* significa: *"1f. Situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social".*

El literal e) del Preámbulo de la CDPD establece: *"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 los demás".*

El artículo 1 de la CDPD en su inciso segundo establece: *"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 los demás".

Por su parte el artículo 2 de la ley 18.651 *"Ley de protección integran de personas con discapacidad"* que rige en Uruguay establece: *"Se considera con discapacidad a toda persona que padezca o presenta una alteración funcional permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica o visceral) o mental (intelectual y/o psíquica) que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".*

De los textos citados se aprecia la adopción del *"modelo social"* de la discapacidad referido con anterioridad, pues, lo que impide la participación plena y efectiva del sujeto en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, es la interacción con *"diversas barreras"* y no la deficiencia en sí misma.

Las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo no generan que el sujeto sea incapaz de obrar (salvo como vimos, en aquellos casos excepcionales en los cuales dicha deficiencia impide al sujeto elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones).

En términos estrictos, la persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, no es *"dis-capacitada"* pues el prefijo *"dis"*[38] indica oposición, negación o "contrario a". Si la persona fuera *"dis-capacitada"* entonces se debería sostener que la persona es *"opuesta a la capacidad"*, que *"no tiene capacidad"* o que es *"contraria a la capacidad"* y justamente eso no es lo que resulta de la CDPD.

La discapacidad es la situación que se produce cuando un sujeto con deficiencias pretende interactuar y se encuentra con barreras que le impiden participar de manera igualitaria con los demás. La discapacidad es el hecho de que una persona con deficiencias no pueda ejercer su capacidad por barreras sociales.

Las denominadas personas con discapacidad son personas capaces (salvo los casos excepcionales mencionados) con alguna o varias deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Estas personas, al intentar ejercer su capacidad se encuentran con barreras sociales que le impiden su ejercicio. Son las barreras sociales

[38] Según el diccionario RAE "dis-1- pref. Indica negación o contrariedad".

(y no las deficiencias) las que generan la situación de *"dis-capacidad"* en el sentido de que no le permiten a la persona capaz ejercer su capacidad.

Por las razones expuestas, considero que es más preciso hablar de "*personas con deficiencias en situación social de discapacidad*" que de "*personas con discapacidad*". Sin perjuicio de ello, continuaré utilizando la expresión *"personas con discapacidad"* a efectos de mantener la terminología utilizada en la CDPD.

3) La vulnerabilidad de personas capaces

Vimos que como regla, las denominadas personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Ahora bien, la deficiencia puede ubicar a la persona en una situación de vulnerabilidad a la hora de participar en la vida civil.

BARRANCO AVILÉS[39] ha escrito que la tendencia es considerar que conforman grupos vulnerables aquellas personas sobre las cuales recaen dos circunstancias:

1) que exista una situación de inferioridad que puede derivarse de una condición socio-cultural o una condición física;

2) que los sujetos en esa situación sean incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad.

La vulnerabilidad es la situación en la que se ubica una persona que se encuentra en inferioridad de condiciones para participar en la vida civil, inferioridad que no puede superar por sí sola y que la expone como una posible víctima de ser utilizada para el provecho de otra persona.

[39] BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: (2014): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos,* Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 20.

La vulnerabilidad no se identifica con el hecho de tener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Una persona puede tener una de tales deficiencias sin que ello lo ubique en una situación de vulnerabilidad a la hora de interactuar en la vida jurídica. Por ejemplo, una persona puede estar imposibilitada de caminar y por tal razón no se encuentra en situación de vulnerabilidad para otorgar una compraventa de un inmueble.

A su vez, una persona puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad sin tener una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial. A vía de ejemplo, una persona con un nivel educativo muy bajo y sin experiencia en negocios, celebra un contrato privado con un empresario que se dedica desde hace muchos años a otorgar negocios.

El punto de encuentro entre la deficiencia y la vulnerabilidad se produce cuando el sujeto tiene una deficiencia que no le impide tomar sus propias decisiones pero que lo ubica en una situación de inferioridad para actuar en la vida jurídica en condiciones de igualdad, situación que no puede superar por sí mismo.

En definitiva y a modo de síntesis:

a) La deficiencia de una persona puede no generar una situación de incapacidad de obrar, ni de vulnerabilidad al momento de otorgar un negocio. A vía de ejemplo, una persona impedida de caminar que otorga una compraventa.

b) La deficiencia de una persona puede no generar una situación de incapacidad de obrar pero sí una situación de vulnerabilidad al momento de otorgar un negocio. A vía de ejemplo, una persona que tiene una deficiencia intelectual que no le impide tomar sus propias decisiones, pero que lo ubica en una situación de inferioridad para actuar en la vida jurídica en condiciones de igualdad, situación que no puede superar por sí mismo y otorga una compraventa sin ningún tipo de medida de apoyo.

c) La deficiencia de una persona puede generar una situación de incapacidad de obrar si es de tal gravedad que le impide tener el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

TERCER CAPÍTULO PRINCIPAL

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SU CONEXIÓN CON EL CONTROL DE LA CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES

1) El control de la capacidad de los otorgantes por el notario

Entre las tareas que desempeña el Escribano con anterioridad a la autorización de una escritura pública se encuentra el control de la legalidad del acto. VALLET DE GOYTISOLO[40] se refiere al juicio de legalidad y sostiene que el escribano debe analizar, entre otras cosas, la posibilidad y licitud de llegar a la situación final buscada, partiendo de los presupuestos de la situación jurídica inicial examinada. En este aspecto el notario debe examinar y valorar si existe voluntad suficiente, seria, consciente y decidida.

El negocio jurídico se compone de manifestaciones de voluntad y para que éstas se expresen de manera válida, los otorgantes deben tener capacidad de obrar, de ahí, que el Escribano, en su función de controlar la legalidad de los actos, debe verificar la capacidad de los otorgantes.

La cuestión es ¿cómo efectúa el Escribano el control de la capacidad de los otorgantes? En Uruguay, el Escribano efectúa el control de la capacidad de los otorgantes por una parte a través del análisis de la información brindada por el Registro Nacional de Actos Personales mediante los certificados que expide y por otra parte mediante el juicio notarial de capacidad.

El artículo 35 de la ley 16.871 dispone: *"(Actos inscribibles). En esta sección se inscribirán: 1) Las interdicciones, limitaciones generales a la facultad de disposición y demás medidas cautelares relativas a la persona natural o jurídica decretadas por los Jueces, en los casos, formas y con el alcance previstos por la ley (...)"*. A su vez el artículo 73 de dicha ley expresa: *"(Certificados de información. Valor). La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscritos y la libertad de disposición, podrán acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que refieren los artículos siguientes"*; y el art. 77: *"(Certificados. Efectos). Las*

[40] VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (2004): *Manuales de metodología jurídica III. De la determinación del derecho*, Madrid: Fundación Cultural del Notario, pp. 236 y siguientes.

certificaciones producen el efecto de acreditar la situación registral que enuncian respecto de los bienes y personas por quienes se expidan, a la fecha y hora de su expedición".

Respecto al denominado *"juicio notarial de capacidad"*, el Derecho Positivo Uruguayo no lo exige de manera expresa. Sin embargo, como ha expresado ANIDO[41] dicho juicio se halla implícito en la autorización de toda escritura pública, lo cual comparto, desde que entre las funciones notariales se encuentra la de controlar la legalidad de los actos que incluye el control de la capacidad de los otorgantes.
Sobre dicho juicio nos introduciremos en el próximo ítem.

2) El juicio notarial de capacidad con anterioridad a la vigencia **de la CDPD**

En primer lugar me referiré al juicio notarial de capacidad en su visión anterior a la vigencia de la CDPD y luego a cómo repercute lo establecido en la CDPD en dicho juicio.

Con relación al juicio notarial de capacidad en su visión anterior a la vigencia de la CDPD, intentaré responder a las siguientes preguntas: a) ¿En qué consiste el juicio notarial de capacidad?; b) ¿A qué conclusiones puede arribar el Escribano?; c) ¿Cuál es su alcance probatorio?; d) ¿Cuál es el valor probatorio del certificado médico que en ocasiones solicita el Escribano?

a) ¿En qué consiste el juicio notarial de capacidad?

ROMERO COLOMA[42] ha escrito que: *"Es, en principio, absolutamente atípico que un profesional, como lo es el notario, emita un juicio sobre el estado mental del causante o testador, ya que el fedatario no tiene por qué ser una persona especialista en la mente humana, ni en los trastornos psíquicos, más o menos graves, que la persona pueda sufrir." (...) "el fedatario no es un experto en Psiquiatría ni en Psicología y, en consecuencia, no tiene por qué saber distinguir cuando está ante una persona con trastornos mentales que le impidan u obstaculicen, desde el punto de vista jurídico, la realización del testamento, y cuando se encuentra ante una persona*

[41] ANIDO BONILLA, Raúl, *De la eficacia del documento notarial*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, año 2003, tomo 89, pág. 83: *"no es cierto que la apreciación de la capacidad del otorgante sea ajena a la función notarial, (...) tal juicio se ha de hallar implícito en la autorización de toda escritura pública".*

[42] ROMERO COLOMA, Ana María (2013): *Capacidad, incapacidad e incapacitación,* Madrid: Reus, colección Scientia Iurídica, pp. 143, 144 y 225.

que, aun teniendo algún tipo de trastorno o alteración mental o psíquica, no la inhabilita para hacer testamento". Y luego agrega: "Su tarea se limita a observar, con el contraste de su propio juicio, que es el de un lego en la materia, si hay, o no síntomas que le hagan pensar en una alteración de la normalidad que se presume."

Si en muchas ocasiones, a los propios médicos psiquiatras no les es suficiente dialogar con la persona para constatar su capacidad, razón por la cual solicitan la realización de estudios específicos, es claro que esa situación no puede ser constatada por un Escribano que es un sujeto no calificado para eso.

El Escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: a) la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad y b) la capacidad se presume.[43] El juicio notarial de capacidad es una evaluación no técnica que realiza el Escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto, no presente signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista, que derroten los principios mencionados. Su función no es constatar que la persona es capaz porque es incompetente para eso. Su función es verificar que no existan signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista en la materia, que hagan caer las presunciones mencionadas.

b) ¿A qué conclusiones puede arribar el Escribano?

Al realizar el juicio notarial de capacidad, el Escribano puede arribar a 3 conclusiones: 1) percibe que el otorgante presenta signos notorios de incapacidad que le impiden gobernarse a sí mismo y administrar sus bienes en cuyo caso debe negar su actuación hasta que se establezcan las medidas judiciales correspondientes; 2) no percibe signos notorios de incapacidad, en cuyo caso, continuará con su actuación; 3) tiene dudas sobre si existen signos notorios de incapacidad o no.

¿Qué debe hacer el Escribano en este último caso? Si bien no hay norma expresa que así lo disponga, considero que el Escribano debe disipar sus dudas, por ejemplo, a través de la consulta a un profesional especializado[44], pues de lo contario, podría impedir que el sujeto ejerza su derecho a intervenir en la vida civil mediante actos

[43] Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia, a vía de ejemplo, véase Bendahan (r), Baccelli, Díaz, sentencia 2/2013, TAF 1º *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II p. 361.

[44] Esto sin perjuicio de que el certificado médico también puede solicitarse aunque el Escribano no tenga dudas sobre la capacidad de la persona y al solo efecto de pre-constituir prueba de dicha capacidad, como suele ocurrir en materia testamentaria.

válidos por consideraciones que quizás sean infundadas, lo que nos lleva a analizar, junto al alcance probatorio del juicio notarial de capacidad, el valor probatorio del certificado médico en materia de capacidad.

c) ¿Cuál es el alcance probatorio del juicio notarial de capacidad?

De acuerdo al principio de que las personas son capaces mientras no se demuestre lo contrario, si no se logra probar que una persona es incapaz, entonces se la considera capaz. Ahora bien ¿el juicio notarial de capacidad demuestra que el otorgante es capaz? El Escribano a través de su juicio de capacidad implícito en la autorización de la escritura pública, afirma que el otorgante, en ese momento, no presentaba signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona no técnica en la materia. En otros términos, la escritura pública es un elemento probatorio de que el otorgante no presentaba signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona no técnica en la materia al momento de suscribir la escritura. Hasta ahí llega su valor probatorio.

El juicio notarial de capacidad, no hace plena fe de la capacidad del otorgante, no demuestra por sí solo la capacidad del otorgante, pues el Notario no es competente para determinarlo. A lo sumo, puede admitirse que dicho juicio hace plena fe de que la persona no presentaba signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona no técnica en la materia al momento de suscribir la escritura, pero no que el sujeto sea capaz.

Incluso, aunque el Escribano manifestara de manera expresa que el otorgante es capaz, dicha aseveración no tiene la fuerza del acto de dación de fe pública. Dicha afirmación, como ha manifestado TORRES ESCAMEZ[45] *"constituye una expresión documental en que se da fe de que el autorizante ha realizado "un juicio que no hace fe", pero sí otorga una "especial relevancia de certidumbre" contra la cual la prueba debe ser "muy cumplida y convincente".*

El hecho de que el juicio notarial de capacidad, no tiene la fuerza de verdad impuesta que caracteriza a la fe pública para demostrar que la persona es capaz, es reconocido por la jurisprudencia. En ese sentido el TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA[46] de primer turno ha expresado: *"la Sala aprecia especialmente lo que atañe a la evaluación de la capacidad de la testadora efectuada en este caso por la Escribana autorizante.*

[45] Citado por ANIDO BONILLA, Raúl, *De la eficacia del documento notarial*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, año 2003, tomo 89, pág. 84.

[46] TAF 1° Sent. N°67/2010-17/3/2010, Díaz, Baccelli, Bendahan (r) Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XLI, pág. 156.

(...). Esta declaración del Escribano no impide impugnar el testamento por incapacidad y para hacerlo no será necesario argüir la falsedad conforme (...) el art. 172 del C.G.P.) pues el estado mental no es materia sobre la cual pueda hacer fe un instrumento público ni el Escribano es un médico legista a cuya opinión sobre el punto pueda concedérsele autoridad."

d) ¿Cuál es el valor probatorio del certificado médico que en ocasiones solicita el Escribano?

La prueba es una actividad cuya finalidad es lograr convencer a algún sujeto respecto a la existencia o inexistencia, verdad o falsedad de determinados hechos. En materia procesal-judicial el destinatario de la prueba es el juez, mientras que en la vía extrajudicial, los operadores jurídicos intervinientes y los sujetos interesados.

Los medios de prueba son los elementos hábiles para convencer a un sujeto acerca de la verdad de una afirmación, a vía de ejemplo: documentos, dictámenes periciales, testimonios, etc. Así como el juez debe valorar la prueba que se presenta en un juicio, también el escribano debe hacerlo cuando se solicita su intervención. La valoración de la prueba es una actividad intelectual que consiste en apreciar los elementos probatorios para llegar a la convicción de la existencia o inexistencia de un hecho.

Según el artículo 140 del Código General del Proceso (CGP), las pruebas se apreciarán de acuerdo a las normas de la sana crítica, "*salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa*". De modo que nuestro Derecho sigue como principio el modelo de valoración de la prueba racional o sistema de la sana crítica.

La jurisprudencia reconoce un valor probatorio muy importante en materia de capacidad a la palabra de los especialistas, tanto en lo que refiere al perito técnico como al testimonio del médico que trató a la persona cuya capacidad se controvierte.

En ese sentido, en sentencias se ha expresado con relación a los testigos técnicos que: *"La diferencia con el testimonio común no radica en su objeto sino en su valor, es decir, en la experiencia que posee el testigo y que lo califica para comunicarle al juez su experiencia técnica sobre el hecho..."*[47] así como que: *"En casos como el de autos, en que se impugna el acto de última voluntad invocando una afectación mental de la testadora, la prueba técnica asume un*

[47] Anuario de Derecho Civil Uruguayo tomo XLII, p 175 TAF 2°, sent. N39, 2/3/2011. Cantero (r), Pérez Manrique, Silberman.

rol decisivo, pues son los especialistas en psiquiatría y en medicina quienes están en condiciones de diagnosticar con certeza la existencia de la causal de demencia".[48]

El valor probatorio del certificado médico se fundamenta en el argumento de autoridad.

ATIENZA[49] refiere a que TARELLO habla de un tipo de argumento interpretativo que denomina *autoritativo* o *ab exemplo,* que sería aquel por el cual a un enunciado normativo se le adjudica el significado que le ha sido atribuido por alguien y por este solo hecho.

ATIENZA[50] destaca que la apelación a la autoridad teórica, a los expertos, es de gran importancia en la argumentación legislativa, pero también en la argumentación judicial y de los abogados; y señala que en los problemas de prueba, la apelación a los expertos, al uso pericial tiene una gran relevancia. En este caso, el análisis formal sería el siguiente:

- *E* es experto en *D.*
- *E* afirma que *A* es verdadero.
- *A* está dentro del dominio de *D.*
- Por lo tanto, *A* (plausiblemente) es verdadero.

Señala el autor citado que los argumentos de autoridad son plausibles, pasibles de derrotar, porque su validez depende de que no se dé alguna condición de refutación y, desde el punto de vista material, la validez o fuerza del argumento depende de la solidez de las premisas.

¿Cuál es la garantía de que el razonamiento sea correcto? Para ATIENZA,[51] la garantía es el enunciado general de que, si un experto en un campo hace una afirmación relativa a ese campo, entonces esta es (probablemente) verdadera; el respaldo son los métodos usados en ese campo de conocimiento y las condiciones de refutación las circunstancias que anularían lo anterior, como que otro experto con mejores credenciales afirme lo contrario o que, a través de una prueba empírica, se desmienta la afirmación del experto.

---

[48] TAF 2, Sentencia N 230, 30/8/2006. Pérez Manrique (r), Cantero de Castellano, Silberman.

[49] ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica,* Madrid: Editorial Trotta, pp. 420 y siguientes.

[50] ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica,* Madrid: Editorial Trotta, p.421.

[51] ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica,* Madrid: Editorial Trotta, p. 422.

GRAJALES y NEGRI[52] explican que el argumento de autoridad en algunos casos es falaz y, en otros, no. El argumento es falaz cuando se apela a opiniones de personas que no son autoridades legítimas en la materia en discusión y mencionan como ejemplo, cuando en los anuncios publicitarios, estrellas de cine, deportistas o personas de notoriedad opinan sobre las bondades y seguridad de un servicio financiero o sobre la seriedad de una empresa de medicina prepaga. Por el contario el argumento no es falaz cuando constituye una buena razón para convencer a los demás de que nuestra opinión en un determinado campo se basa en la de autores expertos en esa materia.

Considero que, así como el Juez, a efectos de dictaminar sobre la capacidad o incapacidad de un sujeto, confiere un valor probatorio especial a la palabra de los especialistas fundamentado en el argumento de autoridad, el Escribano cuando acude al certificado médico, pretende pre-constituir prueba de la capacidad del sujeto que proyecta otorgar un acto, fundamentado en el mismo argumento.

El razonamiento que realiza el Escribano es el siguiente:

- *P* es experto en Psiquiatría.
- *P* afirma que V tiene capacidad suficiente para otorgar el negocio.
- La determinación de si una persona es capaz o no es algo que domina *P*.
- Por lo tanto, es plausiblemente verdadero que V tiene capacidad de obrar.

3) Repercusiones del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental en el juicio notarial de capacidad

La CDPD repercute en el control de la capacidad que debe efectuar el Escribano.

De acuerdo a la interpretación sostenida en este trabajo, el significado razonable de lo dispuesto por la CDPD consiste en que las personas con discapacidades son capaces de gozar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar, salvo aquellas excepciones que se producen cuando la intensidad de la deficiencia es tan grave que torne inviable que el sujeto tome sus propias decisiones por carecer del discernimiento mínimo necesario.

Por lo tanto, la CDPD no eliminó las situaciones de incapacidad de obrar por causas de deficiencias mentales o intelectuales. El efecto que provoca la CDPD es el de un corrimiento de los casos de incapacidad de obrar al reducir su ámbito de aplicación

[52] GRAJALES, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás (2914): *Argumentación jurídica*, 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 217.

solo a aquellos casos extremos, en los cuales la persona no tiene la posibilidad de elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

Ese efecto repercute en el juicio notarial de capacidad. Como consecuencia de que a partir de la CDPD la incapacidad solo se produce en los casos extremos, el Escribano solo podrá concluir, en base a su juicio notarial de capacidad, que el compareciente se encuentra en una situación de incapacidad si es notorio que se encuentra en un caso extremo. En los demás casos, deberá concluir que la persona es capaz.

Ahora bien, entre la situación de un sujeto sin deficiencias mentales o intelectuales y un sujeto notoriamente incapaz existe una variedad inmensa de situaciones. El corrimiento de las situaciones en las cuales el Escribano puede concluir que nos encontramos ante un caso de incapacidad de obrar a los casos extremos, no significa que las situaciones de personas capaces pero con deficiencias mentales o intelectuales queden en el vacío. Para esos casos, cobra enorme importancia la realización del juicio notarial de vulnerabilidad a que me referiré en el próximo capítulo, y en su caso, realizar la actividad correspondiente a efectos de evitar que el sujeto se encuentre en una situación de inferioridad en la negociación por causa de la deficiencia que padece.

Los cambios de paradigmas establecidos por la CDPD repercuten en el juicio notarial de capacidad en la forma ya dicha y también en el vínculo entre el juicio notarial de capacidad y la información registral.

En tal sentido, puede ocurrir que de la información registral resulte la interdicción total de una persona y la designación de un curador que sustituye su voluntad. Sin embargo, quizás de acuerdo a los parámetros actuales esa persona no se encuentre en un caso extremo y por lo tanto, sea una persona capaz que por sus deficiencias mentales o intelectuales necesita medidas de apoyo, no de un curador que sustituya su voluntad.

El corrimiento del parámetro de la *"normalidad"* al parámetro del mínimo discernimiento necesario como determinante de la incapacidad, que se produce con la actual normativa, provoca que aquellas declaraciones judiciales de incapacidad, que se efectuaron en base a la anterior normativa, fundamentadas en deficiencias mentales o intelectuales fuertes de la persona con relación a la *"normalidad"*, respecto a personas que tienen el mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones, hoy no se ajusten a la normativa y deban ser revisadas.

Se presenta así ante el Escribano un conflicto entre, la medida judicial que establece que el sujeto es incapaz de obrar y que el acto debe ser otorgado por el curador que

sustituye la voluntad del incapaz, y la valoración del Escribano que visualiza que el sujeto no se encuentra en un caso extremo que justifique la incapacidad y considera que si bien bajo la anterior normativa podía ser incapaz, de acuerdo a la normativa actual, esa persona es capaz y solo requiere de una medida de apoyo para decidir por sí mismo.

En tales situaciones, difíciles de resolver, considero que es bueno que el Escribano pondere el valor seguridad jurídica y el valor de la justicia para el caso concreto. En tal sentido, entiendo que el Escribano no debe desconocer la medida judicial establecida y actuar como si no existiera pues iría contra el valor seguridad jurídica, pero sí puede asesorar a los interesados a efectos de que se inste al órgano público competente la revisión de la situación de la persona y en su caso, que se lo declare capaz y se establezca una medida de apoyo adecuada a su situación, para que luego, se otorgue por quien corresponda, el acto proyectado.

CUARTO CAPÍTULO PRINCIPIAL

LA VULNERABILIDAD POR CAUSA DE DEFICIENCIA INTELECTUAL O MENTAL DE PERSONAS CAPACES DE OBRAR Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

Planteamiento

Según lo expuesto con anterioridad, la vulnerabilidad es la situación en la que se ubica una persona que se encuentra en inferioridad de condiciones para participar en la vida civil, inferioridad que no puede superar por sí sola y que la expone como una posible víctima de ser utilizada para el provecho de otra persona.

La vulnerabilidad no se identifica con el hecho de tener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Una persona puede tener una de tales deficiencias sin que ello la ubique en una situación de vulnerabilidad a la hora de interactuar en la vida jurídica. A su vez, una persona puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad sin tener una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial.

El punto de encuentro entre la deficiencia y la vulnerabilidad se produce cuando el sujeto tiene una deficiencia que no le impide tomar sus propias decisiones pero que lo ubica en una situación de inferioridad para actuar en la vida jurídica en condiciones de igualdad, situación que no puede superar por sí mismo. En los casos mencionados, nos encontramos ante personas capaces pero vulnerables por causa de deficiencia mental o intelectual.

Según la intensidad de la deficiencia, el sujeto puede necesitar solo una medida de apoyo extrajudicial como puede ser que un profesional le informe y explique situaciones vinculadas al acto que proyecta otorgar con un mayor detenimiento, claridad, tiempo, etc.; o necesitar además una medida de apoyo determinada judicialmente, a vía de ejemplo un asistente en la toma de decisiones.

Considero que el Escribano, por sus conocimientos jurídicos, la ética inherente a su profesión y su conexión con las personas al momento de celebrar un acto, es un excelente mediador entre la abstracción normativa y la concreción de los hechos y puede cumplir un rol clave para que las personas capaces pero vulnerables por causa

de deficiencia mental o intelectual, no sean víctimas de aprovechamiento de su situación a la hora de celebrar un acto jurídico.

A efectos de una mejor comprensión del tema dividiré el desarrollo de este capítulo en dos ítems:

I) La justicia, el principio de igualdad y el principio de igualación;

II) El juicio notarial de vulnerabilidad y la imparcialidad activa.

I) La justicia, el principio de igualdad y el de igualación

A) La justicia sustancial y formal

MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ[53] enseñan que a lo largo de la historia el concepto de *justicia* se ha movido en dos planos: el *subjetivo*, entendido como una virtud personal de aquel que tenía el ánimo de realizar lo que era justo y el *objetivo*, como el criterio de valoración de lo justo o como una cualidad o característica de la conducta humana que se adecua a ese criterio. En este sentido, la justicia implica alteridad, proporcionalidad, igualdad, etc. y podría definirse como *"dar a cada uno lo suyo"*.

El problema es determinar qué es *"lo suyo"* que corresponde dar a cada uno para satisfacer el criterio de *"justicia"*, es decir, qué es *"la justicia"* en su aspecto sustancial. Desde esta perspectiva, "*la justicia*" es un concepto indeterminado que contiene un alto grado de subjetividad, cargado de influencias ideológicas, religiosas e intereses, que ha dado lugar a diversas teorías.

En contraste con el polémico asunto de determinar el contenido de la justicia sustancial, desde el punto de vista formal, en doctrina suele aceptarse una noción de justicia que se atribuye a ARISTÓTELES, al expresar que lo justo es *"tratar igual lo que es igual y lo diferente en proporción a su diferencia"*[54]. Mientras que la justicia formal nos señala que se debe tratar lo igual de manera igual y lo diferente de manera distinta, la justicia sustancial nos indica cuál es el criterio para determinar qué es igual y qué es diferente[55].

---

[53] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A, (2012): *Curso de teoría del Derecho,* 1.ª ed., Barcelona: Editorial Planeta S.A., pp. 216 y siguientes.

[54] LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p.48.

[55] La distinción entre *justicia formal* y *material* puede ser planteada en otros términos. En ese sentido, MACCORMICK, Neil (*Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*, 1.ª edición, Lima: Palestra Editores, pp. 109 y 110), sigue a RAWLS y distingue entre concepciones específicas de la *justicia* y el

Con relación a la justicia formal, LARENZ[56] explica que la idea de que hay que *"tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales"* no nos lleva mucho más lejos, pues no nos dice nada sobre el modo de tratar a unos y a otros. En esa determinación sobre el modo de tratar a unos y a otros, juega un papel importante el principio de proporcionalidad, que se concreta en la búsqueda de la moderación, el equilibrio y la prohibición de excesividad[57]. Ese equilibrio también se aprecia en el pensamiento de RAWLS[58], cuando sostiene que las instituciones son justas si al atribuir los derechos y los deberes fundamentales no se establece ninguna diferencia arbitraria entre los hombres y si las reglas producen un equilibrio significativo entre las pretensiones concurrentes para el bien de la vida social.

Por lo expuesto, considero que, si bien el criterio de justicia de tratar lo que es igual de manera igual y lo diferente en proporción a la diferencia requiere la determinación de qué es igual y qué diferente, y esa determinación tiene una carga subjetiva muy importante, la búsqueda del equilibrio y la proporcionalidad, son herramientas que nos guiarán a encontrar una medida que, al menos, pueda fundamentarse como racionalmente justa para el caso concreto.

B) El principio de igualdad

El principio de justicia formal, de tratar igual lo que es igual; y lo diferente en proporción a la diferencia, nos conecta con el principio de igualdad.

GUASTINI[59] sostiene que la igualdad en los derechos puede ser concebida como una norma (el principio de igualdad) o como el contenido de un derecho subjetivo. El principio de igualdad prohíbe la discriminación en la distribución de derechos y las

---

concepto de *justicia*. Este es abstracto y formal y consiste en que tratemos de igual modo los casos iguales, y de diferente modo los casos diferentes, y que demos a cada uno lo que le corresponde. Las concepciones de la justicia proporcionan diferentes conjuntos de principios y/o reglas a la luz de las cuales se puede determinar cuándo los casos son sustancialmente similares, cuando diversos y qué le corresponde a cada uno. La cuestión de si esa concepción de la justicia es buena o sensata involucra principios generales de filosofía normativa o moral y es deber de los jueces hacer justicia de acuerdo con el Derecho, no justicia pura y simple.

[56] LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 50.

[57] LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 145.

[58] LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p.48.

[59] GUASTINI, Riccardo, (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 501 y siguientes.

obligaciones, mientras que la igualdad como contenido de un derecho subjetivo es el derecho al igual tratamiento en la distribución de derechos.

Pero este autor aclara que el principio de igualdad no pretende que todas las personas tengan iguales derechos, porque es diferente la situación de una acreedor y un deudor, de una víctima y un victimario, etc. No sería sensato, a vía de ejemplo, que un acreedor tuviera el mismo tratamiento que un deudor. El principio mencionado pretende que tengan iguales derechos todos los que integran una misma categoría como la de los acreedores sin distinguir su raza, sexo, etc.

Señala GUASTINI[60] que al legislador no le está prohibido discriminar –o sea, distinguir– sino que le está prohibido discriminar, distinguir, según ciertos criterios de distinción, como sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, etc. En similar sentido, FALCÓN Y TELLA[61] sostiene que el principio de igualdad, en relación con la equidad, no prohíbe la diferenciación, prohíbe la diferenciación no justificada y que la exigencia de una pura generalidad y universalidad de la ley, no sería igualdad sino identidad.

Cabe agregar que, además, ese es el criterio que se tomó en la Declaración de Principios para la Igualdad del año 2008 al establecerse: *"La igualdad de trato, desde el punto de vista de la igualdad, no equivale a trato idéntico. Para reconocer la igualdad plena y efectiva, es necesario tratar a las personas de manera diferente según sus circunstancias, para reconocer su igualdad personal y para mejorar sus habilidades para participar en la sociedad como iguales".*

Coincido con lo expuesto y entiendo que el *derecho a la igualdad personal* significa que todas aquellas personas que se encuentran en una misma situación deben tener un igual tratamiento y no que todas las personas deban ser tratadas de manera igual. El principio de igualdad personal prohíbe realizar distinciones injustificadas, pero no realizar distinciones. Más aún, agrego que la aplicación del principio de igualdad no solo no prohíbe realizar distinciones, sino que exige realizar distinciones cuando existen diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento.

Puede observarse que la aplicación del principio de igualdad, en su real significado, que incluye la consideración de las diferencias entre las personas, coincide con la

[60] GUASTINI, Riccardo, (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 505.

[61] FALCÓN Y TELLA, María José (2005): *Equidad, derecho y justicia,* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 270.

concepción aristotélica de justicia formal mencionada: tratar lo igual de manera igual y lo diferente en proporción a su diferencia.

C) Desde el principio de igualdad al principio de igualación

El reconocimiento de que existen diferencias entre las personas que pueden justificar un diverso tratamiento nos conduce hacia otro principio y consecuente derecho: el de igualación.

Al respecto, GUASTINI[62] explica que si el principio de igualdad impone al legislador el deber de prescindir de algunas diferencias (sexo, raza, etc.), el principio de igualación –o de equiparación si se prefiere– recomienda tener en cuenta las diferencias que existen entre las personas, en razón de la pertenencia de estas a diversos grupos sociales (o étnicos, lingüísticos, etc.), con el fin de eliminar las consecuencias desfavorables que de ellas se siguen. El principio de igualación requiere, en suma, que se tomen en consideración las desventajas que pesan sobre diversos grupos sociales.

Señala el mencionado autor[63] que el medio para igualar (socialmente) con medios jurídicos a aquellos socialmente desfavorecidos es el de atribuirles ventajas jurídicas, es decir, distribuir los derechos de modo desigual. En otras palabras –dice– un instrumento jurídico para eliminar las diferencias extra-jurídicas es, paradójicamente, la adopción de regulaciones jurídicas diferenciadas.

Comparto dicha opinión y entiendo que en los hechos pueden existir diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento y para concretar el principio de igualdad, es necesario aplicar medidas jurídicas desiguales amparadas en el principio de igualación que –desde mi punto de vista– complementa al principio de igualdad.
¿Qué tipo de tratamiento puede realizarse?
FALCÓN Y TELLA[64] distingue tres tipos de tratamiento que considero interesante mencionar: *igualitario*, *proporcional* y *equitativo.*

---

[62] GUASTINI, Riccardo (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 516 y siguientes.

[63] GUASTINI, Riccardo (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 516 y siguientes.

[64] FALCÓN Y TELLA, María José (2005): *Equidad, derecho y justicia,* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 268 y siguientes.

Señala la autora que el *tratamiento igualitario* es un ideal deseable cuando todo el mundo está situado en una posición de igualdad y consiste en tratar igual a los iguales. Pero si las personas somos diferentes en necesidades, habilidades y talentos, un tratamiento igual sería en general inadecuado y se debería realizar un tratamiento adecuado a los individuos *"diferentes"*. Este tratamiento adecuado pasaría por ser un *tratamiento proporcional*, a la medida de las desigualdades. Se trataría de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales en proporción a su desigualdad.

En tercer lugar refiere al *tratamiento equitativo* que va más allá del tratamiento proporcional y consiste en tratar desigualmente a alguien para remediar una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualar lo desigual, sino a dar prevalencia al polo inicialmente desfavorecido.

II) El juicio notarial de vulnerabilidad y la imparcialidad activa

A) El juicio notarial de vulnerabilidad

La Declaración de Principios para la Igualdad del año 2008 expresa que todos los seres humanos tienen derecho a *"participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil"*. A su vez, de acuerdo al principio de igualdad, las personas tienen derecho a un igual tratamiento, salvo que existan diferencias entre ellas que justifiquen uno diverso.

Con relación al asesoramiento notarial como guía en la producción del Derecho Positivo Justo para el caso concreto, uno de los grandes desafíos que tiene el notariado es intentar que las personas puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil en condiciones de igualdad. En ese ámbito, me referiré al asesoramiento ante la vulnerabilidad de un otorgante por deficiencia mental o intelectual.

Así como se distingue la capacidad de la vulnerabilidad de una persona, también debe diferenciarse entre el juicio notarial de capacidad y la valoración notarial de la vulnerabilidad.

Con relación al juicio notarial de capacidad, vimos que el escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: a) la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad y b) la capacidad se presume.[65] El juicio notarial de capacidad es una

[65] Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia, a vía de ejemplo, véase Bendahan (r), Baccelli, Díaz, sentencia 2/2013, TAF 1º, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II p. 361.

evaluación no técnica que realiza el escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto, no presente signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista que derroten los principios mencionados.

Una vez realizado el juicio notarial de capacidad sin que se hayan detectado signos notorios de incapacidad, el escribano considerará a los sujetos capaces para actuar, y es entonces cuando aflora una nueva valoración: la vulnerabilidad o no de los otorgantes y dentro de este género, la especie vulnerabilidad de personas capaces por deficiencia mental o intelectual.

Al respecto, entiendo que corresponde que el Escribano evalúe si el sujeto que considera capaz presenta signos notorios de vulnerabilidad por deficiencia mental o intelectual que lo coloquen en una posición de desigualdad en la negociación.

A partir de la CDPD, el juicio notarial de vulnerabilidad adquiere un campo de aplicación mucho mayor porque en virtud del corrimiento de la incapacidad de obrar solo para casos extremos, el Escribano se puede encontrar con un sinfín de situaciones en que la persona es capaz (por no encontrarse en los casos extremos de incapacidad de obrar) pero vulnerable por causa de una deficiencia intelectual o mental.

La finalidad de la valoración de la vulnerabilidad de la persona es poder captar si los otorgantes se encuentran en condiciones de ejercer el derecho humano a participar con una base igualitaria en la negociación. Si el escribano detecta una situación de vulnerabilidad, tiene una misión muy difícil, pero de gran importancia para la sociedad: lograr ubicar a las partes en condiciones de igualdad para defender sus intereses sin convertirse en un defensor de la parte débil. Una herramienta para lograr-lo es el asesoramiento basado en una imparcialidad activa, que concrete el principio de la igualación como complemento del principio de igualdad.

B) La imparcialidad activa del notario ante personas vulnerables y su justificación como concretización del principio de igualdad y el de igualación

En el asesoramiento el Escribano procurará que los otorgantes concreten el derecho humano a participar con una base igualitaria en la vida civil. Se parte de la base de que

en virtud del principio de igualdad, el asesoramiento notarial debe ser el mismo para todos, salvo que existan diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento.

Al respecto, considero que un diverso tratamiento en el asesoramiento está justificado cuando una de las partes es una persona capaz, pero vulnerable por deficiencias mentales o intelectuales que la ubican en una posición de inferioridad con relación a la contraparte a la hora de negociar. El camino es un asesoramiento basado en lo que se ha denominado *"imparcialidad activa"* que concrete el principio de igualación.

Al respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS[66] sostiene que la imparcialidad del notario es activa y se inserta en actuaciones positivas propias y no en la pasiva recepción y narración de actuaciones ajenas. Señala que es una imparcialidad equilibradora y compensadora de la desigualdad de los otorgantes, que no se limita a proporcionar mayores informaciones legales a quien tienen menos conocimientos jurídicos, sino que tiene que darle más asesoramiento y consejo, porque si tratara de manera igual a personas que son desiguales, cometería parcialidad en la otra dirección, y aclara que no hay en ella discriminación positiva, porque el notario no pretende que prevalezcan los intereses de una parte sobre la otra, sino que se unan en un armónico equilibrio. Agrega, además, que la imparcialidad del notario incluye también una labor de asistencia para procurar que una parte inexperta o poco hábil no resulte perjudicada.

A su vez, GONZÁLEZ ENRIQUEZ[67] explica que el deber de imparcialidad le obliga al notario a procurar que las determinaciones de voluntad sean adoptadas por todos los interesados en iguales condiciones de libertad, deliberación y conocimiento de las circunstancias y consecuencias. Debe fomentar una igualdad sustancial y volcar sus esfuerzos de asesoramiento a su defensa de la libertad de decisión.

Coincido con la línea de pensamiento expuesta y entiendo que la imparcialidad del Escribano ante la vulnerabilidad debe ser activa y equilibradora, lo cual constituye una herramienta importante para que se respete el derecho humano a la participación con base igualitaria en la vida civil. Esa imparcialidad activa y equilibradora consiste en intensificar el asesoramiento y el consejo a la parte vulnerable para que pueda quedar ubicada en una situación de igualdad de condiciones para tomar decisiones, pero no para favorecerla en desmedro de la contraparte, lo cual sería una forma de parcialidad incompatible con la función notarial.

---

[66] RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio (2008): *"La imparcialidad del notario, atributo inescindible de su función"*, publicado el 27 de mayo de 2008 *en* www.el *notario.es.*

[67] VALLET VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (2004): *Manuales de metodología jurídica III. De la determinación del derecho*, Madrid: Fundación Cultural del Notario, p.238.

Al tratar el principio de igualdad y el de igualación, vimos que FALCÓN y TELLA distingue entre el tratamiento igualitario (a todos por igual); el tratamiento proporcional (igual a los iguales, y desigual a los desiguales en proporción a su desigualdad) y el tratamiento equitativo (trato desigual a quien se encuentra en desventaja hasta ubicarlo en situación más favorable que los demás).

Si se sigue dicha clasificación, considero que cuando las personas se encuentran en situación de igualdad, el tratamiento que debe brindar el escribano a las partes en su asesoramiento es el "*igualitario*", pero cuando se encuentran en condiciones desiguales, el tratamiento apropiado es el "*proporcional*", para que puedan participar en la vida civil con una base igualitaria.

No es adecuado realizar un asesoramiento igualitario a quienes se encuentran en condiciones de participación desiguales, como sucede entre una persona capaz sin deficiencias mentales ni intelectuales y una persona capaz pero vulnerable por causa de una deficiencia mental o intelectual, porque no se respeta el derecho humano a la igualdad de participación.

Tampoco es adecuado desde el aspecto notarial, dar prevalencia al desfavorecido (discriminación positiva) porque sería una forma de parcialidad a la inversa. El tratamiento notarial adecuado cuando una de las partes es vulnerable y la otra no, es el "*proporcional*".

En todas estas situaciones, el escribano debe procurar que se respete el derecho humano a la participación igualitaria en la vida civil a través de una mayor intensidad en el asesoramiento y consejo a la parte débil, no para defender sus intereses, sino para que la persona vulnerable pueda defenderlos en condiciones de igualdad con la contraparte. El diverso tratamiento se justifica en aplicación del principio de igualdad y su complemento: el de igualación.

RISSO FERRAND[68], al analizar casos que involucren al principio de igualdad, ha señalado que la constitucionalidad de las diferenciaciones requieren de tres elementos:

1) un juicio de razonabilidad de la causa de distinción; 2) que exista una finalidad legítima y 3) un juicio de racionalidad en la relación medio-fin.

[68] RISSO FERRAND, Martín (2017): *Guía para la resolución de casos de derecho constitucional y derechos humanos.* Montevideo: FCU, 1ª ed., pp. 42-47.

Considero que, cuando en la negociación interviene una persona capaz pero vulnerable por causa de una deficiencia intelectual o mental y otra capaz sin deficiencia intelectual ni mental, el asesoramiento diferenciado y proporcional que realice el escribano cumple con los requisitos constitucionales referidos porque se presentan los tres elementos mencionados:

1) la causa de distinción es razonable, ya que una persona se encuentra en situación de inferioridad para defender sus intereses con relación a otra; 2) la finalidad es legítima: ubicar a ambas partes en situación de igualdad para participar en la vida civil, lo cual es un derecho humano; y 3) la relación medio-fin es adecuada, ya que el escribano, a través de la imparcialidad activa, procura que las personas participen en la negociación con base igualitaria para defender sus intereses, sin convertirse en un defensor de los intereses de la parte débil.

De esta manera, se evita la injusticia de que lo desigual sea tratado de manera igual. En ese sentido, el notario Santiago Raúl Deimundo[69] ha expresado que: *"Impedir la injusticia es quizás una de las funciones más nobles del notario, y para ello cuenta, entre otros recursos con la debida información, con el legal asesoramiento y con el humano consejo".*

Creo oportuno traer a colación una máxima kantiana: *"Las personas deben ser utilizadas como un fin en sí mismo y no solo como un medio para el beneficio de otro".* En esa línea de pensamiento, considero que el escribano en su función de colaborador en la producción del Derecho Positivo Justo para el caso concreto, puede intentar evitar que una persona utilice a otra para beneficiarse a costa de su vulnerabilidad, y la herramienta fundamental para ello es la imparcialidad activa en el asesoramiento, a través de un tratamiento proporcional, fundamentado en el principio de igualación que complementa al principio de igualdad y permite hacer efectivo el derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil.

Ahora bien, claro está, que en ocasiones la imparcialidad activa no es suficiente para garantizar el derecho a participar en la vida civil con una base igualitaria y será necesaria una medida de apoyo determinada en vía judicial. Si ella no ha sido establecida se impone la necesidad de que se establezca. A continuación, nos introduciremos en las *"medidas de apoyo".*

[69] Citado por COSOLA, Sebastián J. (2008): *Los deberes éticos notariales,* 1.ª ed., Buenos Aires: AD-HOC, p. 478.

QUINTO CAPÍTULO PRINCIPAL

MEDIDAS DE APOYO

1) La ponderación de principios

FALCÓN Y TELLA[70] señala que el Derecho tiene tres dimensiones: el del ser (plano empírico o fáctico); el del deber ser (plano normativo) y el del valer (plano axiológico o valorativo).

Desde esta triple dimensión, el Derecho en sentido objetivo podría visualizarse como un conjunto de valores (plano axiológico) que la sociedad pretende promover y concretar a través de un sistema de normas (plano normativo) que procura regular situaciones de hecho que pueden acontecer en la realidad (plano fáctico).

En lo que refiere al plano normativo, todo sistema jurídico incluye al menos dos tipos de normas: las reglas y los principios.

Conforme ha sostenido DWORKIN[71], la clase de las reglas tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho, y la clase de los principios tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera abierta. Además, entre las diferencias que presentan estas dos especies normativas, DWORKIN[72] destaca una distinción lógica en el criterio de aplicación de ellas: las reglas se aplican *"a manera de todo o nada"*, mientras que los principios se aplican por la dimensión de su peso.

En esa dirección, para ALEXY[73] las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva y, en ese sentido, son mandatos definitivos cuya forma

---

[70] FALCON Y TELLA, María José *"Equidad, Derecho y Justicia",* Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, ISBN: 84-8004-709-7, pág. 25.

[71] Según refiere VILAJOSANA, Josep M (2007): *Identificación y justificación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons, p. 116.

[72] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2016), *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales,* 3.ª ed., Lima: Palestra Editores, p.239.

[73] ALEXY, Robert (2012): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: AD-HOC, p. 20.

de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente aquello que exige y, si se hace, es cumplida; mientras que, si no se hace, no es cumplida. Por tal razón, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no.

Por el contrario –continúa ALEXY– los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, por lo tanto, son mandatos de optimización. Los principios se caracterizan por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas, determinándose estas últimas por reglas y también por principios opuestos. Por tal razón, los principios contienen solo un mandato *prima facie* y la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio frente a otro opuesto es la ponderación.

Agrega el mencionado autor[74] que la idea central de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, o en otros términos, *"el examen de proporcionalidad"*, se puede formular en lo que llama *la ley de la ponderación*, que dice: *"Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".*

De lo expuesto, se puede visualizar que, mientras que en el caso de las reglas, las antinomias se resuelven al aplicar una u otra regla a *"todo o nada"*, en el caso de conflicto entre principios, rige el criterio de la ponderación, esto es, de la valoración de cuál tiene mayor peso en un caso concreto (sin perjuicio de que en otras circunstancias puede prevalecer el otro) y, en su aplicación, se debe procurar *"la optimización"* a través de una graduación que consiste en que un principio se aplique en la mayor medida posible, pero en un grado tal que afecte lo menos posible la no aplicación del otro.

Sin perjuicio de ello –como señala GASCÓN ABELLÁN[75]–, si bien en algunos casos la ponderación puede conducir a una solución conciliadora de los principios, en otros casos, la conciliación no es posible y el resultado de la ponderación consiste en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna.

---

[74] ALEXY, Robert (2012): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: AD-HOC, p. 30.

[75] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2016): *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales,* 3ª ed., Lima: Palestra Editores, p. 297.

2) Las medidas de apoyo como herramientas para balancear el principio de respeto y prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad y el principio de evitar la vulnerabilidad de la persona con discapacidad

Según lo expuesto precedentemente, a través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector[76] y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

El respeto y prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad es un principio central de la regulación establecida por la CDPD pero no es el único relevante.

Al respecto PETIT SÁNCHEZ[77] sostiene que no es incompatible la elemental consideración de las personas con discapacidad como plenos sujetos de derecho con el reconocimiento de su integridad y dignidad en igualdad de condiciones con el resto, con la necesaria obligación, en determinados casos, de prestarles asistencia y ayuda, y considerarlos por tanto, como sujetos necesitados de protección, a lo que el ordenamiento jurídico debe velar en aras de su mejor interés.

Comparto dicho pensamiento y en la misma línea, considero que el principio central del respeto y prevalencia de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad debe balancearse con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar.

---

[76] PETIT SÁNCHEZ, Milagros *"La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés"* Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 267: "los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial- y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la óptica de la institución que protegía-, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada".

[77] PETIT SÁNCHEZ, Milagros *"La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés"* Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 269 y siguientes.

El primer principio mencionado surge de manera expresa del artículo 9 de la CDPD.[78] El segundo del artículo 1 de dicha Convención,[79] que establece que su propósito incluye proteger el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, de lo cual se infiere el principio de evitar que la persona quede ubicada en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar.

En los casos en que entran en pugna dichos principios, la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio frente al otro, se realiza a través de la ponderación y corresponde aplicar el *"examen de proporcionalidad"* que indica que "*cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".*

En ese sentido, ante la pugna de los mencionados principios, cuanto mayor sea la vulnerabilidad de la persona, mayor será la importancia del principio de evitar esa situación y justificará la restricción del principio de la autonomía de la voluntad. A través de las medidas de apoyo se pueden balancear los dos principios mencionados. Si la conciliación no es posible, el resultado de la ponderación consiste en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna.

A vía de ejemplo, una persona con discapacidad puede: a) no encontrarse en situación de vulnerabilidad y no necesitar una medida de apoyo, b) ubicarse en situación de vulnerabilidad leve y necesitar una medida de apoyo menor como un asesoramiento específico; c) encontrarse en una situación de vulnerabilidad media y necesitar la designación de un asistente; d) ubicarse en una situación de vulnerabilidad extrema al punto de carecer del discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y conducirlo a una situación de incapacidad.

En el primer caso, el principio de autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad rige en plenitud pero a medida que la situación de vulnerabilidad es mayor, el principio de evitar la situación de vulnerabilidad avanza y restringe progresivamente al principio de autonomía de la voluntad, fundamentado en el *"examen de proporcionalidad".* En el último caso mencionado, del principio de autonomía solo persiste el deber de que la designación y actuación del representante se adecue a lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad del incapacitado.

---

[78] Artículo 9 CDPD: "Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; (…)".

[79] Artículo 1 CDPD: "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. (…)".

En definitiva, las medidas de apoyo deben ajustarse a la situación de la persona que las necesita. Considero que la determinación de la medida de apoyo adecuada para cada caso concreto, deberá efectuarse a través de la ponderación del principio central del respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar, a través del "*examen de proporcionalidad*". En tal sentido, se parte de la autonomía de la voluntad de la persona y cuanto mayor sea su vulnerabilidad mayor será la importancia del principio de evitar esa situación y justificará la restricción del principio de la autonomía de la voluntad.

3) Clasificación de las medidas de apoyo

Según se expuso, a través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

PETIT SÁNCHEZ[80] explica que el principio de autonomía de la voluntad aplicado a las personas con discapacidad presenta un doble aspecto: la autonomía física (referida a la accesibilidad al entorno) y la autonomía volitiva que afecta a la toma de decisiones. Señala la autora que la autonomía volitiva, a su vez, presenta una doble vertiente: a) la autonomía preventiva que se manifiesta en el respeto de la voluntad de la persona en la toma de decisiones para supuestos futuros de necesidad de apoyos, y b) la autonomía consustancial a la persona, que se manifiesta en el espacio de cuestiones personales y derechos de la personalidad en relación con su capacidad natural.

Considero que las dos vertientes de la autonomía volitiva señaladas se pueden visualizar al clasificar las medidas de apoyo en preventivas y reactivas.

Las medidas de apoyo preventivas son aquellas establecidas de manera anticipada a la necesidad de que sean aplicadas. Estas medidas pueden ser determinadas por la propia persona destinataria de ellas en ejercicio de su autonomía preventiva y tienen especial importancia en aquellos casos en que la persona puede prever que de manera progresiva han comenzado a disminuir sus facultades mentales o intelectuales por causa de

[80] PETIT SÁNCHEZ, Milagros *"La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés"* Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 272 y siguientes.

la avanzada edad o por una enfermedad o que en el futuro comenzará a disminuir. De este modo, la persona se anticipa a autorregular su situación mediante su voluntad.

Las medidas de apoyo reactivas, son aquellas establecidas cuando la persona con discapacidad ya las necesita, pueden disponerse por el órgano público competente y clasificarse en consustanciales y excluyentes.

Medidas reactivas consustanciales son aquellas que el órgano público competente puede disponer pero de acuerdo a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien ejercita de este modo, su autonomía consustancial.

Medidas reactivas excluyentes son aquellas que el órgano público competente puede disponer con prescindencia de la voluntad de la persona con discapacidad y tienen como presupuesto que la persona no tenga el discernimiento mínimo necesario para manifestar su voluntad y preferencias.

El principio del respeto a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad implica que las medidas preventivas autorreguladas deben tener prioridad sobre las medidas reactivas establecidas por el órgano público competente y entre las medidas reactivas deben tener prioridad las consustanciales sobre las excluyentes.

Las medidas excluyentes solo serían aplicables cuando la intensidad de la discapacidad provoque que no sea posible que el sujeto manifieste su voluntad ni siquiera de manera consustancial. Aún en estos casos, el órgano público competente deberá establecer la medida basado en lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad de acuerdo a sus valores, creencias, trayectoria, etc.

4) Las medidas de apoyo en el Derecho Positivo Uruguayo. Su aplicación y sugerencias de *lege ferenda*

Si bien, como expresé en el ítem destinado a la evolución normativa, en Uruguay desde la vigencia del CGP existe la posibilidad de que los Jueces establezcan medidas de apoyo adaptadas a las circunstancias de cada persona, lo cual genera un amplio campo para adoptar medidas variadas y adaptadas a las necesidades de la persona, considero que es relevante, para su eficiente aplicación que se establezca una regulación general y flexible de medidas de apoyo.

Como ha señalado el Comité de expertos en sus observaciones, es necesario que se adopten medidas concretas para establecer un modelo de sistema de apoyo al proceso de toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

En esa misma línea, considero que la aplicación eficiente de las medidas de apoyo requiere de la aprobación de una normativa que las regule y establezca una base sobre la cual el órgano público competente pueda apoyarse para determinarlas y que al mismo tiempo sean de carácter flexible para que el decisor pueda adaptar la medidas a las necesidades y preferencias de la persona con una discapacidad concreta.

A título de *"lege ferenda"* sugiero la incorporación en el Derecho Positivo Uruguayo de una ley integral de medidas de apoyo que comprenda la regulación de: I) medidas preventivas o de voluntad anticipada, en las que, el propio sujeto prevea medidas a aplicar ante el progreso de una discapacidad y, en su caso, ante la posibilidad de que la discapacidad lo conduzca a una incapacidad de obrar por sí mismo; II) medidas reactivas consustanciales que pueden disponerse en vía judicial con atención a la voluntad del sujeto con discapacidad; III) medidas reactivas excluyentes que pueden establecerse en vía judicial con prescindencia de la voluntad del sujeto para aquellas situaciones extremas en que no sea posible una medida menos lesiva.

Sin perjuicio de la importancia de que se dicte una ley integral de medidas de apoyo a efectos de su mejor y más clara aplicación, considero que es posible aplicar diversos institutos fundamentado en los principios y reglas que surgen de la CDPD ratificada por el Estado uruguayo, aunque no se haya dictado una ley que los regule de manera específica.

Mencionará algunos institutos vinculados a medidas de apoyo y su posible aplicación en Uruguay, a pesar de no estar previstos de manera específica.

A) Curatela Voluntaria con instrucciones

Una medida preventiva o de voluntad anticipada, que considero que es posible aplicar a pesar de que no exista en el Derecho Positivo Uruguayo una ley que la regule de manera específica consiste en la posibilidad de que el propio sujeto manifieste su voluntad, en una escritura pública, en la cual determine, quién desea que sea la persona que lo asistirá si llega a necesitar un asistente (asistencia voluntaria) y en su caso, quien desea que sea la persona que lo representará si su situación llega a una gravedad tal, que no pueda tomar las decisiones por sí mismo (curatela voluntaria).

Asimismo, considero que la persona puede, si así lo desea, establecer instrucciones sobre cómo proceder. A vía de ejemplo, el sujeto puede declarar que su voluntad es permanecer en su hogar con la asistencia de personas y que los gastos de asistencia se solventarán con determinados recursos que especifica y que no se lo interne en una residencia para ancianos.

En el mismo sentido, la persona puede declarar que su voluntad es que ante la eventualidad de que su situación se agrave y llegue a un estado de incapacidad, la administración y disposición de su patrimonio se hará en la forma que dispone y en caso de ser necesario se enajenarán los bienes en el orden que establece a efectos de obtener recursos económicos para su mantenimiento.

En las situaciones mencionadas, a mi entender, el Juez que entienda en el eventual proceso de incapacidad o de determinación de medidas de apoyo, deberá respetar la voluntad manifestada de la persona con discapacidad en lo que respecta a la designación del curador y las instrucciones mencionadas, en aplicación de los principios y reglas de la CDPD, aunque no exista en el Derecho Positivo uruguayo una ley que regule esa medida de modo específico.

B) Mandato preventivo con apoderamiento

Una medida preventiva o de voluntad anticipada, que no ha sido regulada de manera específica por el Derecho Positivo Uruguayo es la del mandato preventivo con apoderamiento. Este negocio consiste en que una persona (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización de determinados actos con facultades para actuar en su nombre y representación, con la particularidad de que declara que el mandato no se extinguirá por la eventual incapacidad del mandante.

Al igual que ocurre con el "*mandato post mortem*", el mandato preventivo puede tener dos modalidades.

Con relación al mandato *post mortem*, una primera modalidad consiste en que el mandante disponga que el mandatario podrá actuar recién a partir de su muerte (artículo 2096 y 2097 CCU) y una segunda modalidad consiste en que el mandante disponga que el mandatario podrá actuar de manera inmediata y que podrá continuar con su

actuación aún luego de su muerte (art. 2096 a 2098 CCU). Parte de la doctrina[81] denomina a la primera especie mandato *mortis causa* y a la segunda mandato póstumo. De la misma manera, entiendo que el mandato preventivo puede tener dos modalidades. Una primera modalidad consiste en que el mandante disponga que el mandatario podrá celebrar los actos que encarga recién a partir de que el mandante sea declarado judicialmente incapaz y una segunda modalidad en que el mandante disponga que el mandatario podrá celebrar los actos que encarga de manera inmediata y que podrá continuar con su actuación aún luego de que se declare al mandante judicialmente incapaz.

El artículo 2086 del Código Civil uruguayo dispone que el mandato se acaba por la incapacidad sobreviniente del mandante. Sin embargo, considero que esta norma debe interpretarse de acuerdo a la evolución normativa general referida, la cual genera una excepción implícita que consiste en que si la persona manifestó su voluntad de que el mandatario realice determinados actos aún después de su incapacidad, debe respetarse esa voluntad.

Mediante un argumento *a fortiori* se podría decir que si de acuerdo a los artículos 2096 y siguientes del Código Civil Uruguayo es admisible el mandato *"post mortem"*, con más razón debe admitirse, a la luz de la normativa actual, el mandato *"post incapacidad"*.

Lo expuesto, sin perjuicio de que si el acto que se le encargó ejecutar al mandatario requiere la obtención de una venia judicial, deberá obtenerse esta para su validez.

A diferencia del caso de la curatela voluntaria referida con anterioridad, la cual transita por una instancia judicial, la aplicación del mandato preventivo podría desarrollarse extrajudicialmente. Más allá de mi opinión sobre la vigencia de esta medida, considero que dicha característica provoca que para que se pueda aplicar en la práctica profesional sin constantes observaciones, es necesario que se regule a través de una ley específica.

---

[81] ZINNY, Mario Antonio, *"Conocimientos útiles para la práctica del Derecho",* primera edición, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, pág. 189 y 190: *"Irrevocable es el poder que el poderdante no tiene derecho de revocar; póstumo, el que no se extingue por su fallecimiento y "mortis causa" el que se origina cuando el poderdante fallece"*.
Por su parte PEIRANO FACIO, Jorge. *Curso de contratos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1968. T.3 pág. 139 al comentar el artículo 2097 CC expresa *"Claro que este artículo se está refiriendo a una cosa un poco distinta, que es lo que se llama el mandato post mortem, que es el mandato realizado para ser cumplido después de la muerte del mandante, cosa diferente de un contrato de mandato realizado para surtir efectos de inmediato, en vida del mandante, con la modalidad de que éstos efectos continuarán después de la muerte del mandante"*.

Por tal razón, mientras no se regule el mandato preventivo a través de una ley específica, considero que es preferible incluir en el asesoramiento a la curatela voluntaria con instrucciones sobre cómo actuar, cuya aplicación tendrá un respaldo judicial, que el mandato preventivo, el cual, mientras no se regule por ley, probablemente tendría muchas dificultades a la hora de aplicarlo.

C) Asistencia

Con relación a las medidas reactivas consustanciales, es decir, aquellas que pueden disponerse en vía judicial con atención a la voluntad de la persona con discapacidad, se destaca la asistencia al sujeto discapacitado.

Esta medida logra equilibrar muy bien el principio del respeto a la autonomía de la persona con discapacidad y el de evitar que dicha persona quede ubicada en una situación de vulnerabilidad, pues es ella quien otorga los actos y mantiene la libertad de tomar sus propias decisiones y al mismo tiempo, el asistente, cuida de que otra persona no se aproveche de la vulnerabilidad del sujeto.

Si bien este instituto ya se aplica en la actualidad, no tiene una regulación específica. Al respecto, se sugiere establecer una regulación que determine, a vía de ejemplo, si puede designarse distintos asistentes para diversas áreas (personal, comercial, inmobiliario, etc.), qué ocurre si el asistente se niega a actuar, cuál es la consecuencia de que se omita la asistencia, etc.

Por otra parte, otra medida de apoyo puede consistir en que para determinados actos, se requiera junta a la voluntad de la persona con discapacidad, una venia judicial.

D) Curador con facultades representativas

En lo que respecta a las medidas reactivas excluyentes, es decir, aquellas que pueden dictarse en vía judicial con prescindencia de la voluntad del sujeto, solo pueden establecerse en aquellas situaciones extremas en que no sea posible una medida menos lesiva. En estas situaciones sería admisible la declaración de incapacidad de obrar de la persona y la designación de un representante legal. Las facultades representativas, en la medida de lo posible, deberían establecerse para determinados actos o áreas y no con carácter general.

5) Las medidas de apoyo y la función notarial

Sería de gran utilidad que cada Derecho Positivo estableciera un protocolo de actuación notarial que establezca con claridad, cómo debe proceder el Escribano en las situaciones en que detecta una situación de vulnerabilidad de una persona por causa de una discapacidad intelectual o mental.

Mientras dicha normativa no se dicte, el Escribano deberá valorar cada caso concreto y proceder de acuerdo a la prudencia notarial, la cual, como ha señalado COSOLA[82] consiste en la aptitud para investigar cuál es la solución justa para el caso concreto, a través del ejercicio de los deberes éticos notariales de información, asesoramiento y consejo, así como de la argumentación notarial del Derecho, a partir del adecuado ejercicio de la imparcialidad e independencia.

En primer lugar, el Escribano puede cumplir un rol importante en la concreción de medidas de apoyo por voluntad anticipada. En tal sentido es relevante que el Notario asesore a las personas sobre la posibilidad, basado en la CDPD, de que manifiesten su voluntad sobre cuestiones como quién desean que sea su asistente o curador en su caso, cómo se deberá administrar su patrimonio, etc.

Por otra parte, vimos que la imparcialidad del escribano ante la vulnerabilidad debe ser activa y equilibradora, lo cual constituye una herramienta importante para que se respete el derecho humano a la participación con base igualitaria en la vida civil. Esa imparcialidad activa y equilibradora consiste en intensificar el asesoramiento y el consejo a la parte vulnerable para que pueda quedar ubicada en una situación de igualdad de condiciones para tomar decisiones, pero no para favorecerla en desmedro de la contraparte, lo cual sería una forma de parcialidad incompatible con la función notarial.

La imparcialidad activa es una medida de apoyo que el Escribano debe emplear para que las personas capaces pero vulnerables por deficiencia intelectual o mental puedan actuar con una base igualitaria.

[82] COSOLA, Sebastián J. (2014): *"La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo",* Gaceta Notarial, Lima, pp. 109 y siguientes.

Si a la persona vulnerable ya se le designó judicialmente una medida de apoyo específica y adecuada a sus circunstancias, entonces, el Escribano deber verificar que se cumpla. Esto, sin perjuicio de la aplicación de la imparcialidad activa ya referida.

La situación es más compleja, cuando el Escribano detecta una situación de vulnerabilidad por discapacidad intelectual o mental en una persona a la cual no se le ha atribuido una medida de apoyo judicial o que la medida atribuida ya no es adecuada para sus circunstancias actuales. En estas situaciones resulta crucial la prudencia notarial para identificar cuál es el proceder adecuado en cada caso concreto.

Si la deficiencia intelectual o mental del sujeto es leve y no se la ha designado una medida de apoyo judicial, para la celebración de determinados actos específicos puede ser suficiente la imparcialidad activa notarial sin que se necesite de una medida de apoyo judicial.

En cambio si la deficiencia intelectual o mental tiene una intensidad mayor (sin llegar a la situación de incapacidad de obrar) la imparcialidad activa no es suficiente y solo puede ser un complemento de una medida de apoyo establecida judicialmente.

Allí, donde la imparcialidad activa no es una medida suficiente, aparece la necesidad de que se establezca una medida de apoyo en vía judicial que respete la autonomía y voluntad de la persona y al mismo tiempo elimine la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentra.

El Escribano puede visualizar situaciones muy variadas, a vía de ejemplo, personas que requieren medidas de apoyo pero aún no han sido establecidas, personas a las cuales se les estableció medidas de apoyo pero ya no las necesitan; personas a las cuales se les estableció medidas de apoyo pero ya no son las adecuadas, etc. En especial, el corrimiento que se ha producido desde el parámetro de la *"normalidad"* al parámetro del mínimo discernimiento necesario, provoca que personas que fueron declaradas judicialmente incapaces años atrás, hoy no lo sean pero permanece sobre ellas una interdicción judicial inadecuada.

Para todas esas situaciones de hecho y con la finalidad de facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental, el Escribano puede asesorar a las personas en el sentido de que insten al órgano público com-

petente la determinación, modificación o cancelación de una medida de apoyo, al menos para el acto concreto que se proyecta otorgar.

La reglamentación de un procedimiento ágil y breve en ese sentido permitiría obtener una mayor eficiencia, a efectos de lograr que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionales, adaptadas a sus circunstancias, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

CONCLUSIONES GENERALES

1) La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) realizada el 13 de diciembre de 2006, generó para el Derecho Positivo Uruguayo además de una modificación normativa (comprensiva de principios y reglas), un cambio de paradigmas en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad que repercute en la función notarial.

2) De acuerdo al artículo 12 de la CDPD las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Dicho artículo debe interpretarse a la luz del principio del respeto a la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones de las personas con discapacidad.

3) A la luz de dicho principio interpreto que el correcto significado de la norma que resulta del artículo 12 de la CDPD consiste en que las personas con discapacidad tienen, como regla, capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Sin embargo, la incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental sigue vigente como excepción, en aquellos casos extremos en los cuales la deficiencia es tan intensa que impide que el sujeto tenga el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

4) Se ha producido un corrimiento de la valoración de la capacidad de una persona desde el parámetro de la *"normalidad"* al parámetro del mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad. En tal sentido, el hecho de que la aptitud o capacidad intelectual o mental de una persona humana no alcance los parámetros de *"normalidad"* ya no es una causa de incapacidad de obrar. Sí lo es, en cambio, el hecho de que la aptitud o capacidad intelectual o mental de la persona no alcance el parámetro del mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

5) El mencionado corrimiento, provoca que aquellas declaraciones judiciales de incapacidad, que fueron efectuadas en base en la anterior normativa y fundamentadas en deficiencias mentales o intelectuales fuertes de la persona con relación a la *"normalidad"*, respecto a personas que tienen el mínimo discernimiento necesario para elaborar

su voluntad y tomar sus propias decisiones, hoy no se ajusten a la normativa y deban ser revisadas.

6) El juicio notarial de capacidad sigue vigente pero los casos en que el Escribano puede concluir que el sujeto es incapaz para celebrar un negocio, se ve reducido a aquellas situaciones extremas, en los cuales la deficiencia intelectual o mental es tan intensa que impide que el sujeto tenga el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

7) La reducción de casos de incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental, provoca que el ámbito de actuación de personas capaces pero vulnerables por discapacidad intelectual o mental se amplíe notablemente y como consecuencia, el juicio notarial de vulnerabilidad de las personas capaces toma un mayor protagonismo que el que tenía con anterioridad.

8) A través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

9) El principio central del respeto a la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones de las personas con discapacidad puede entrar en pugna con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar y ante dicha situación, debe buscarse una solución balanceada.

10) Las medidas de apoyo son instrumentos idóneos para realizar ese balance y deberán determinarse para cada caso concreto en base a la ponderación de los dos principios referidos. A tales efectos, se considera apropiado realizar el *"examen de proporcionalidad"* mencionado por ALEXY[83] que indica que "c*uanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".*

11) Sin perjuicio de la importancia de que se dicte una ley integral de medidas de apoyo, considero que diversas medidas pueden ser utilizadas en la actualidad en virtud

[83] ALEXY, Robert (2012): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: AD-HOC, p. 30.

de los principios y reglas que surgen de la CDPD ratificada por el Estado uruguayo, aunque no se haya dictado una ley que las regule de manera específica.

12) Ante situaciones de vulnerabilidad, el Escribano cumple un rol importante para que las personas puedan ejercer el derecho a participar en la vida civil en igualdad de condiciones.

13) El Escribano puede cumplir un rol importante en la concreción de medidas de apoyo por voluntad anticipada. En tal sentido es relevante que el Notario asesore a las personas sobre la posibilidad, basado en la CDPD, de que manifiesten su voluntad sobre cuestiones como quién desean que sea su asistente o curador en su caso, cómo se deberá administrar su patrimonio, etc.

14) La imparcialidad activa es una medida de apoyo que el Escribano debe emplear para que las personas capaces pero vulnerables por deficiencia intelectual o mental puedan actuar con una base igualitaria. Esta medida puede ser suficiente en situaciones de vulnerabilidad leve, pero no si es mayor, en cuyo caso corresponde instar al órgano público competente la determinación de una medida de apoyo.

15) El Escribano, en el ejercicio de su función puede detectar que una persona necesita de una medida de apoyo y no se le ha asignado o que la medida asignada no es adecuada en la actualidad. En tales situaciones, puede asesorar a los interesados a efectos de que insten al órgano público competente la determinación o revisión de la medida de apoyo adecuada.

16) La regulación de un procedimiento ágil y breve por el cual, quien alegue un interés legítimo pueda instar al órgano competente la determinación, modificación o extinción de una medida de apoyo, incluso con efectos *ad litem* si fuera necesario, sería de gran utilidad a efectos de obtener una mayor eficiencia, en el objetivo de que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionales, adaptadas a las circunstancias de las personas, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

RECOMENDACIONES

1) Se recomienda a los Escribanos que apliquen con prudencia y basados en los principios que resultan de la CDPD los juicios de capacidad y de vulnerabilidad por causa de deficiencia intelectual o mental de las personas capaces.

2) Se recomienda a los Escribanos que se asesore a las personas sobre la posibilidad, basado en la CDPD, de que manifiesten su voluntad sobre cuestiones como quién desean que sea su asistente o curador en su caso, cómo se deberá administrar su patrimonio, etc.

3) Se recomienda a los Escribanos que en caso de identificar situaciones de vulnerabilidad por causa de deficiencia intelectual o mental se asesore con imparcialidad activa a efectos de que se pueda concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base igualitaria y si dicho asesoramiento no es suficiente se asesore a efectos de instar al órgano público competente la determinación de una medida de apoyo.

4) Se recomienda a las Instituciones notariales de cada Estado que promuevan la aprobación de una ley integral sobre medidas de apoyo sin perjuicio de la posibilidad actual de aplicar dichas medidas en virtud de lo dispuesto en la CDPD.

7



PONENCIA

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO NOTARIAL

AUTORES: DR. JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ, DR. RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ, DRA. ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES, MTRO. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA - MÉXICO

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA
SAN JUAN, PUERTO RICO DEL 20 AL 22 DE OCTUBRE DE 2021

Indice

INTRODUCCIÓN

TÓPICO 1

El régimen de la Capacidad Jurídica de la Persona Humana plasmado en los sistemas clásicos, basados en la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad. Transición a un sistema de toma de decisiones con apoyo y el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, propuesto por la CDPD.

DR. JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ. NOTARIO NÚMERO 140 DE LA CIUDAD DE MÉXICO
LAS MANIFESTACIONES DE DISCAPACIDAD ANTE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA

MTRO. RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ. NOTARIO NÚMERO 68 DE LA CIUDAD DE MÉXICO
LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO DERECHO DE LA CAPACIDADJURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA CIUDAD DE MÉXICO

TÓPICO 2

Discernimiento. Calificación notarial. Capacidad jurídica. Capacidad mental.
Todo en el marco de la CDPD.

M.D. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA. NOTARIO NÚMERO 60 DEL ESTADO DE MÉXICO
ARGUMENTACIÓN Y LÓGICA JURÍDICA EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL APLICADA A LA CONFIGURACIÓN Y CALIFICACIÓN NOTARIAL ANTE OTORGANTES CON DISCAPACIDAD MENTAL O INTELECTUAL.

TÓPICO 3

Apoyo como institución jurídica. Funciones. Responsabilidad. Formas de implementación. Competencia notarial.
La dinámica de la participación del apoyo y sus implicancias en la función notarial. El notario como apoyo institucional.

M.D. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA. NOTARIO NÚMERO 60 DEL ESTADO DE MÉXICO
PROPUESTA JURÍDICO-NOTARIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y CON LA CONDICIÓN DENTRO DEL ESPECTRO AUTISTA Y CON OTRAS FORMAS DE DISCAPACIDAD

TÓPICO 4

Necesidad de adecuar la legislación civil y las leyes notariales en los Estados que ratificaron la CDPD.
Propuestas. Avances de la jurisprudencia.

DRA. ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES
LAS MANIFESTACIONES DE DISCAPACIDAD ANTE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA

MTRO. RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ. NOTARIO NÚMERO 68 DE LA CIUDAD DE MÉXICO
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA DE AUTORES

TEMA II

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO NOTARIAL

AUTORES: DR. JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ, DR. RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ, DRA. ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES, MTRO. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA

Presidente Comisión de Asuntos Americanos: David Figueroa Márquez
Coordinador Nacional: Not. José Antonio Armendáriz Munguía



OBJETIVO

Presentar trabajos académicos que relaten y propongan la experiencia del Notariado mexicano en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan ser usados en Iberoamérica.

INTRODUCCIÓN

La función notarial de tipo latino tiene como una de sus características principales su adaptación a las necesidades sociales ya sea por medio de dos factores:

Primer factor.
La adaptación de la función notarial a las nuevas tecnologías.

Segundo factor.
La adaptación de la función notarial a nuevas realidades sociales.

Un ejemplo del primer factor lo encontramos cuando revisamos la historia del Notariado, donde podemos

revisar qué elementos materiales cambian y se perfeccionan iniciando en la arcilla y terminando con las ciencias de la información.

El segundo factor que resulta relevante para nuestro tema es la evolución del Notariado ante nuevas realidades sociales donde el Derecho al ser una ciencia viva se adapta al cambio social.

Con esto en mente debemos reconocer que el notario es quien da testimonio del cambio social por medio de su actuación y se va adaptando a la sociedad.

Hoy 2021 es imposible encontrar un notario de tipo latino que materialice su actuación en arcilla o pergamino y que en esa actuación se plasme la venta de esclavos.

Es necesario, antes de avanzar al futuro, reconocer el pasado y tener la certeza que el Notariado de tipo latino avanzará con pasos firmes al futuro adaptándose a las nuevas tecnologías como a las nuevas realidades sociales.

Reconociendo esto la pregunta a contestar es: ¿Cómo se adaptará el Notariado de tipo latino a las nuevas tecnologías? y ¿Cómo se adaptará a las nuevas realidades sociales? Hoy estamos ante una gran oportunidad pues el Notariado de tipo latino está parado en el borde de ambos factores de cambio, por lo cual la labor académica de vanguardia debe contestar a las dos preguntas antes planteadas.

En esta propuesta del Notariado mexicano representada por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Ricardo Gutiérrez Pérez, José Antonio Armendáriz Munguía e Isis del Carmen Estrada Flores.

Hemos centrado nuestro conocimiento y experiencia ante el reto que representa la actuación notarial ante la nueva realidad social, que implica la aplicación de la justicia cotidiana para las personas con discapacidad.

Como buenos científicos de las ciencias sociales, planteamos análisis doctrinarios y proponemos conocimientos de frontera, que se dan después de revisar a conciencia el marco jurídico nacional e internacional y someten a consideración los resultados de sus hipótesis de investigación.

Hemos centrado los trabajos en diferentes líneas de pensamiento y aportan ideas valiosas y de frontera.

Dentro del Tema Uno.
Así tenemos aportaciones muy valiosas como la de Jorge Alfredo Domínguez Martínez quien hace una clara distinción entre los conceptos de discapacidad, capacidad de goce y de ejercicio, e incapacidad, en su trabajo entre otros muchos conceptos de gran relevancia.

Llama la atención del lector en el concepto fundamental de la autogobernanza, como un elemento clave para poder aplicar las salvaguardas y apoyos necesarios en la actuación notarial cuando los solicitantes tengan alguna discapacidad de tipo intelectual o mental.

Ricardo Gutiérrez Pérez hace un extenso análisis donde aborda de manera puntual el marco conceptual y jurídico de la discapacidad, revisa el carácter universal, regional, general y especifico. Acto seguido analiza, a profundidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las consecuencias que tiene el Artículo 12 en la actuación notarial y su fuerza vinculante en la función notarial en México.

Dentro del Tema Dos.
Su servidor realiza un abordaje integral por medio del uso de la argumentación jurídica y la lógica jurídica aplicadas a la función notarial. En este abordaje hago una propuesta donde se haga una clara distinción de casos fáciles como pueden ser la adaptación de la función notarial ante discapacidades de tipo motriz o sensorial y casos difíciles como son la actuación del notario ante solicitantes que tengan discapacidades intelectuales o mentales. Por medio de una herramienta del pensamiento que puede ser traducida en términos análogos o informáticos, el notario de tipo latino puede apoyarse en resolver de manera casuística y puntual su actuación.

Dentro del Tema Tres.
La función notarial respecto a los apoyos como institución jurídica, las funciones, responsabilidad y formas de implementación.

Presento la experiencia de trabajar con organizaciones de la sociedad civil que tienen como finalidad el apoyo tanto a las familias con algún miembro con discapacidad, como a las personas con disca-pacidad ya sea de tipo motriz, sensorial, intelectual o mental.

En esta experiencia se hace constar la necesidad de que el notario tenga desarrolladas habilidades como son: La empatía, la escucha activa, la neutralidad y corrección en su lenguaje y el respeto a la persona con discapacidad como a su familia como el eje principal en su actuación.

Además de adecuar la redacción de los instrumentos a un formato de fácil lectura como un apoyo esencial para las personas con discapacidad intelectual. Además de puntualizar la sensibilización que debe tener el personal administrativo de las notarías para poder atender a las personas con discapacidad como a sus familias.

Se expone cada una de las actuaciones e instrumentos que puede hacer el notario, para atender las necesidades de las familias que quieren proteger a uno o varios de sus miembros con discapacidad.

Estas actuaciones son el resultado de la aplicación empírica de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde el lado humano ha resultado igual o más importante que el técnico jurídico.

Dentro del Tema
Isis del Carmen Estrada Flores realiza una de las primeras propuestas de reforma a la Ley del Notariado del Estado de San Luis Potosí, con la intención de crear un marco jurídico que le dé certeza a la actuación notarial.

En su exposición de motivos adecua el marco jurídico nacional, las resoluciones del Máximo Tribunal de los Estados Unidos Mexicanos. Con este trabajo se pretende una correcta armonización jurídica en la actuación notarial ante el tema de la discapacidad.

LAS MANIFESTACIONES DE DISCAPACIDAD ANTE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA

DR. JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ
NOTARIO NÚMERO 140 DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Sumario

I. DISCULPA ANTICIPADA

II. PRESENTACIÓN, SALVEDADES Y REFERENCIA

III. LA ESENCIA DE LA PERSONALIDAD Y DE LAS CAPACIDADES

IV. DISCAPACIDADES EN EL OTORGANTE DE UNA ESCRITURA

A. EL ENTORNO
B. CONSTANCIA NOTARIAL DE CAPACIDAD
C. LA PROFILAXIS NOTARIAL
D. RECONOCIMIENTO EN LEY DE DISCAPACIDADES. TRATAMIENTO

V. CONCILIACIÓN DE POSICIONES. SITUACIÓN ADECUADA

I. DISCULPA ANTICIPADA

Saludo respetuosa y afectuosamente a quien tiene frente a sí estas líneas; ojalá les sean de alguna utilidad.

Resulta que atendí la tarea de su redacción en las últimas semanas, a instancias de mi ilustre colega Antonio Armendáriz, quien amablemente me invitóa esta participación, por supuesto, aceptada de mi parte con gran gusto.

Como tal cual lo señalo en el transcurso de lo aquí escrito, tengo una publicación el año anterior sobre el tema abordado, de manera que esto es un tanto cuanto complementario de aquello, amén de que mi intención ha sido insistir con un mayor abundamiento y con un enfoque a lo notarial. Esa ha sido mi intención.

Así pues, una vez concluida la primera versión de estas consideraciones y revisadas que fueron en más de una ocasión, ya al estar por enviarlas para el paso siguiente, hoy lunes 16 de agosto del 21, tengo a mi alcance, porque supe de ellas hace dos días, el cúmulo de reformas a ordenamientos españoles, que iniciarán, fuerza obligatoria, a principios del mes inmediato siguiente, y que dan ungiro de 180 grados a lo actualmente vigente al respecto en la materia considerada;de esa manera, los nuevos elementos y datos con los que hoy amanecí son distintos a lo aquí vertido.

Ante tal situación y como desde que reflexioné por primera vez sobre el tema, conservo iguales puntos de vista, los cuales, seguramente continuaré observando y defendiendo. He tomado la decisión de que lo aquí escrito continúe tal cual, a reserva de, en su caso, más adelante, una vez adentrado en lo español,adicione lo presente.

Mis disculpas más cumplidas
y muchas gracias.

II. PRESENTACIÓN, SALVEDADES Y REFERENCIA

Las consideraciones en lo jurídico a verter en estas consideraciones, corresponden a un tema cuya atención por los distintos sectores es relativamente reciente. Por mucho tiempo permaneció sin ser tenido en cuenta. Se trata de una cuestión, como tantas otras correspondientes a todas las implicaciones que se generan por los extremos observados, la pluralidad de clases sociales, en función de la vulnerabilidad, la economía, la discriminación y demás; la reivindicación jurídica, especialmente en lo civil, de las personas afectadas de alguna discapacidad.

Pero por contra, ha dado lugar, en los últimos años, a comentarios, discusiones, tratamientos legislativos y reacciones que representan un movimiento importante en las distintas esferas relacionadas, con trascendencia aún en la estructura misma de los conceptos. En lo nuestro se hace sentir de un día para otro, pero ha sido a pasos acelerados, como un reflejo de la urgencia de ese afán reivindicador.

Por citar un ejemplo, desde el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, apareció dispuesto que tenían incapacidad natural y legal, además de los menores de edad no emancipados, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad y los sordomudos que no supieran leer y escribir (Artículo 430); conceptos éstos idénticos a los expresados por el Código Civil para las mismas entidades de 1884 (Artículo 404); y más bien enriquecido con alusión a los ebrios habituales, aparece en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 (Artículo 299).

Además, palabras más palabras menos, tales indicaciones fueron incorporadas al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal, concretamente en su Artículo 450-I. Y no fue sino hasta 1992 cuando cambiaron los términos del precepto en cuestión, para aludir a padecimiento y no a calificativos atribuidos a la persona y, en consecuencia, generar menos agresión a los sujetos a quienes se dirigen las consecuencias de la norma.

Así las cosas, como podrá observarse, todos esos calificativos con señalamiento del sujeto en cuanto a su estado y condiciones tanto físicas como psíquicas, duraron en Derecho vigente casi 110 años; para en los noventas del siglo anterior dar un giro considerable en el tratamiento de los sujetos afectados, y con ello consolidar una corriente francamente orientada a lograr una reivindicación plena, mediante reformas al Código Civil en el año 2000.

Y una participación importante de la delegación mexicana en el proceso de las convenciones internacionales de los años 1999 y 2007, en busca de la no discriminación en lo jurídico y en sociedad, de quienes padecen una discapacidad. E inclusive, haber generado modificaciones al Artículo 1º constitucional para dotar a todas las personas del goce de los Derechos Humanos y prohibir toda discriminación motivada por "capacidades diferentes" (2001); y quedar en definitiva (de agosto de 2011 en adelante) la prohibición a toda discriminación originada en "discapacidades".

Al respecto, ese proceder en los movimientos legislativos nacionales, coinciden con toda una corriente observada en el exterior, con adaptación de las respectivas legislaciones de manera de darle cabida a tratamientos legales tendientes a buscar esa reivindicación, como es el caso, por ejemplo, de lofrancés, de lo español y de lo argentino.

En el ordenamiento de España también desaparecieron, en su momento (1983), alusiones agresivas a quienes padecen de una discapacidad de las agresoras a la capacidad de actuar personalmente del sujeto. Se advierte, además, el enriquecimiento de las disposiciones tendientes a proteger la personay los bienes de quienes por sus condiciones personales así lo requieren.

En el Código Napoleón, por su parte, se atiende, de tiempo atrás (2007), a la situación de los mayores protegidos, el Título XI de su Libro Primero, a las disposiciones tendientes a la protección de los mayores de edad, en tanto que en el Código Civil y Comercial argentino de 2015 se prevén también una serie de apoyos para lo mismo.

Sin embargo, con independencia a tales previsiones, en todo caso, la posición de cualquier ordenamiento a la vista, tal cual aparece en los señalados, se respeta, razonablemente, el condicionamiento de la validez de los actos jurídicos, a que quienes los otorguen

personalmente estén en aptitudes favorablespara hacerlo, así como que la falta de autogobierno originado por lasdiscapacidades que lo generen incapacita a la persona.

Así, conforme al Artículo 414-1 del ordenamiento francés:
"Para otorgar un acto válido es necesario estar en su sano juicio…".
Según el artículo 200 del Código español:
"Son causa de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

El Código argentino, en su Artículo 24, declara incapaces de ejercicio, entreotros, a la persona así declarada judicialmente con la consiguiente nulidad de los actos que su situación, calificada en la resolución correspondiente, le impide otorgar, y según el Artículo 450 del ordenamiento local:

"Tienen incapacidad natural y legal (…): II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual emocional, mental o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse, o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla".

Así, como se desprende de lo anterior, por una parte, se consolida, enhorabuena, la corriente protectora de las personas con sus patrimonios de las personas con alguna discapacidad, con la pretensión de un blindaje contra las discriminaciones; consecuencia de ello, la regulación legal aplicable protege sus estatus jurídicos procurándoles la mayor participación posible en la vida jurídica activa.

Pero, por otra parte, en todo caso reclama su sitio de siempre la situaciónde personas consideradas por la ley como incapaces por ciertas discapacidades, palabras más palabras menos, con el señalamiento, en su caso, de que es nulo el acto jurídico otorgado por quien la ley no lo califica capaz y, especialmente, dicha calificación, en sentido positivo requerirá el sano juicio (disposición citada del Código de los franceses) o en sentido negativo, con la expresión legal alusiva a que de quien se trate no puede gobernarse por sí mismo (los ordenamientos español y de la CDMX).

Ahora bien, el tema central de estas líneas señalado en su intitulación, está en buena dosis comprendido en la monografía reciente de mi autoría, intitulada: "Incapacidad de ejercicio y discapacidad; fijación de conceptos; esencia; alcances; relaciones; confusión" (de la colección de aportaciones de la Escuela Internacionalde Derecho y Jurisprudencia a la cultura jurídica, Procesos Editoriales Don José, México, 2020).

Por ello, me es aconsejable para estas consideraciones, no simplemente repetir lo entonces apuntado, sino más bien proyectarlo a un abundamiento complementario de lo ya expuesto, pues si bien habrá cuestiones, las cuales, al aludirlas, simplemente repetiré, hay otras cuya citación y glosa ahora son de considerarse indispensables; en ese caso me permitiré ahondar.

La monografía dicha inicia con la presentación, a manera de recordatorio, de la personalidad jurídica y sus atributos, con especial atención a la capacidad de goce, pero en cualquier caso, uno u otro, como conceptos jurídicos fundamentales.

En segundo término, se deja constancia de algunas consideraciones respecto de la capacidad de ejercicio y su participación necesaria en la validez del acto jurídico. Continúa con la glosa de los Artículos 23 y 450 del Código Civil para el Distrito Federal, observados desde los inicios de vigencia hasta la actualidad, con sus aciertos y sus pifias.

Se analiza el concepto de la discapacidad, sus manifestaciones y el impacto que cada una de ellas puede tener en la capacidad de ejercicio de quien padece una discapacidad. Igualmente se presentan y glosan las convenciones internacionales de 1999 y 2007 para eliminar la discriminación, así como las resoluciones de la Suprema Corte de la Nación relacionadas. Se contienen, igualmente, consideraciones en relación con la calificación a cargo del notario dela capacidad de los otorgantes.

Dejé constancia, a manera de consideraciones y conclusiones, y previa la calificación adecuada de los conceptos, particularmente de la capacidad de ejercicio, acompañada de las diversos ángulos desde los cuales puede ser observado su aspecto negativo; igualmente aludí a la incapacidad de ejercicio como concepto distinto a la discapacidad; que tal como es, la incapacidad de ejercicio es un concepto estrictamente de Derecho, erigido a la categoría de fundamental; en cambio, la discapacidad es, en primer lugar, un neologismo proveniente del idioma inglés incorporado al español entre los 84 y 92 del siglopasado.

Y por su parte, consiste en un estado fáctico que se observa en aquél de quien se trate, y cuyo significado, según el Diccionario de la Lengua, es cualidad de discapacitado, y éste, a su vez, significa:

> *"Dicho de una persona: que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales por alteraciones de sus funciones intelectuales o físicas"*, tal cual debe ser utilizado por la ley.

Asimismo, me permití pedir tener en cuenta que en ley (Artículo 450-II del Código Civil), aparecen señaladas las manifestaciones de discapacidad, las cuales son de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional y mental. De ellas, las de carácter físico, para nada limitan la participación del paciente en la dinámica negocial y jurídica en general. Y así quien, por ejemplo, carece de una extremidad, puede por todos conceptos actuar por él mismo en lo que a su persona y a su patrimonio corresponda.

El padecimiento de una de las discapacidades de carácter sensorial son en todo caso, o al menos en una gran mayoría de supuestos, factiblemente subsanables y, por ende, superables. Contra la discapacidad sufrida por quien no ve, no oye o no habla, hay recursos, los más reconocidos por el orden legal, para superar las limitaciones traídas consigo por tales carencias, de esa forma, tampoco afectan a su capacidad de ejercicio, de no ser el caso extremo de no tener medio alguno de comunicación con el exterior.

Situación y consecuencias gradual y hasta diametralmente distintas son las que se refieren a las discapacidades de carácter intelectual, emocional y mental, pues en el mejor de los casos quien las padece requiere de consideraciones, paciencia, asesoría, explicaciones, y todo aquello conducente para situarlo en la posición requerida para su actuación personal en lo dinámico del mundo jurídico.

Y eso, dije, es en el mejor de los casos, porque de quien se trate puede carecer, inclusive, del mínimo necesario para atender y comprender los alcances de sus acciones hasta reflejas y, por lo tanto, no tener idea alguna para decidir al respecto, sin idea alguna de las consecuencias generadas por ello para la cuenta de su haber y su deber jurídico, tanto en su persona como en su patrimonio.

Pero, claro, lo fundamental es tomar conciencia de que la capacidad de ejercicio es tema aparte de la o las discapacidades; aquélla es un concepto estrictamente jurídico conforme al cual quien la tiene en su haber podrá actuar directa y personalmente; la discapacidad, en tanto, sea cual fuera cualquiera su manifestación, es una cuestión fáctica que el sujeto padece y ostenta por sus condiciones particulares y la que, ciertamente, en algunas de esas modalidades, puede ser factor importante para cuestionar o negar inclusive su capacidad de ejercicio.

Por último, a propósito de la glosa al trabajo aludido, en sus últimas consideraciones se aborda la situación del notario, particularmente en lo que de su función corresponde para poder certificar que quien otorga una escritura lo haceen condiciones adecuadas, en cuanto a su posibilidad legal de hacerlo por estar a su alcance mental concebir, deliberar y decidir internamente con una mente sana, todo congruente con lo que piensa y calibra conscientemente las consecuencias de su decisión, porque está en condiciones de autogobierno, al tener concienciade su proceder, sin influir en ello si físicamente puede hacerlo él, o requiere de algún apoyo de los habitualmente previstos en los ordenamiento legales aplicables.

Así pues, en consideración al antecedente señalado y a efecto de no simplemente repetir, ciertamente daré por sentadas algunas afirmaciones ya hechas, otras, en tanto, serán como continuidad y abundamiento de lo dicho, amén de lo novedoso. Además, en todo caso, mi visión en el asunto permaneceen el mismo sentido.

En ese orden de ideas, me referiré, de entrada, a la definitividad y absolutismo de la esencia de la personalidad, la capacidad de goce, la de ejercicio y relacionados, estos como muchos otros, como conceptos jurídicos fundamentales, y, por ende, inmutables, sea cual fuere como se les denomine, con el señalamiento del justificante de su inclusión en estas consideraciones.

Asimismo, ahondaré en algunos aspectos de la capacidad de ejercicio por su relación íntima con la discapacidad, que es el concepto generador de tantos y tantos replanteamientos, e igualmente insistiré en las bondades del Notariado enel tráfico jurídico, especialmente en el ámbito de lo privado, las cuales implican y generan paralelamente una aplicación y una responsabilidad muy especiales para quienes ejercemos la función notarial.

III. LA ESENCIA DE LA PERSONALIDAD Y DE LAS CAPACIDADES

Resulta que en el tema, se ha enquistado, en mi opinión, una disparidad importante en el manejo de los conceptos, lo que ha trascendido en falta de uniformidad en interpretaciones y aplicaciones, y confusión hasta en documentos legislativos y resoluciones judiciales. No es el caso de señalarlos ahora, pero sobran los ejemplos.

Personalidad; personalidad jurídica; capacidad; capacidad de goce; capacidad jurídica; capacidad de ejercicio o de obrar. En fin, al haber más de una denominación para cada concepto, acaso por la diversidad observada en literatura especializada y ordenamientos del exterior, así como porque su pormenor no siempre está al alcance del lector.

Sin mayor referencia bibliográfica, pero con las fuentes tenidas oportunamente a mi alcance cuando se ha requerido para su presentación, simplemente apunto que hay posiciones y ámbitos en los cuales personalidad y capacidad de goce se identifican; en otros, son conceptos distintos.

Para algunos sectores la participación personal en la vida jurídica activa es la capacidad de obrar; otros, la calificamos como capacidad de ejercicio. En fin, se ha estado ante una diversidad de calificaciones, atribuciones de consecuencias, relaciones entre uno y otro concepto, y se observa toda una variedad de señalamientos y posturas.

Como fuere, a propósito, resulta incontrovertible que el sustento principaldel universo normativo es ese reconocimiento del orden jurídico al ser humano de tenerlo como sujeto de Derecho; reconocimiento que por cierto no es simplemente derivado de un proceder gracioso, sino logrado por el hombre con la creación del Estado precisamente para alcanzarlo, mantenerlo y ostentarlo sin restricción alguna. Se trata de una cualidad calificada como personalidad.

Al lado y como componente de la personalidad está la posibilidad de la persona de ser titular de derechos y obligaciones, y de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas de manera personal.

Los derechos y obligaciones de la titularidad de un sujeto, no son los mismos de una persona a otra; su número y su contenido varía de sujeto a sujeto, pero ello no afecta a la posibilidad de ostentarlos, pues el hecho de las variantes habidas de una persona a otra, no afecta al concepto.

Lo dicho, es la presentación de la capacidad como atributo de la personalidad. Como se observa en su contenido, se lista la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, así como la posibilidad de ejercitar los primeros y asumir y cumplir las segundas de manera personal, al estar en condiciones de participar directamente en la dinámica de la vida jurídica.

Sea la cualidad del sujeto de Derecho, o sean sus aptitudes como tal, bien de ser titular de derechos y obligaciones y, llegado el caso, de poder participar personalmente en el ejercicio o en la asunción y cumplimiento de unos y otras, se trata de conceptos jurídicos fundamentales; cimientos y pilares estructurales de lo jurídico, en todas sus manifestaciones; como ciencia, como normatividad; en lo que fuere, y así, en consecuencia, bajo cualquier circunstancia, debe tenérseles como tales. Por ello, aunque en general pudiera considerarse sobrante, no está de más recordar los pareceres al respecto en cuanto a los atributos de la persona[1].

De las consideraciones de dichos autores se desprende que los conceptos jurídicos fundamentales, también calificados como esenciales, son categorías o nociones irreductibles, sin las cuales no se entendería ningún orden jurídico; que dentro de dichos conceptos está la persona o sujeto jurídico y en los atributos de ésta aparece su capacidad.

En ese orden de ideas, la persona, desde el punto de vista jurídico, se compone de los atributos señalados, entre ellos, aparece listada la capacidad en primerísimo lugar, como condicionante inclusive de los otros atributos. En talsentido, el concepto jurídico de persona o de personalidad, en su caso, comprende los atributos que necesariamente la componen. Se trata, en ambos supuestos, de conceptos fundamentales, absolutos, inmutables e irrestrictamente constantes.

---

[1] EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ (Introducción al Estudio del Derecho, 65ª ed., 5 reimp., Porrúa, México, 2017, p.117.),
ABELARDO ROJAS ROLDÁN (Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 2000, p. 98.) Y, ALEJANDRO OCAMPO CASTAÑÓN (Iniciación al Derecho, 2ª ed., Porrúa, México, 2012, p. 143.) complementados con lo expuesto por RAFAEL ROJINA VILLEGAS (Derecho Civil Mexicano, t. I, 15ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 423).

La falta de uniformidad en la conceptualización de la personalidad y de las capacidades, sea en general o de goce, o en su caso, de ejercicio, ha permeado en los documentos resultantes aplicables. Además, se trata en todo o en casi todo caso de Derecho vigente. Tal es la disparidad de proyecciones que, inclusive, ha dado a suponer a los conceptos señalados, tradicionalmente arrogados por el Derecho Civil, ahora ya rescatados por el Derecho Público, cuando en realidad, no se trata de una u otra disciplina, sino más bien son conceptos jurídicos fundamentales de Derecho general, tal cual es el Derecho Civil.

Lo resultante, conforme a lo planteado, es que cualquier Derecho, así se trate de un Derecho Humano, se está en aptitud de su titularidad, por la capacidad de goce del sujeto, y esa titularidad no se podría ostentar sin tal capacidad; es decir, sea cual fuere la naturaleza del orden normativo en el que se arropa un derecho, trátese de Derecho Privado, Público, Fundamental, Humano, u otro cualquiera, se suma al acervo jurídico del sujeto por su capacidad de goce.

En realidad, el orden jurídico no reconoce al sujeto un derecho a su capacidad de goce y a su capacidad en general, sino más bien es la capacidad, en una u otra de esas manifestaciones, la que le permite al sujeto ser titular de derechos, con inclusión de los Derechos Humanos, independientemente a la consagración de éstos en la Carta Magna, porque la capacidad no anda eligiendo derechos, no es esa su esencia.

Y en cuanto a la capacidad de ejercicio se refiere, ésta dependerá de factores razonablemente ponderados por el orden legal y con independencia también a lo fundamental o secundario del Derecho a ejercitarse. Ese ejercicio supone el autogobierno del sujeto, es decir, que sabe lo que está haciendo; que puede calibrar los alcances de su conducta; que puede concebir, deliberar y decidir mentalmente con conciencia lo que hace.

En ocasiones, la ley exige expresa y particularmente hasta el cabal juicio, tal como corresponde al testador (Artículos 1306-II y 1504 del Código Civil). Consecuentemente, tal como ha sido apuntado, cuanta manifestación se observa de incapacidad de ejercicio, se hace fundar en la falta de autogobierno de aquélde quien se trate.

IV. DISCAPACIDADES EN EL OTORGANTE DE UNA ESCRITURA

A. El entorno

Las bondades del instrumento notarial, en el caso protocolar, son innegables y exclusivas; la concurrencia y participación del notario en todo lo correspondiente a la dinámica del documento autorizado por él, lo dota de una serie de blindajes sólo dables en esta clase de documentos.

Se trata ciertamente de un documento privilegiado, con reconocimiento legal a su carácter de documento público (Artículo 327-I del Código de Procedimientos Civiles); trae aparejada ejecución (Artículo 443-I de la misma ley procesal); tiene valor probatorio pleno (Artículo 167 de la Ley del Notariado); es objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad (Artículo 3005-I del Código Civil); en fin, no hay documento de la misma solidez.

La supremacía jerárquica no es una liberalidad de la ley para con el documento; no es porque simplemente el notario intervenga en la dinámica como un concurrente más en su contenido. El papel de su redactor es por demás importante para la integridad y salud del documento que redacta y autoriza.

El complejo legal comprensivo de lo correspondiente al documento notarial busca afanosamente su perfección, a efecto de que quien, por así ordenarlo la ley o por decidir voluntaria o convencionalmente, llegue a ser su otorgante, encuentre en ese otorgamiento la certeza y la seguridad jurídica resultantes del blindaje pretendido por esa búsqueda.

El Notariado se afana en encontrar esa, la perfección de uno y otro instrumento, con recursos bien probados a su alcance, como el acceso a la función por personas honestas, conscientes de la responsabilidad asumida y, en especial, con la preparación que les permitan atender con eficacia cualquier asunto, por complicado que sea, así esté al inicio del ejercicio de sus funciones. Los de oposición como único medio de acceso al ejercicio del Notariado harendido los mejores dividendos.

Porque, claro, si bien hay aspectos como lo gramatical, una redacción clara y, por ende, entendible y, otros, más de presentación y no tanto de fondo, que deben participar en la objetividad del instrumento. La perfección aludida se enfoca a lo jurídico, como es que al autorizarse una escritura para ese otorgamiento se sume el fundamento de los derechos en

juego; la procedencia de lo pretendido porlos interesados; su legitimación y, además, en cuanto a lo ahora relacionado con estas reflexiones.

El notario, en cumplimiento a la normatividad aplicable, deberá dejar constancia en el documento tanto de la identidad como de la capacidad de ejercicio de los otorgantes, es decir, de su posibilidad de actuar de acuerdo con la ley y con sus condiciones personales.

Así, al cumplir el notario con los imperativos legales aplicables a lo relacionado con la identidad y la capacidad de los otorgantes como exigencia de ley a satisfacerse previamente al otorgamiento correspondiente, ello otorga al documento notarial una ventaja muy considerable, comparativamente con el documento privado, pues con esas, la participación y presencia notarial en el caso,se reducen al mínimo las posibilidades de que en el acto jurídico correspondiente haya una suplantación de persona, y supuesta dicha identidad se garantiza que el o los otorgantes fueron personas con la capacidad de ejercicio que el evento requería.

B. Constancia notarial de capacidad

El andamiaje legal, fundamento de la constancia del notario respecto de la capacidad de los otorgantes son los Artículos 103 (inciso a) de su fracción XIX y 106, ambos de la Ley del Notariado. De conformidad con el primero de dichos preceptos:

> "*El notario redactará las escrituras en español... y observará las reglas siguientes... XIX. Hará constar bajo su fe: a) su conocimiento, en caso de tenerlo ode que se aseguró de la identidad de los otorgantes y que a su juicio tienen capacidad*".

Según el Artículo 106, para que el notario haga constar la capacidad de los otorgantes, podrá hacerlo con que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad legal.

Al efecto, si traemos a nosotros los conceptos de la incapacidad natural y de la legal, relacionados con los preceptos citados en el párrafo anterior, vemos el apego y la congruencia de éstos con

tales conceptos. Precisamente la incapacidad natural consiste en cualquier situación transitoria o permanente que fácticamente impide al sujeto ser dueño de sus actos, por falta de conciencia para discernirlos y decidir sobre sus alcances.

En cuanto a la incapacidad legal se refiere, o incapacidad civil, como el ordenamiento, la etiqueta corresponde a todas esas restricciones por razones de edad, de incapacitación y, en general, de todo aquello que con apego a la ley, la capacidad de actuar se limita.

Ante el panorama expuesto, si alguien pretendiere otorgar un instrumento y el notario observare en él manifestaciones de incapacidad natural, como estado deebriedad, sujeción a los efectos de una droga u otra discapacidad mental, emocional o intelectual, que no le permitiera tener conciencia de los hechos, porno captar, discernir y decidir en sus cabales, el notario interviniente deberá oponerse a dicho otorgamiento, porque las consecuencias, en caso contrario, son la nulidad del acto o del contrato tenidos lugar en las condiciones de incapacidad señaladas, en apego a lo dispuesto en los Artículos 1795, 2228 y relativos del Código Civil. El notario debe tomar la misma actitud si tiene noticias de alguna incapacidad legal de algún compareciente a otorgar una escritura, so pena del mismo riesgo de nulidad.

C. La profilaxis notarial

Quienes ejercemos la función notarial debemos tener muy en cuenta la confianza de orden legal para con nuestra persona y, como consecuencia de ello, la grave responsabilidad que asumimos al conducirnos siempre y en cada acto en el cual intervenimos y en la autorización de cuanta escritura asentamos en el protocolo a nuestro cargo.

Es de actualidad permanente aquel pensamiento conforme al cual “Notaría abierta Juzgado cerrado”, por lo cual ha de entenderse que un adecuado desempeño en el ejercicio de la función notarial evitará blancos para el cuestionamiento del contenido del instrumento, en cuanto a ese aspecto, y de llegar a cuestionársele, que ese cuestionamiento sea rechazado por tribunales.

Tenemos el compromiso inexcusable de poner en juego la mayor diligencia en toda nuestra actuación. Cuanto mayor sea nuestra concentración y nuestra aplicación, más probabilidades de un buen futuro tendrán los instrumentos que autoricemos. Y precisamente uno de los aspectos de análisis y de calificación, es la capacidad de los otorgantes.

En aras de la seguridad jurídica, de la tranquilidad social, de la confianza de la comunidad en la Administración Pública y en sus representantes, el desempeñode la función notarial es de evidente gran importancia. Así, como dicha función se presta con el apego y responsabilidad debidos, se genera un resultado por demás favorable en cuanto a la calidad de la juridicidad bien captada en los instrumentos otorgados por tal desempeño, y en esa medida el número de conflictos judiciales se reduce para bien de toda la comunidad.

Los tribunales, cierto es, deben estar y están abiertos para atender y resolver cuanta instancia tenga lugar con motivo de cualquier conflicto, con inclusión de aquellos en los cuales se demanda la nulidad de un acto o de un contrato, con inclusión de todos los correspondientes a la nulidad por incapacidad de su autor o de una de las partes, y el Juez de los Autos decidirá lo procedente en su concepto.

Pero, por otra parte, esa encomienda legal para con el notario de cerciorarse de la capacidad de los otorgantes, es una herramienta para disminuir al mínimo y hasta para eliminar la posibilidad de que lleguen a tribunales demandas de nulidad por incapacidad de quienes día con día acuden a losdespachos de las notarías a otorgar escrituras.

El notario, al cumplir con esa encomienda, impedirá que se cuelen asuntos contenidos en actos afectados de nulidad por la incapacidad de uno u otro interviniente. En tales condiciones, esa, la participación notarial en la calificación de la capacidad de los otorgantes, para admitir el otorgamiento correspondiente si se satisfacen los alcances requeridos al respecto o, por el contrario, rechazar aquellos asuntos en los cuales no haya tal satisfacción, es de una profilaxis muy importante, y con evidentes beneficios jurídicos y sociales.

Ciertamente, la sanción de nulidad atribuida por la ley al acto en el cual participa una persona sin capacidad de ejercicio, corresponde a una nulidad protectora, cuya finalidad es preservar los intereses de quien es incapaz y sólo puede demandarse por éste (Artículo 2230 del Código Civil), pero tal protección

aparece en escena después de haberse otorgado el acto con grandesposibilidades de no haber evitado la producción de efectos, con los consecuentes estragos jurídico-patrimoniales.

Precisamente la calificación de capacidad o incapacidad por parte del notario y la conducción, en consecuencia, impide la producción de efecto alguno, por tratarse de acciones preventivas tendientes a evitar esa generación de efectossin fundamento para ellos.

Así, la negativa del notario al otorgamiento de una escritura por quien aquél observa manifestaciones de incapacidad natural, lejos de ser una discriminación, es una protección al patrimonio del interesado. Pero, claro, todo ello con el convencimiento del notario de haber concluido la incapacidad resultante, después de haber puesto en juego los elementos a su alcance para tal convicción, pues si ésta es en sentido opuesto, el notario debe obrar en consecuencia y permitir el otorgamiento del caso.

D. Reconocimiento en ley de discapacidades. Tratamiento

Son en buen número las previsiones legales tendientes a una atención especial a clases socialmente vulnerables (Artículos 24 y 260, fracción XVIII de la Ley del Notariado) particularmente para solucionar situaciones en las cuales puede alguien encontrarse por una discapacidad física o sensorial para la celebración de un contrato o, en todo caso, para el otorgamiento de una escritura.

Tal es la situación de quien no sabe o no puede firmar un contrato y la ley exige la forma escrita (Artículo 1834 del Código Civil) y en general para quien no puede o sabe firmar y le corresponde otorgar una escritura (Artículo 103 fracción XIX inciso e) de la Ley del Notariado); para quien no oye o no puede o no sabe leer, o inclusive, para quien no oye ni habla (Artículos 107 y 108 de la misma ley notarial).

Encontramos previsiones en el mismo sentido respecto del testador si no ve, si no oye, si no puede firmar, si no habla, como manifestaciones de discapacidades física y sensorial (Artículos 1515 y siguientes del Código Civil), con total independencia a la capacidad de ejercicio, la cual ha de darse sin restricción alguna, pues el testador debe en todo caso estar en su cabal juicio durante el otorgamiento (Artículos ya citados del propio Código Civil).

Respecto de los menores de edad, éstos son también objeto de protección, solidaridad y ayuda legal, pues si bien la regla general es su incapacidad de ejercicio, los dispositivos legales relacionados les van permitiendo dosificadamente el otorgamiento de actos jurídicos (Artículos 398-IV, 429 y 537-IV,por ejemplo, del Código Civil).

Así, como puede observarse, quienes padecen de una discapacidad determinada tienen allanado el camino para ser atendidos adecuadamente por el notario. De esa manera, con la aplicación correcta de los preceptos señalados, la atingencia de éste y el compromiso de servir con apego a la ley, quedaránsatisfechos los intereses de quien corresponda.

V. CONCILIACIÓN DE POSICIONES. SITUACIÓN ADECUADA

Para como todo el entorno se presenta, es precedente insistir en que la incapacidad de ejercicio y la discapacidad son conceptos distintos y de origen diverso, sin obviamente desconocer, sino al contrario, admitir con toda apertura porque así es, la relación estrecha habida entre uno y otro concepto.

El primero de naturaleza estrictamente jurídica, aspecto negativo de la capacidad de ejercicio y si ésta consiste en la posibilidad del sujeto de participar directamente en la vida jurídica activa, porque de conformidad con la ley, sus condiciones personales así se lo permiten, pues entonces la incapacidad anunciada es lo contrario, o sea, la ausencia de esa posibilidad, por la incapacidadpadecida.

El segundo concepto, o sea, la discapacidad, en tanto, es una cuestión fáctica, física, médica, se trata en todo caso del padecimiento de alguien, que se traduce, según se ha dicho, en un impedimento o en un entorpecimiento para algunas de las actividades cotidianas, consideradas normales, por alteraciones en sus funciones mentales o físicas. Por tanto, incapacidad de ejercicio ydiscapacidad son conceptos diversos y no para confundirse.

Sin perjuicio de la diversa naturaleza anunciada, entre la incapacidad de ejercicio y la discapacidad hay una íntima relación, pues esta última, en algunas de sus manifestaciones, no en todas, es el supuesto que, de tener lugar, genera lasalida a escena de la primera.

En efecto, como quedó apuntado, el padecimiento de una discapacidad física no tiene conexión alguna con la incapacidad de ejercicio. Una discapacidad sensorial tampoco pues su padecimiento en nada disminuye el autogobierno, pero con la única posibilidad de que dicha manifestación de discapacidad pueda llegara provocar una incapacidad de ejercicio si quien la padece no puede comunicarse con el exterior. Las discapacidad mental, emocional e intelectual, por contra, sí pudieran ser generadoras, cada una en sus respectivas manifestaciones, de esa incapacidad de actuar, en la medida que el sujeto carezca de autogobierno.

Es evidente la preocupación de los distintos sectores profesionales especializados y vinculados, de sentar las bases adecuadas para evitar la discriminación de quienes padecen una discapacidad y, particularmente, de abrirles los alcances para una actuación personal con más presencia mediante la calificación adecuada de su pensar y de su sentir, dejando atrás esa recurrencia indiscriminada y muchas veces injusta, de la tutela como un medio de sustitución de personas, y buscar afanosamente la correcta calificación como capaces de ejercicio, de quienes al sufrir una discapacidad se les ha considerado incapacesde actuar en lo jurídico, todo lo cual, mediante un sistema llamado de asistencia, porque trae consigo el apoyo a quienes lo requieran por una discapacidad padecida.

Este afán es por demás positivo en consideración a las bondades que entraña para la reivindicación de sectores sociales, concretamente de quienes sufren discapacidades, pues evita a éstos ser víctimas de tratos discriminatorios sise les niega esa participación personal en los asuntos de su cuenta.

Inclusive, según se vio, hay manifestaciones de ello en ordenamientos del exterior. En tales condiciones búsquese en quien soporta una discapacidad, hasta dónde llegan sus alcances para participar directamente en la vida jurídica activa y permítasele moverse dentro de la delimitación de ese campo, pues su capacidad de ejercicio le permite allí estar situado y moverse en su entorno, pero si no cuenta con autogobierno, deberá impedírsele esa posibilidad.

Curiosamente, el Artículo 450-I del Código Civil, ya glosado y que ha sido calificado hasta judicialmente como inconstitucional, alude expresamente, por una parte, a las distintas especies de discapacidad, pero no porque en sí mismas sean manifestaciones de incapacidad de ejercicio, sino porque ésta se da cuando por tales discapacidades, los mayores de edad "… no puedan gobernarse, obligarse omanifestar su voluntad por sí mismos…".

Sin desconocer en lo mínimo todas esas bondades, desde el punto de vista jurídico el tema ha causado, ya decenios atrás, un revuelo especial, en ocasiones sin fundamentos sólidos aún en conceptos primarios, acaso por las distintas fórmulas para la referencia a conceptos fundamentales, a veces hasta con un alboroto propiciador de todo un galimatías. Ello se nota hasta como se han calificado los términos de las convenciones internacionales referidas en apartados anteriores.

Como que, por la alta jerarquía de los Derechos Humanos, en todo caso reconocida, se les considere ajenos a la capacidad de goce del sujeto, sin comprender que este concepto es el atrayente, el receptor y el contenedor de todos los derechos subjetivos, sea cual fuere la naturaleza de éstos. Como dije, hay quien, inclusive, se refiere a un supuesto derecho a la capacidad jurídica de quienes padecen una discapacidad, como si la capacidad, sea jurídica, de goce, de obrar, o con cualquier otra presentación y calificación, fuere un derecho subjetivo.

Ciertamente los dispositivos legales deben ser objeto de una revisión seria, concienzuda, profesional, sin afán protagónico y políticamente tendencioso, pero, al mismo tiempo, se requiere la atención del problema por la Administración Pública también con toda seriedad y aplicación; que no quede simplemente en suponer que con un tratamiento legal no agresivo se evita la discriminación.

La tarea dista mucho de ser fácil, el justo medio opone una pluralidad de dificultades para alcanzarlo y fijarlo. Ciertamente, a partir de las convenciones del caso las cuestiones han cambiado, y como se ha llegado atinadamente a afirmar, el binomio "capacidad de obrar plena incapacidad" está rebasado pues hoy por hoy más bien debe pensarse en la "capacidad de obrar suficiente", pero el quid está en que en todo caso la falta de autogobierno tiene su lugar en escena, y tal sitio nadie se lo quita, esa falta de autogobierno siempre se traducirá no en insuficiencia, sino en ausencia total de capacidad de obrar, esa carencia de autogobierno proviene de una plena discapacidad mental.

El análisis y, en su caso, el dictamen médico previos al otorgamiento de un instrumento notarial, para suponer con ello la posibilidad legal y, por ende, la procedencia de ese otorgamiento, no satisface las exigencias del caso, se trata de meros indicios, los cuales, por razón natural, no comprenden el momento mismo de ese otorgamiento, esto es, cuando el notario debe calificar todo lo concernientea la capacidad o incapacidad natural.

El Código Civil local señala expresamente, según recuerdo, que para juzgar la capacidad del testador se estará especialmente a su estado al momento del otorgamiento del testamento (Artículo 1312) y que inclusive el precepto correlativo del Código Civil español se refiere a que se estará "únicamente" a ese momento (Artículo 666).

Por ende, en aplicación de las disposiciones legales vigentes, al notario es a quien corresponde la calificación de la capacidad de los otorgantes, para lo cual, tales dispositivos le dan las herramientas necesarias, de manera tal que, bien utilizados tales recursos, satisfará las exigencias del caso y cumplirá adecuadamente con la tarea encomendada.

No se trata ni de aceptar ni de rechazar a troche y moche, especialmente por una actitud timorata, porque ahora se está, por una parte, con el compromiso legal de la calificación y, por la otra, con la reacción de quien se sienta discriminado por el rechazo.

Lo mejor es atender, aquilatar, decidir y ejecutar todo de buena fe; tener esa tranquilidad de conciencia. Para ello, bien útiles le pueden ser herramientas como la lectura braille, las grabaciones y las filmaciones, tan a la mano en la actualidad.

Así, el notario, y en general, cuanta persona lo requiera para atender a alguien que padezca una discapacidad, podrán escudriñar la mente del interesado, convencerse de su sentir, de su pensar y de su voluntad.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO DERECHO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA CIUDAD DE MÉXICO

THE IMPLEMENTATION OF THE NEW RIGHT TO THE LEGAL CAPACITY OFPERSONS WITH DISABILITIES IN NOTARIAL FUNCTION IN MEXICO CITY

MTRO. RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ[1]
NOTARIO NÚMERO 68 DE LA CIUDAD DE MÉXICO

[1] Notario 68 de la Ciudad de México. Doctorando por la Escuela Libre de Derecho. Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana. Abogado por la Escuela Libre de Derecho.

RESUMEN

El artículo revisa el alcance del nuevo Derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, con la finalidad de presentar de qué forma la incorporación del modelo social y del enfoque de Derechos Humanos ha impactado en la función notarial en la Ciudad de México, a propósito de la concepción de dichas personas como sujetos de derechos y no sólo de protección jurídica, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lalegislación vigente en la Ciudad de México.

PALABRAS CLAVE: *Discapacidad; personas con discapacidad; discriminación;Derechos Humanos; función notarial.*

ABSTRACT: The paper reviews the scope of the new right to the legal capacity of persons with disabilities, in order to present, in what way, the incorporation of the social model and the human rights approach, has impacted on the notarial function in Mexico City, regarding the conception of said persons as subjects of rights and not only of legal protection, in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Political Constitution of the United Mexican States, and the legislation in force in Mexico City.

KEYWORDS: *Disability; persons with disabilities; discrimination; human rights;notarial function.*

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. MARCO CONCEPTUAL

1. NOCIÓN DE DISCAPACIDAD, DE PERSONA CON DISCAPACIDAD
Y DE DISCRIMINACIÓNPOR MOTIVOS DE DISCAPACIDAD
2. MODELOS O PARADIGMAS DE TRATAMIENTO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
3. LA CAPACIDAD, LA INCAPACIDAD Y LA DISCAPACIDAD COMO ESTADO JURÍDICO DE LASPERSONAS.

III. MARCO JURÍDICO

1. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DE LA DISCAPACIDAD
DE LAS PERSONASEN LA LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO
2. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES APLICABLES EN MÉXICO
DE CARÁCTERUNIVERSAL, REGIONAL, GENERAL Y ESPECÍFICO SOBRE LA MATERIA

IV. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LASPERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. LA ADOPCIÓN POR PARTE DEL ESTADO MEXICANO DE LA CONVENCIÓN
2. LA GÉNESIS DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN
3. LA OBLIGACIÓN DE ESTABLECER UN SISTEMA DE APOYOS Y ASISTENCIA
Y UNSISTEMA DE SALVAGUARDIAS.
4. LA FUERZA VINCULANTE DE LA CONVENCIÓN

v. CONCLUSIONES

vI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

Los datos del Informe Mundial sobre Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud y del Banco Mundial, arrojan que más de 1,000 millones de personas en el mundo, es decir, aproximadamente 15 % de la población mundial viven con algún tipo de discapacidad[2]. De ellas, casi 200 millones tienen dificultades en su funcionamiento y requieren con frecuencia servicios de asistencia.

Por otro lado, los datos del Censo de Población y Vivienda 2020 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI)[3] muestran que en México viven 126,014,024 personas, de las cuales 20,838,108 (16.53 %) padecen alguna limitación, y de éstas, 6,179,890 tienen algún tipo de discapacidad(es decir el 4.9 % de la población total de México padece discapacidad)[4].

Debido a su discapacidad las personas que la padecen han sido históricamente categorizadas, excluidas, marginalizadas y/o discriminadas.

---

[2] El Informe Mundial sobre la Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial en 2011, proporciona información sobre la discapacidad, con el objetivo de proporcionar a los Gobiernos y la sociedad civil una descripción completa de la importancia de la discapacidad y un análisis de las respuestas suministradas, sobre la base de la mejor información científica disponible y a partir de este análisis, formular recomendaciones para la adopción de medidas a escala nacional e internacional. Cfr. *https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health* y *https://www.bancomundial.org/es/topic/disability* Recuperado el 30 de julio de 2021.

[3] En México, la producción de estadísticas sobre discapacidad es obligatoria de acuerdo con el Artículo 22 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y el Artículo 31 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en cumplimiento de ambas disposiciones, incluyó el tema de la discapacidad, a partir de la metodología propuesta por el Grupo de Washington sobre estadísticas de discapacidad (WG por sus siglas en inglés), para identificar a la población con discapacidad; a partir de ésta es posible conformar tres grupos: la población con discapacidad, la población con limitación y la población que no tiene discapacidad ni limitación.

[4] En este censo se considera Población con limitación a las Personas que tienen poca dificultad para realizar al menos una de las actividades de la vida diaria como: ver, oír, caminar, recordar o concentrarse, bañarse, vestirse o comer, hablar o comunicarse y Población con discapacidad a las Personas que tienen mucha dificultad o no pueden hacer al menos una de las actividades de la vida diaria como: ver, oír, caminar, recordar o concentrarse, bañarse, vestirse o comer, hablar o comunicarse. Cfr. *http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/discapacidad.aspx?tema=P* Recuperado el 30de julio de 2021.

Por ello, el 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la resolución A/Res/61/106 adoptó en Nueva York, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad(en lo sucesivo CDPD).[5]

El Estado Mexicano firmó el instrumento de ratificación de dicha Convención el 26 de octubre de 2007 y lo depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre del mismo año, ratificando la CDPD ese mismo día. La citada Convención internacional fue promulgada el 30 de abril de 2008 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo de 2008[6], entrando en vigor en nuestro país –al igual que en diversas partes del mundo– el 3de mayo de ese mismo año 2008.

El Artículo 12 de la CDPD establece la obligación de reconocer que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida* (Artículo 12 inciso 2) y la obligación de *adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica,* a través del establecimiento de un sistema de apoyos (Artículo 12 inciso 3), así como de asegurarse *que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas* y *efectivas para impedir los abusos,* a través del establecimiento de un sistema de salvaguardias (Artículo 12 inciso 4), sistemas que en algún momento deberán sustituir, al llamado modelo sustitutivo de la voluntad en la toma de decisiones que implican, respectivamente, las instituciones de la tutela y la curatela del Derecho Mexicano, para lograr la implementación de la CDPD en materia de capacidad jurídica en México y, en consecuencia, la armonización de su legislación interna con laConvención.

El objetivo de este artículo es analizar el alcance del nuevo derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que emana del Artículo 12 dela CDPD, a través del relato sucinto de la génesis del texto de dicho artículo y de las modificaciones legislativas de la Ciudad de México en la materia, posteriores a la adopción de dicha Convención, con la finalidad de presentar, de qué forma, la incorporación del modelo social y del enfoque de Derechos Humanos han impactado hasta el momento en la función notarial en la Ciudad de

[5] Resolución A/RES/61/106. ONU. 76ª sesión plenaria. 13 de diciembre de 2006. Cfr. *http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf*

[6] Diario Oficial de la Federación del 2 de mayo de 2008. Cfr. *https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2008&month=05&day=02*

México, a propósito de la concepción de dichas personas como sujetos de derechos y no sólo de protección jurídica, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la legislación de la Ciudad de México –la cual sigue en espera de la modificación correspondiente al Código Civil, al Código de Procedimientos Civilesy a la Ley del Notariado aplicables en la Ciudad de México–.

II. MARCO CONCEPTUAL

1. Noción de discapacidad, de persona con discapacidad y dediscriminación por motivos de discapacidad

Uno de los problemas que han enfrentado las personas con discapacidades su identificación para ser reconocidas como tales, debido a la transformación y a la diversidad de acepciones de la palabra que las califica y las clasifica en este colectivo, así como de los criterios que se han establecido para determinarlo[7].

Para Canimas (2015: 80)

"...el paradigma médico (que también ha sido llamado médico-rehabilitador) considera la discapacidad como un problema de la persona causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere cuidados sanitarios prestados en forma de tratamiento individual. En este sistema, el tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir el máximo cuidado posible y una mejor adaptación y respuesta de la persona a su situación. Para el paradigma social, en cambio, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un problema social y político causado por las barreras y la marginación de las sociedades hacia aquellas personas que no tienen las condiciones que se consideran normales y deseables. Para este paradigma, el tratamiento del problema requiere las modificaciones ambientales, culturales y políticas necesarias para hacer posible la plena participación de cualquier persona en todas las áreas de la vida, sean cualessean sus capacidades".

[7]A quienes padecen una o múltiples deficiencias, se les ha llamado personas con diversidad funcional, personas con discapacidad, personas con deficiencias, personas con limitaciones, personas incapaces, personas incapacitadas, personas inválidas, personas minusválidas, personas disminuidas, personas retrasadas, entre otras formas. Por ende, en la CDPD no se fija un término para tal efecto, pues se le considera a la discapacidad como un concepto que evoluciona.

Existen, sin embargo, referentes internacionales que han buscado una estandarización, entre los que destacan la propia CDPD, así como la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)* publicada por la OMS en 1980, la posterior *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF)*[8] publicada por la OMS en 2001 y la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, versión para la Infancia y la Adolescencia (CIF-IA)* editada en 2011.

A efecto de arribar al relato de la génesis del texto del Artículo 12 de la CDPD y de analizar lo dispuesto en dicho artículo y el nuevo derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, emanado de la adopción de la CDPD, consideramos de suma importancia tener presente la noción de discapacidad, de persona con discapacidad y de discriminación por motivos de discapacidad, basados en el modelo social y en el enfoque de Derechos Humanos, al ser concebidas dichas personas en la propia Convención comosujetos de derechos y no sólo de protección jurídica.

> *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos* –reza la primera parte del Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[9] proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III)– y *todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica* –complementa tajantemente el Artículo 6 de la misma Declaración–.

En dichas disposiciones están incluidas, por supuesto, las personas con discapacidad; sin embargo, la estigmatización y la discriminación que ha padecido por siglos dicho colectivo, han hecho necesaria la celebración de la Convención delos Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que los Estados Parte reafirmaron de manera específica que las personas con discapacidad –al igual que cualquier ser humano– tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica (Artículo 12 inciso 1).

El Estado Mexicano se ha sensibilizado en el tema, en especial por lo que se refiere a la desigualdad y a la discriminación que padecen las personas con discapacidad y a los obstáculos a los que se enfrentan para su desarrollo, así como para el ejercicio de sus derechos y acceso a la justicia. En virtud de ello, adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, asumiendo la obligación de:

---

[8] Puede consultarse la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) en *https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf*

[9] Cfr. *https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights*

> *"Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad".* (Artículo 4 inciso b).

México reconoce, además, los Objetivos de Desarrollo del Milenio a favor de las personas con discapacidad[10] y observa las recomendaciones del Informe Mundial sobre Discapacidad –citado anteriormente–, del Estado Mundial de la Infancia[11] y del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

La CDPD, al imponer la obligación al Estado Mexicano de reconocer:

> *"Que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".*
> (Artículo 12 inciso 2).

Generó un cambio de paradigma en la materia; sin embargo, a poco más de 13 años de haber entrado en vigor en nuestro país dicha Convención, no se ha logrado todavía la tan esperada armonización de la legislación interna de carácter civil y notarial que regule la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

> *"A pesar de que en México, la citada Convención entró en vigor desde el 3 de mayo de 2008, la mayoría de las normas de derecho interno siguen sin estar armonizadas con el tratado internacional y falta mucho trabajo por hacer para que el imaginario colectivo transite al modelo social. De ello dan cuenta las problemáticas cuya resolución ha correspondido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación".*[12]

---

[10] La Organización de las Naciones Unidas celebró el Sexagésimo octavo período de sesiones el 23 de septiembre de 2013 la Reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad: El camino a seguir: una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2015 y después de ese año. La Asamblea General aprobó mediante la resolución A/68/L.1, el 23 de septiembre de 2013 una serie de compromisos que los Estados miembros deben cumplir para la plena inclusión de la población con discapacidad.

[11] Estado Mundial de la Infancia. Niñas y niños con discapacidad. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Mayo de 2013.

[12] Cuaderno de Jurisprudencia número 5, de los Derechos de las personas con discapacidad (2020) publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En términos de la normativa internacional adoptada por México, se reputa discriminación por motivos de discapacidad, considerar que una persona tiene una aptitud deficiente para gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí misma o por algún medio que la supla –en pocas palabras, para tomar decisiones– a causa de una deficiencia cognitiva o psicosocial, declararla en estado de interdicción, retirarle su capacidad de ejercicio y nombrar a un tercero –el tutor– para que en su nombre y representación –sustituyendo su voluntad– ejercite sus derechos no personalísimos –como lo sigue haciendo la legislación civil vigente en todo el país, hasta la fecha–.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, per se, incompatible con esta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio o que, inversamente, por considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

La Corte ha afirmado que la razón de tener un catálogo de "categorías sospechosas" es resaltar de manera no limitativa que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadasen cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características y que ciertas categorías han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones, pero que con el paso del tiempo, se han incluido en la jurisprudencia y/o en las Constituciones otras categorías atendiendo a otras formas de discriminación detectadas, en atención al carácter evolutivo de la interpretación de los Derechos Humanos, entre las que se encuentra ladiscapacidad.

Sin embargo, es importante recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redunda en detrimento de los Derechos Humanos.

En igual sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación

tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un Derecho Humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

De conformidad con la CDPD:

> *"La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".*
> (Preámbulo, inciso e).

Así, la discapacidad es considerada como un término genérico que se puede conceptualizar, en términos de la Convención, como la condición de vida que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales, sensoriales, o de cualquier otra especie, 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.

Por ende, el vocablo discapacidad no debe ser considerado sinónimo de deficiencia. No son lo mismo. La deficiencia es una anomalía o anormalidad en las funciones o estructuras corporales que dificulta o impide realizar acciones que se consideran valiosas, y la discapacidad la interacción de esta deficiencia con el mundo.

Las deficiencias que causan la discapacidad pueden ser físicas, sensoriales, mentales o intelectuales, entre otras.

De conformidad con lo que comentamos líneas arriba respecto a la distinción y a la discriminación, corresponderá a los tribunales definir cuál condición física, mental, intelectual, sensorial o de alguna otra especie se traduce en discapacidad y motiva un trato desigual y/o discriminatorio y cuál no.

La CDPD establece que:

> *"Las personas con discapacidad incluyen 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".*
> (Artículo 1 segundo párrafo).

Al decir *"incluyen"*, la CDPD reconoce tácitamente que estas cuatro no son las únicas clases de deficiencias, sino que puede haber más. Por ende, en dicha Convención se reconoce:

> *"La diversidad de las personas con discapacidad y la necesidad de promover y proteger los Derechos Humanos de todas ellas, incluidas aquellas que necesitenun apoyo más intenso".*
> (Preámbulo, incisos i y j).

En México, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad publicada el 30 de mayo de 2011 armoniza las disposiciones de la Convención y reglamenta el Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyéndose en el instrumento legal que permite la adopción de medidas legislativas, administrativas y de otra índole, para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

La observancia de esta ley corresponde tanto al Gobierno Federal, como a los Gobiernos de las Entidades Federativas y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como a las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios a las personas con discapacidad.

La citada Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en su Artículo 2, fracción XXI, establece que, para efectos de la propia ley, por:

> *"Persona con Discapacidad se entenderá toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con las demás".*

De conformidad con el Artículo 10 de la mencionada Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, la Secretaría de Salud en coordinación con el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, tiene la facultad de emitir la Clasificación Nacional de Discapacidades, con base en los lineamientos establecidos por la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud. El SectorSalud debe expedir a las personas con discapacidad un certificado de reconocimiento y calificación de discapacidad con validez nacional.

El Reglamento de dicha ley señala que dicho certificado será emitido por las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud que cuenten con servicios de rehabilitación a través de un médico especialista en Medicina de Rehabilitación con título y cédula profesional, en los términos que determine la Norma Oficial Mexicana correspondiente. (Artículo 19), 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".
(Artículo 2, párrafo 4 de la CDPD reiterado por el Artículo 2, fracción IX de la citada Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad).

Canimas (2015: 81) afirma que:

"Tal como señala Ramón Puig (1990), la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) (OMS, 1980) supuso el primer intento de superación de la confrontación entre los paradigmas médico y social, que él denominó, siguiendo a Gerben DeJong (1979), de la rehabilitación y de la autonomía personal, respectivamente. Sin embargo, deberá esperarse a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) (OMS, 2001) para que se hable abiertamente y en estos términos de la integración de los paradigmas médico y social en el enfoque biopsicosocial. Esta nueva visión de la CIF se fundamenta en la diferenciación entre deficiencia (impairment) y discapacidad (disability): Considera que la deficiencia es una anomalía o anormalidad en las funciones o estructuras corporales que dificulta o impide realizar acciones que se consideran valiosas (tal como defiende el paradigma médico); y la discapacidad, la interacción de esta deficiencia con el mundo (tal como defiende el paradigma social). De tal manera que una misma deficiencia puede convertirse o no en una discapacidad, o puede serlo en distinto grado, según en quién y dónde se dé. Así pues, una misma deficiencia puede ser nada o más o menos incapacitante dependiendo de la clase social, el lugar y la época a la que pertenece la persona o personas que la tienen. Por ejemplo, la miopía es una deficiencia visual, pero si se dispone de las gafas adecuadas y la sociedad en la que se vive no margina o estigmatiza, de una u otra forma a las personas que las llevan, no se tiene ninguna discapacidad".

2. Modelos o paradigmas de tratamientoa las personas con discapacidad

El desconocimiento de la diversidad y de la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad mental, la evolución del concepto de discapacidad y la confusión entre incapa-cidad y discapacidad, han ocasionado que, desde la antigüedad, hasta nuestros días, hayan existido diversas formas de tratar a las personas con discapacidad, tanto social como jurídicamente.

A esas diversasformas se les ha dado por llamar paradigmas o modelos de tratamiento. Los estudiosos del tema, en mayor o menor medida hablan de tres o cuatro paradigmas o modelos de tratamiento[13].

Un primer paradigma o modelo, llamado DE PRESCINDENCIA, supone que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo principalmente religioso. En este modelo se considera que las personas con discapacidad son innecesarias por diferentes razones: Porque no contribuyen a las necesidades de la comunidad, porque albergan mensajes diabólicos, porque son la consecuencia del enojo de los dioses, o porque sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia, se decide apartarlas o prescindir de ellas.

Al segundo modelo se le ha denominado MÉDICO o MÉDICO - REHABILITADOR. En el cual se considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, sino científicas (derivadas en limitaciones individuales de las personas). Las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero solo en la medida en que sean rehabilitadas. El fin primordial que persigue este modelo es "normalizar" a las personas con discapacidad.

La aplicación abusiva de los dos modelos mencionados derivó en una constante discriminación y desigualdad hacia las personas con discapacidad. En virtud de dicha discriminación surgió un tercer modelo. El denominado modelo SOCIAL, que considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Reconoce que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas.

Este modelo ha sido consecuencia de movimientos y luchas de las propias personas con discapacidad. Aunque en el ámbito jurídico el modelo social surgió hasta inicios del Siglo XXI. desde la perspectiva de la sociología ya era materia de estudio desde finales de los años 60 del siglo pasado en universidades británicasy estadounidenses, con el denominado movimiento de vida independiente, a partir del cual plantearon que las causas que origina-

[13] José Antonio Seoane (2011) habla de cuatro modelos: médico, social, de la diversidad y de los derechos. Pueden consultarse, además: Puig de la Bellacasa (1990); Casado (2001); Luckasson et al. (2002); Crespo, Campo y Verdugo (2003); Schalock (2007); Palacios (2008); Wehmeyer (2008); Schalock et al. (2010); Verdugo y Schalock (2010) para revisar el desarrollo de los paradigmas o modelos de tratamiento a la discapacidad.

ban la discapacidad eran las barreras físicas y actitudinales de la sociedad en su conjunto, en lugar de las diversidades funcionales de las personas, que generaban inaccesibilidad a los edificios, al transporte, a la infraestructura urbana y a los servicios, las conductas discriminatorias y la repetición de estereotipos.

Desde el ámbito de la sociedad civil, organizaciones de personas con discapacidad, a finales de la década de 1960 empezaron la lucha por lograr el pleno reconocimiento de sus derechos. El paradigma social inició en la década de 1970 en el Reino Unido con movimientos como los de Union of the Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) y Liberation Network of People with Disabilities. Posteriormente lo hizo la academia y, por último, se logró también desde el ámbito jurídico concretado en la Convención sobre los Derechos de lasPersonas con Discapacidad.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con ciertos VALORES INTRÍNSECOS a los Derechos Humanos. Parte de la premisa de que la discapacidad es en parte una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad.

Apunta a la AUTONOMÍA de la persona con discapacidad PARA DECIDIR RESPECTO DE SU PROPIA VIDA, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.

Para Aguilar Morales (2017:11) incorporar el modelo social implica el reconocimiento de que la discapacidad no tiene un carácter individual, sino que es:

> *"El resultado de la conjunción o interacción de las circunstancias de una persona y un entorno con barreras que impiden el ejercicio pleno de los derechos de esa persona, lo cual no es ajeno a la actuación del operador jurídico, ya que lejos de limitarse a proscribir la discriminación por motivos de discapacidad en casos particulares, además determina de qué manera se ha de dar una efectiva eliminación de barreras en la sociedad para evitar posibles reincidencias".*

Afirma además que:

> *"La innovación en el plano jurisdiccional no radica en el reconocimiento de nuevos derechos a las personas con discapacidad, sino en diseñar la protección acrecentada que la sociedad debe proporcionar para que este grupo pueda ejerceren igualdad de condiciones los derechos que todos tenemos reconocidos".*

Por último, se ha hablado del modelo de DERECHOS, íntimamente ligadoal modelo social, que promueve que las personas con discapacidad efectivamente ejerzan sus dere-

chos en igualdad de condiciones que el resto de la población y sin discriminación alguna, reiterando su dignidad, así como el respeto por la diferencia que implica la discapacidad, lo cual conlleva la ausencia de conductas orientadas a la reproducción de estereotipos y a la exclusión y desventaja social de las personas con discapacidad.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó, al resolver el Amparo en Revisión 410/2012, que:

> *"Atendiendo al modelo social de discapacidad, previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los presupuestos o fundamentos en los cuales se sustenta tal materia son los siguientes: (i) dignidad de la persona, referida al pleno respeto de los individuos por el solo hecho de serlo, sin que una diversidad funcional implique una disminución de tal reconocimiento; (ii) accesibilidad universal, consistente en la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones, en todos los ámbitos y servicios de su entorno social; (iii) transversalidad, relativa a la concepción de la discapacidad como un aspecto en íntima relación con todas las facetas del contexto en que se desenvuelve; (iv) diseño para todos, referido a que las políticas se conciban de tal manera que puedan ser utilizadas por el mayor número posible de usuarios; (v) respeto a la diversidad, consistente en que las medidas a implementarse reconozcan las diferencias funcionales como fundamento de una sociedad plural; y, (vi) eficacia horizontal, relativa a que la exigencia de respeto a las personas con discapacidad se dirija tanto a las autoridades, así como a los particulares".*

3. La capacidad, la incapacidad y la discapacidadcomo estado jurídico de las personas

En el orden jurídico de la Ciudad de México, como en el del Estado Mexicano y de la mayoría de los países, los aspectos generales de la capacidad jurídica han sido abordados tradicionalmente de manera exclusiva por la legislación civil de acuerdo con los principios y necesidades del Derecho Privado.

La capacidad jurídica ha sido considerada como uno de los atributos de la personalidad, como una especie del estado o condición jurídica de las personas.

Según Planiol (1928: 161-165), se llama estado jurídico de una persona (status o conditio), a *"determinadas cualidades que la ley toma en consideración para atribuirles ciertos efectos jurídicos"*, es decir derechos y obligaciones.

"Así, las cualidades de francés, de mayor de edad, de esposo, de hijo legítimo, son estados jurídicos. Designar el estado de una persona es calificarla, especificando el punto de vista desde el cual se le considera. Rigurosamente a toda cualidad que produzca efectos de derecho puede darse el nombre de estado... El derecho reserva este nombre a las cualidades inherentes a la persona".

"El estado de una persona no es simple y único, sino múltiple".

"Las condiciones diversas o estados de las personas pueden tener por causa ya sea un acto jurídico...o un hecho material... Cuando se produce una de estas causas, genera un estado determinado... Si no se produce, la persona se encuentra en un estado contrario".

"Todo estado supone, pues, otro contrario, que podría pertenecer a la misma persona".

Hoy en día, en términos de las disposiciones legales vigentes en la Ciudad de México, las únicas causas físicas que influyen sobre el derecho de las personas, modificando su estado jurídico, son:

1. La minoría de edad.

2. La imposibilidad de la persona de gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí misma o por algún medio que la supla, debido a su estado particular de discapacidad física, sensorial, intelectual emocional,mental o varias de ellas a la vez.

Sigue afirmando Planiol (1928: 161-165), que:

"No basta determinar el estado de una persona, es preciso buscar cuáles son las consecuencias de ese estado, pues, solamente, en razón de los efectos jurídicos que produce, surge la importancia de conocer el estado de las personas.

"Tales consecuencias son de dos clases:

"1. El estado de la persona sirve para determinar el número y naturaleza de los derechos y obligaciones de la persona: En consideración de su estado, la ley le concede o niega un derecho; le impone una obligación o la dispensa de ella... (capacidad de goce).

"2. El estado de la persona sirve también para determinar su aptitud para ejercitar por sí misma sus derechos o cumplir sus obligaciones... (capacidad de ejercicio).

"Esta aptitud constituye la regla: Dado un derecho o una obligación, puede ser ejercido o cumplida por la propia persona interesada. En este caso se dice que esa persona es capaz. Excepcionalmente, la persona titular del derecho o sujeta a una obligación carecerá de esa aptitud; en este caso es incapaz".

Desde una perspectiva individual o personal, un ser humano, por el solo hecho de tener la cualidad de ser humano, tiene derecho a la capacidad de goce, es decir, la ley le atribuye a ese ser humano el efecto jurídico de tener capacidad de goce, es decir, la aptitud de ser titular de derechos y de asumir obligaciones.

Desde esa misma perspectiva individual o personal, ese ser humano, de acuerdo a sus cualidades físicas –en el sentido lato de la palabra–, al alcanzar la mayoría de edad, por el hecho de tener esa cualidad de ser humano mayor de edad, tiene derecho a la capacidad de ejercicio, es decir, la ley le atribuye a ese ser humano, el efecto jurídico de tener capacidad de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

En otras palabras, no es lo mismo ser que tener. No es lo mismo ser capaz, que tener capacidad. Aunque a veces se confunde.

La capacidad jurídica ha sido malentendida como una cualidad de las personas a la que la ley le atribuye ciertos efectos jurídicos, pero la capacidad jurídica –en su doble aspecto– es, más bien, el efecto jurídico atribuido por la ley aquienes tienen la cualidad de ser personas mayores de edad.

Al llegar la persona a ser mayor de edad, tiene plena capacidad jurídica. Muchas veces se afirma que una persona mayor de edad es capaz, pero lo correcto es decir que esa persona mayor de edad tiene capacidad jurídica, en virtud de que la ley le atribuyó ese efecto jurídico, para evitar confundir la cualidad con la consecuencia.

Sin embargo, si esa persona mayor de edad carece de posibilidad de discernimiento, carece de la aptitud de ejercitar por sí misma sus derechos y de cumplir sus obligaciones por sí misma, por una situación individual o personal, en consecuencia, tiene cualidades distintas a las de la persona mayor de edad con posibilidad de discernimiento y, en consecuencia, a su vez, no le corresponderán aesa persona los mismos efectos jurídicos que a la otra. Una tendrá derecho a la capacidad de ejercicio, mientras que la otra no, pero no por una discriminación, sino por tener cualidades distintas.

Empero, la consideración de incapacidad debida a la falta de aptitud para ejercitar por sí misma sus derechos o cumplir sus obligaciones, ha ocasionado quea las personas con discapacidad se les ha estigmatizado y discriminado históricamente.

Por ello, actualmente, en virtud de la adopción por parte del Estado Mexicano de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad(en lo sucesivo CDPD) y en virtud de las obligaciones derivadas de la misma para los Estados Parte, al regular, analizar, aplicar y estudiar la capacidad jurídica, se pretende abordar el tema de la discapacidad desde el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo desde una concepción y una perspectiva distintas.

Por ende, ha sido necesario que la regulación y el estudio de la capacidad jurídica fueran retomados por la normativa y las políticas del Derecho Público, en general, y de los Derechos Humanos, en particular, para tratar de acabar con la estigmatización y la discriminación que ha sufrido ese colectivo.

De conformidad con la CDPD:

> *"La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".*
> (Preámbulo, inciso e).

Sin embargo, esta nueva concepción sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad derivada de la CDPD ha generado controversias en cuanto a la aplicación de las normas internas del Estado Mexicano, ya que estas siguen estableciendo una diferencia entre la capacidad de goce y ejercicio, principios que se basan en la restricción de derechos de las personas.

Desde la perspectiva del Derecho Civil, al hablar tanto de capacidad e incapacidad, como de discapacidad, inclusive, se está haciendo referencia, necesariamente, al estado jurídico de una persona. Esto no lo podemos, ni lo debemos desconocer.

Sin embargo, en ese sentido y tomando en cuenta las enseñanzas de Planiol, tenemos que preguntarnos si al amparo de la nueva concepción y perspectiva del Derecho Internacional, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, la discapacidad es una cualidad a la que la Convención –entiéndase la ley– le atribuye efectos jurídicos, o es un efecto jurídico atribuido por la ley a las personas que tienen la cualidad de ser personas con discapacidad,bajo el concepto que la propia Convención señala.

La CDPD no distingue capacidad de goce, de capacidad de ejercicio. Les da el mismo tratamiento. Por ello, al ratificar el Estado Mexicano la Convención, lo hizo originalmente con una declaración interpretativa que señalaba que, sin menoscabo de la absoluta determinación por proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, México aplicaría el párrafo dos del Artículo 12, siempre que no fuera en detrimento de normas de su legislación interna, aunque esta declaración fue retirada posteriormente.

Bajo la perspectiva del Derecho Internacional, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, la discapacidad –contrario a la capacidad y la incapacidad– es una cualidad determinada que la ley toma en consideración paraatribuirle efectos jurídicos; no es un efecto jurídico que la ley atribuye a quienes la padecen por tener determinadas cualidades tomadas en consideración para ello por la propia ley. La discapacidad en este caso es la cualidad que la ley toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos.

Como lo hemos comentado, la CDPD, al imponer la obligación al Estado Mexicano de reconocer que:

> "*Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad decondiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".*
> (Artículo 12 inciso 2), generó un cambio de paradigma en la materia.

Al hacerse ese reconocimiento en la legislación del Estado Mexicano, bajo este nuevo paradigma, la discapacidad debe considerarse como una cualidad determinada que la ley toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos.

Esos efectos consisten en el derecho que tienen las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad decondiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, así como a que se les proporcionen acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y las salvaguardias adecuadas y efectivas

para impedir abusos, asegurando que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible; y, que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Es importante, sin embargo, tener en cuenta lo que afirma De la Peza (1997; XV-XVI):

> *"...se ha tomado como elemento central de análisis y crítica el Código Civil para el Distrito Federal, que en mayor o menor grado ha servido de modelo para todos los códigos civiles de los Estados que integran la Federación. Así lo hacemos en razón de que es la ley civil en vigor, pero no necesariamente el derecho, por lo que se hace una crítica de aquél, se intenta señalar sus errores y deficiencias, y en ocasiones se proponen conclusiones distintas a sus postulados.*
>
> *"Esta consideración lleva una advertencia y un mensaje a los estudiantes para ponerlos en guardia contra los errores del positivismo. El derecho no es la ley, los códigos no son tratados de Derecho. El legislador ordinario es un accidente en la historia del desarrollo político de las naciones; su obra, al fin trabajo humano, puede ser de una riqueza singular en lo jurídico o fruto de intereses o tendencias políticas deleznables.*
>
> *"El jurista tiene el deber de recomendar la observancia de la ley. Sin embargo, debe colocarse, en cierta forma, por encima de ella, para poder interpretarla a la luz de los valores fundamentales del Derecho y así procurar la realización de éstos. Además, debe gestionar, desde la posición en que se encuentre, la derogación o modificación de la ley que atente contra la justicia, que ponga en riesgo la seguridad jurídica o que provoque el caos en lugar de conducir al bien común".*

Parafraseando a De la Peza, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha servido de modelo para que la legislación de todos los países que la han adoptado regule la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, pero esta Convención no es necesariamente el Derecho.

El Derecho no es la Convención, la Convención no es un tratado de Derecho. Las delegaciones que la redactaron son un accidente en la historia del desarrollo político de las naciones; su obra, al fin trabajo humano, puede ser de una riqueza singular en lo jurídico o fruto de intereses o tendencias políticas virtuosas en el mejor de los casos.

Los juristas tenemos el deber de recomendar su observancia. Sin embargo, debemos colocarnos, en cierta forma, por encima de ella, para poder interpretarla a la luz de los

valores fundamentales del Derecho, y así procurar la realización de éstos, y gestionar, desde la posición en que nos encontremos, su modificación o derogación si atenta contra la justicia y pone en riesgo la seguridad jurídica, o provoca el caos en lugar de conducir al bien común, por lo que con esa perspectiva deberá armonizarse la legislación interna de los Estados Parte que la adoptaron, con los principios que emanan del Artículo 12 de la Convención.

Previendo el conflicto que el contenido del inciso 2 del Artículo 12 de la CDPD ha generado hasta la fecha, la publicación del respectivo decreto promulgatorio de la CDPD del Estado Mexicano, al que hicimos referencia líneas arriba, contenía una declaración interpretativa, que señalaba que:

> *"Consecuentemente, con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos interpretan el párrafo 2 del Artículo 12 de la Convención, en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse –en estricto apego al principio pro homine– la norma que confiera mayor protección legal, salvaguarde la dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas"* [14].

Sin embargo, esta declaración fue retirada el 8 de diciembre de 2011. Sobre la base de los informes iniciales de distintos Estados Parte que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad había examinado hasta 2014, el 11 de abril de 2014 emitió la Observación General N.º 1 (2014)[15], observando que había un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte, en virtud del Artículo 12 de la Convención, ya que según dicho Comité no se había comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los Derechos Humanos implicaba pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas.

El Comité afirmó que la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en Derecho.

---

[14] Cfr. *https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2008&month=05&day=02*

[15] Cfr. *https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_Igualdad-ante-la-ley_LF.pdf*

Tradicionalmente se ha considerado –como ya lo mencionamos antes– que, dado un Estado, no puede haber al mismo tiempo un Estado contrario: O se es mexicano, o se es extranjero; o se es casado o se es soltero; o se es menor de edad o se es mayor de edad; o se es capaz o se es incapaz.

Empero esa calificación del Derecho y de las leyes ha evolucionado y en algunos casos se ha dejado atrás esa posición binaria. Ahora ya es permitido, por ejemplo, tener múltiple nacionalidad. Antes era imposible pensarlo siquiera.

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, tratándose del estado físico, sensorial, mental o intelectual de las personas, aunque se reconoce la diversidad, se afirma que a todas las personas debe tratárseles en igualdad de condiciones, pues de lo contrario se les estaría discriminando, lo cual atentaría contra los postulados de la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Tratándose de los cuatro tipos de aptitudes –física, sensorial, mental o intelectual– hay personas que tienen plena aptitud –según de la que hablemos– y hay otras que carecen completamente de ella.

Sin embargo, desde esta perspectiva, al reconocerse la diversidad, tácitamente podría afirmarse que al igual que una moneda no solamente tiene dos caras, sino también un borde en medio de ellas, entre uno y otro extremo de los comentados en el párrafo anterior, hay personas que tienen más aptitudes que otras, y hay otras personas que tienen menos. Los avances de la ciencia médica nos han permitido saber que existe también un borde entre la aptitud absoluta y la falta absoluta de aptitud.

Hay personas en un extremo –una cara de la moneda– que tienen absoluta posibilidad de moverse físicamente, o de ver, o de oír, y que, por lo tanto, no requieren ninguna clase de apoyo o asistencia para ello, es decir, gozan de plena aptitud de movilidad, visual o auditiva y pueden ejercitar por sí mismas esa capacidad.

Hay otras personas, en el otro extremo –la otra cara de la moneda–, que tienen absoluta falta de capacidad de movilidad, visual o auditiva y ningún apoyo sería suficiente para que puedan hacerlo por sí mismas; requieren necesariamente de apoyos y salvaguardias para moverse, aunque definitivamente no podrán ver ni oír por sí mismas; ni siquiera con esos apoyos o salvaguardias.

Pero hay otro grupo de personas que se encuentran en medio de estos dos extremos –el borde de la moneda– que, con ciertos apoyos y salvaguardias, podrán moverse, ver u oír mejor, por sí mismas.

Lo mismo aplica tratándose de la capacidad mental o de la capacidad intelectual. Hay personas en uno de los extremos que tienen plenas esas capacidades y no requieren, por ende, apoyos ni salvaguardias para ejercitarlas. Hay otras personas en el otro extremo que carecen absolutamente de ellas y ningún apoyo ni salvaguardia serían suficientes para ejercitar esas capacidades por sí mismas; no habrá manera ni medio alguno que les permita ejercitar algo de lo que carecen por sí mismas; requieren necesariamente de apoyos que sustituyan esa capacidad para poder ejercerla y de salvaguardias que impidan abusos.

Pero hay otras personas que se encuentran en medio de estos dos extremos, que con ciertos apoyos y salvaguardias podrían ejercitar sus capacidades mentales o intelectuales y, en consecuencia, ejercitar sus derechos ycumplir sus obligaciones por sí mismas.

Sin embargo, la evolución de la normativa relativa al estado jurídico desdeel ámbito físico individual de la persona ha sido muy lenta. No ha pasado lo mismo con el estado político o familiar, como por ejemplo en el caso de la nacionalidad, que ya puede ser múltiple; el talante binario inflexible en materia de capacidad jurídica de las personas ha ocasionado que por siglos se les haya estigmatizado y discriminado a las personas con discapacidad, hasta extremos inimaginables.

Bajo los postulados internacionales, en la actualidad se afirma que debe distinguirse entre capacidad jurídica y capacidad mental, ya que son conceptos distintos. Que la capacidad jurídica es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, y ejercitarlos en igualdad de condiciones que las demás personas; la capacidad mental es la aptitud de una persona para tomar sus propias decisiones, esta, naturalmente, varía de una persona a otra dependiendo de los factores ambientales y sociales. Y que las personas con discapacidad tienen exactamente los mismos derechos que las demás personas; empero, para ejercerlos, a lo largo de la historia han enfrentado barreras legales, físicas, sociales y culturales.

III. MARCO JURÍDICO

1. La regulación de la capacidad jurídica y de la discapacidad de laspersonas en la legislación de la Ciudad de México

Como lo hemos comentado antes, la regulación de la capacidad jurídica de las personas ha sido abordada por la legislación civil de la mayoría de los países –entre los que se incluye a México– como una cuestión técnica relacionada con el tráfico jurídico, con el propósito de proteger la seguridad de éste conforme a principios heredados del Derecho Romano.

Según los postulados del Derecho Civil, en términos de lo dispuesto en la todavía vigente legislación de la Ciudad de México, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí misma o por algún medio que la supla –en pocas palabras, para tomar decisiones– a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le declara en estado de interdicción, se le retira su capacidad de ejercicio y se nombra a un tercero –el tutor– para que en su nombre y representación –sustituyendo su voluntad– ejercite sus derechos no personalísimos.

Sin embargo, la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CPEUM) de 2011 marcó un nuevo paradigma jurídico, dándole una importancia nunca antes vista al respeto y protección de los derechosfundamentales[16].

Derivado de la entrada en vigor de la CDPD en 2008 y de la reforma a la CPEUM de 2011, a la fecha, en México se han expedido y reformado diversas leyes tanto de carácter federal, como de carácter local, aplicables en la Ciudad de México, incluyendo la Constitución Política de la Ciudad de México, que al igual que la CPEUM, establece medidas

[16] Puede consultarse La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: Una década transformadora. Disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/derechos- humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-05/LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20EN%20DERECHOS%20HUMANOS_VB_7%20DE%20MAYO.pdf*

a promover, proteger y asegurar los Derechos Humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad,así como promover el respeto de su dignidad inherente[17].

Estas diversas leyes, al tomar en consideración la cualidad determinada de discapacidad, atribuyen derechos a las personas que padecen de ella, lo cual nos permite demostrar que la discapacidad es un estado jurídico de las personas.

A guisa de ejemplo, se han promulgado en la Ciudad de México, reconociendo o estableciendo derechos a favor de las personas con discapacidad,entre otras, la Constitución Política de la Ciudad de México, la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México, la Ley de Aparatos Auditivos Gratuitos en la Ciudad de México (recientemente abrogada), la Ley de Atención Prioritaria para las Personas con Discapacidad y en Situación de Vulnerabilidad en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), la Ley de la Accesibilidad de la Ciudad de México, la Ley de Salud de la Ciudad de México, la Ley de Salud Mental del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, la Ley para la Atención Integral de las Personas con Síndrome de Down de la Ciudad de México, la Ley para la Atención, Visibilización e Inclusión Social de las Personas con la Condición del Espectro Autista de la Ciudad de México, la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México, la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), etcétera.

A continuación, trataremos de compendiar los principales derechos reconocidos y/o atribuidos a las personas con discapacidad, así como las obligaciones impuestas a las autoridades y otros agentes, en distintas leyes aplicables en la Ciudad de México, previo al relato de la actuación notarial y de lostribunales con relación a dicho colectivo.

---

[17] Puede consultarse el COMPENDIO DE LEGISLACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD. Marco Normativo en México,elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en México. Disponible en: *http://intranet.dif.df.gob.mx/transparencia/new/art_15/10/_anexos/05%20COMP%20LEGIS%20DISCA%20MARCO%20NORMATIVO%20MEXICO.pdf*

En el Estado Mexicano todas las personas gozan de los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no puede restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que dicha Constitución Federal establece. (Artículo 1 primer párrafo de la CPEUM).

Así mismo, las normas relativas a los Derechos Humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución Federal y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Artículo 1 segundo párrafo de la CPEUM).

Por su parte, todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado Mexicano debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley. (Artículo 1 tercerpárrafo de la CPEUM).

La citada Constitución Federal *prohíbe toda discriminación motivada, entre otras, por las* ***discapacidades*** *o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.* (Artículo 1 quinto párrafo de la CPEUM énfasis añadido).

Por otro lado, el 17 de septiembre de 2018 entró en vigor la primera Constitución Política de la Ciudad de México (en lo sucesivo CPCDMX), la cual tiene como eje rector la dignidad humana, sustento de los Derechos Humanos. La Constitución local da cuenta de la pluriculturalidad e interculturalidad de la Ciudad de México.

La Constitución Política de la Ciudad de México *prohíbe toda forma de discriminación, formal o de facto, que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto o resultado la negación, exclusión, distinción, menoscabo, impedimento o restricción de los derechos de las personas, grupos y comunidades, motivada* –entre otra– *por* ***discapacidades****. La negación de ajustes razonables, proporcionales y objetivos, se considera discriminación.* (Artículo 4. Principios de interpretación

y aplicación de los Derechos Humanos. Apartado C. Igualdad y nodiscriminación. Numeral 2 de la CPCDMX énfasis añadido).

La CPCDMX reconoce que en la Ciudad de México *todas las personas tienen derecho a la educación en todos los niveles, al conocimiento y al aprendizaje continuo. Que tienen acceso igualitario a recibir formación adecuada a su edad, capacidades y necesidades específicas, así como la garantía de su permanencia, independientemente de su condición* –entre otras– *de* ***discapacidad.*** (Artículo 8. Ciudad educadora y del conocimiento. Apartado A. Derecho a la educación. Numeral 1 de la CPCDMX énfasis añadido).

La CPCDMX reconoce *que toda persona tiene derecho pleno al deporte. Establece el Gobierno de la Ciudad de México el deber de garantizar este derecho, para lo cual debe establecer instalaciones deportivas apropiadas en las escuelas y en espacios públicos seguros, suficientes y amigables con el medio ambiente, próximos a las comunidades y que permitan el acceso al deporte a las personas con* ***discapacidad*** (Artículo 8. Ciudad educadora y del conocimiento. Apartado E. Derecho al deporte. Primer párrafo inciso b) de la CPCDMX énfasis añadido).

La Constitución local señala que toda persona tiene derecho al cuidado quesustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades de la Ciudad de México deben establecer un sistema de cuidados que preste servicios públicosuniversales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas.

El sistema debe atender de manera prioritaria a las personas en situaciónde dependencia por enfermedad, ***discapacidad,*** *ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado* (Artículo 9 Ciudad solidaria. Apartado B. Derecho al cuidado, de la CPCDMX énfasis añadido).

La Constitución en comento atribuye a las personas que residen en la Ciudad de México derecho al acceso a un sistema de salud público local que tenga por objeto mejorar la calidad de la vida humana y su duración, la reducción de los riesgos a la salud, la morbilidad y la mortalidad.

Así mismo, el deber de incluir medidas de promoción de la salud, prevención, atención y rehabilitación de las enfermedades y ***discapacidades*** *mediante la prestación de servicios médico-sanitarios universales, equitativos,gratuitos, seguros, de calidad y al alcance de todas las personas.*

*Aquellas con **discapacidad** tienen derecho a la rehabilitación integral de calidad.* (Artículo 9 Ciudad solidaria. Apartado D. Derecho a la salud. Numeral 2 de la CPCDMX énfasis añadido).

La CPCDMX *reconoce los derechos de las **personas con discapacidad**. Establece el deber de promover la asistencia personal, humana o animal, para su desarrollo en comunidad. Las autoridades de la Ciudad de México tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar integralmente el ejercicio de sus derechos y respetar su voluntad, garantizando en todo momento los principios de inclusión y accesibilidad, considerando el diseño universal y los ajustes razonables.*

***Las autoridades de la Ciudad de México deben implementar un sistema de salvaguardias y apoyos en la toma de decisiones que respete su voluntad y capacidad jurídica.** Las familias que tengan un integrante con **discapacidad** y, sobre todo, las que tengan una condición de gran dependencia o **discapacidad múltiple**, tienen el derecho de recibir formación, capacitación y asesoría, de parte de las autoridades de la Ciudad de México.*

*Las **personas con discapacidad** tienen derecho a recibir un apoyo no contributivo hasta el máximo de los recursos disponibles.* (Artículo 11 Ciudad incluyente. Apartado G. Derechos de personas con discapacidad. Numerales 1 a 4de la CPCDMX énfasis añadido).

Según la referida Ley Suprema de la Ciudad de México, las autoridades de la Ciudad de México tienen el deber de establecer una política habitacional acorde con el ordenamiento territorial, el desarrollo urbano y el uso del suelo, a fin de garantizar a sus habitantes el derecho a la vivienda adecua-da que favorezca la integración social.

*Para ello deben asegurar que las políticas en la materia contemplen la vivienda nueva terminada, la progresiva, el mejoramiento y consolidación de viviendas en proceso, así como el mantenimiento, rehabilitación y adaptación para **personas con discapacidad,** de las viviendas y unidades habitacionales que lo requieran.* (Artículo 16. Ordenamiento territorial. Apartado E. Vivienda. Numeral 2inciso d) primer párrafo de la CPCDMX énfasis añadido).

*En materia de infraestructura, el Plan General de Desarrollo de la Ciudad de México debe precisar las características etarias, de género o **discapacidad** y aquellas otras que se justifiquen, así como criterios de accesibilidad y diseño universal para mejorar las condiciones de equidad y funcionalidad en la pro-visión de los servicios públicos.* (Artículo 16. Ordenamiento territorial. Apartado F. Infraestructura física y tecnológica. Numeral 2 inciso b) de la CPCDMX énfasis añadido).

La CPCDMX señala que, e*n orden de importancia, las leyes deben dar prioridad y preferencia en la movilidad primero a peatones, en especial* ***personas con discapacidad o movilidad limitada****; a cualquier forma de movilidad no motorizada; personas usuarias del transporte público de pasajeros; a los vehículos privados automotores en función de sus emisiones y al transporte de carga, con restricciones a su circulación en zonas, vialidades y horarios fijados por ley* (Artículo 16. Ordenamiento territorial. Apartado H. Movilidad y accesibilidad. Numeral 2 de la CPCDMX énfasis añadido).

Es finalidad de las alcaldías, según la multicitada ley fundamental local, entre otras, promover la participación efectiva de niñas, niños y personas jóvenes, así como de las ***personas con discapacidad*** *y las personas mayores en la vida social, política y cultural de las demarcaciones.* (Artículo 53. Alcaldías. Apartado A. De la integración, organización y facultades de las alcaldías. Numeral 2 inciso VIII de la CPCDMX énfasis añadido).

Para garantizar el acceso a los derechos para las ***personas con discapacidad,*** la CPCDMX establece el deber de *contemplar ajustes razonables, proporcionales y objetivos, a petición del ciudadano interesado. (*Artículo 60. Garantía del debido ejercicio y la probidad en la función pública Numeral 1. Tercer párrafo de la CPCDMX énfasis añadido).

Por su parte, la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México (en lo sucesivo LCDDHYSGCDMX), publicada en laGaceta Oficial de la Ciu-dad de México, el 8 de febrero de 2019 establece que para *los efectos de esa ley se entiende por "Ajustes razonables: 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****, otras condiciones y en condiciones de vulnerabilidad, el goce y ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales".* (Artículo 3 Numeral2 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Por *Discriminación: Cualquier distinción, no objetiva, racional ni proporcional, que tenga por objeto o resultado la negación, exclusión, distinción, menoscabo, impedimento o restricción de los derechos de las personas, grupos y comunidades, motivada, entre otras, por* ***discapacidades****. También se considera discriminación la negación de ajustes razonables y otras formas conexas de intolerancia.* (Artículo 3 Numeral 11 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Y por *Diseño universal: 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 debe excluir las ayudas técnicas para grupos particulares de* ***personas con discapacidad*** *y personas mayores, cuando se necesiten.* (Artículo 3 Numeral 12 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Esta ley señala que el *Gobierno de la Ciudad de México, a través de las autoridades correspondientes, debe respetar la privacidad e intimidad de las personas, y resguardar la confidenci-lidad de la información personal; la prestación de servicios de educación y salud sexual debe realizarse en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y calidad tomando en cuenta las necesidades específicas de las personas, entre otras, con* ***discapacidad****, prestando particular atención a personas en situación de vulnerabilidad.* (Artículo 31. Segundo párrafo. Numeral 7 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

La LCDDHYSGCDMX establece que la *buena administración constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderespúblicos, que implica que las autoridades traten y resuelvan sus asuntos de manera imparcial y equitativa dentro de un plazo razonable, de conformidad con el debido proceso administrativo, a través de mecanismos accesibles e incluyentes.*

El Gobierno de la Ciudad de México debe proveer interpretación y traducción y los mecanismos necesarios para la prestación de los servicios públicos a la población en su lengua indígena, población con ***discapacidad y en situación de vulnerabilidad.*** (Artículo 36 primer y cuarto párrafos de laLCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

La citada LCDDHYSGCDMX señala que las *personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier persona candidata y a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o plebiscito, y de apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de tipo alguno que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de las y los participantes. Se debe garantizar asistencia imparcial a las* ***personas con discapacidad*** *o a quienes la requieran para ejercer estos derechos.* (Artículo 43 cuarto párrafo de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

La LCDDHYSGCDMX *establece que el derecho a la educación, al conocimiento y al aprendizaje continuo protege a las personas a lo largo de su vida, por lo que debe procurarse el acceso a una formación incluyente adecuada asu edad,* ***capacidades*** *y necesidades específicas, libre de prejuicios, estereotipos y estigmas, por lo cual, el gobierno debe impulsar políticas públicas y acciones afirmativas que permitan la nivelación a mediano y largo plazo, hasta el máximode recursos disponibles como establece la Constitución local.*

El Gobierno de la Ciudad de México y el Congreso local deben garantizar, de acuerdo con la LCDDHYSGCDMX, *el derecho a la educación de la* ***población en condición de discapacidad,*** *incluyendo la psicosocial, aptitudes sobresalientes o los que, por alguna circunstancia, enfrente problemas para el pleno desarrollo de sus* ***capacidades físicas, intelectuales y/o afectivas*** *y que influyen en su aprendizaje, desde el nacimiento hasta la conclusión de su trayecto formativo en los ámbitos familiar, escolar, laboral, de salud y social.* (Artículo 45 tercer y cuarto párrafos de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

La LCDDHYSGCDMX *reconoce a la salud como un bien público. Las personas tienen derecho a un diagnóstico integral desde su nacimiento y a lo largo de toda su vida, con el fin de identificar alteraciones a la salud o brindar un diagnóstico certero y oportuno sobre alguna* ***condición de posibles deficiencias o discapacidad****. Los servicios médicos sanitarios del gobierno de la Ciudad de México son universales, gratuitos, dignos, profesionales, expeditos, equitativos, en todos los niveles y especialidades, seguros, de calidad y al alcance de todas las personas.*

Dice la LCDDHYSGCDMX *que el derecho a la salud en todas sus formas y niveles contempla los contenidos esenciales de acuerdo con los instrumentos del Sistema de Naciones Unidas, del Sistema Interamericano de Derechos Humanosy de los mecanismos de las convenciones de las que el Estado mexicano es parte.*

La Ley en comento *garantiza la protección y promoción del derecho lingüístico y de la identidad cultural en el caso específico de la comunidad de* ***personas sordas*** *y su lengua, la Lengua de Señas Mexicana. Impulsa la formación y capacitación continua de intérpretes y traductores de Lengua deSeñas Mexicana, por especialidades, y en el que se contemple la figura de intérpretes sordos.*

En el caso de las ***personas con discapacidad,*** la LCDDHYSGCDMX*establece el deber de contar con peritos especializados en las diversas discapacidades, apoyo de intérpretes Lenguaje de Señas Mexicana, así como la emisión de documentos en sistema braille.* (Artículo 58 segundo, tercero, cuarto y quinto párrafos de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

La ley citada *reconoce y fomenta la propiedad cooperativa, la vivienda en arrendamiento y otras formas de tenencia; y, su regulación en consonancia con los Derechos Humanos. Se deben impulsar políticas destinadas a aumentar la oferta de vivienda para personas de bajos ingresos y el alquiler social.*

El derecho de propiedad de una vivienda se podrá ejercer de acuerdo con las leyes en la materia. Para el caso de las personas en abandono social, primordialmente niñas, niños y personas jóvenes, con ***discapacidad*** *y mayores, el Gobierno de la Ciudad debe contar con albergues dignos que cubran las necesidades inmediatas de alojamiento sin discriminación.* (Artículo 59 segundo párrafo de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Las autoridades de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, tiene el deber de garantizar el trabajo digno, mismo que debe promoverse y protegerse sin distinciones entre las personas trabajadoras del servicio público por motivo, entre otros, de ***discapacidad,*** *o cualquier categoría que pueda considerarse discriminatoria.* (Artículo 64 segundo párrafo de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

La LCDDHYSGCDMX establece que ***en la Ciudad de México las personas con discapacidad cuentan con un apoyo de acuerdo a la legislación aplicable y autoridades competentes, a cargo del Gobierno.***

Reconoce que las ***personas con discapacidad son sujetos de derechos y obligaciones,*** *así como* ***las diferencias y requerimientos específicos para asegurar la igualdad de oportunidades.***

Señala como ***principios rectores en materia de derechos de las personas con discapacidad, los siguientes:***

1. ***El respeto de la dignidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas;***
2. ***La no discriminación;***
3. ***La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;***

4. *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana;*

5. *La igualdad de oportunidades;*

6. *La accesibilidad;*

7. *Difundir información en formatos accesibles, incluidos el braille, la lengua de señas, la lectura fácil y los formatos electrónicos, de las vías y procedimientos para la interposición de quejas, incluyendo dicha información en lenguas indígenas;*

8. *Instaurar mecanismos de monitoreo, mecanismos de queja y sanciones efectivas por incumplimiento de las leyes sobre accesibilidad;*

9. *La igualdad entre el hombre y la mujer;*

10. *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Debe garantizarse que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que debe recibir la debida consideración, teniendo en cuenta su edad y madurez en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho;*

11. *La revisión y armonización de la legislación aplicable, en particular la del Código Civil, para garantizar los derechos de todas las personascon discapacidad a casarse y a ejercer la custodia, la tutela y la guarda de sus hijos, así como para eliminar expresiones peyorativas para referirse a las personas con discapacidad. A dicha revisión, deben invitarse a participar a organismos de Derechos Humanos, así como a organizaciones de personas con discapacidad.*

La ley en la materia debe establecer las medidas y acciones que contribuyan a lograr la equiparación de oportunidades para la plena integración al desarrollo de las personas con discapacidad, garantizando en todo momento su participación activa. (Artículo 80 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Las autoridades del Gobierno de la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias, deben poner en marcha la legislación y todos los programas y acciones previstas para las mujeres y niñas con ***discapacidad,*** *incluidas medidas de nivelación y acción afirmativa, para erradicar su discriminación en todos los ámbitos de la vida, tanto en las zonas urbanas como en las rurales de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, garantizando su participación efectiva en su diseño e implementación.* (Artículo 81 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Las autoridades del Gobierno de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben garantizar la consideración de los niñas, niños y adolescentes con ***discapacidad*** *en la legislación, políticas y medidas dirigidas a la infancia de la Ciudad y sus demarcaciones territoriales, bajo el principio de igualdad de condiciones con los demás niños y niñas e inclusión en la comunidad, prestando particular atención a quienes viven en zonas rurales y en comunidades indígenas.*

Así mismo, deben implementar un sistema de salvaguardias y apoyos, con objeto de proteger el derecho de los niñas, niños y adolescentes con ***discapacidad*** *a ser consultados en todas las cuestiones que les afecten, garantizando una asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad.* (Artículo 83 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Las autoridades de la Ciudad de México, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a respetar, proteger y garantizar, bajo el principio de igualdad y no discriminación, los Derechos Humanos de las personas privadas de su libertad, sin diferencias fundadas en prejuicios por razón, entre otras, de ***discapacidades,*** *o cualquier otra que atente contra la dignidad humana.* (Artículo 88 Apartado A de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Serán transversales para todo el ejercicio de la función pública las siguientes perspectivas:

Igualdad y no discriminación. *Es el enfoque analítico y crítico que permite comprender que la desigualdad estructural se fundamenta en un orden social, constituye un proceso de acumulación de desventajas y genera* ***discriminación****, exclusión, maltrato, abuso, violencia y constantes riesgos de vulneración a los derechos y libertades fundamentales de algunas personas, grupos y comunidades.*

Los planes, políticas públicas, programas y medidas administrativas, legislativas y judiciales deben contemplar la prevención y erradicación de todas las formas de ***discriminación****, así como la promoción de igualdad de oportunidades y de trato, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Los beneficios de las acciones públicas y la distribución del presupuesto deben promover la igualdad en razón del acceso a oportunidades, al trato y al bienestar de todas las personas para mejorar las condiciones y calidad de vida de éstas y los grupos o comunidades para superar la desigualdad social, sus causase impactos.

Inclusión. *Es el enfoque analítico y crítico que permite comprender laexistencia de* ***barreras*** *en el entorno social que impiden la participación plena y efectiva de todas las personas en las diferentes esferas de la vida humana, en igualdad de condiciones.*

Todos los planes, políticas públicas, programas y medidas administrativas, legislativas y judiciales deben orientarse a lograr la plena titularidad de los derechos de todas las personas, a fin de garantizar su efectiva pertenencia a la sociedad y a la dinámica de desarrollo. Asimismo, debe promoverse la adopciónde medidas de nivelación, inclusión y acción afirmativa en los ámbitos público y privado.

Accesibilidad. *Los medios por los cuales se materializa un derecho deben estar al alcance de todas las personas* ***sin discriminación alguna*** *y en condiciones de disponibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y adecuación cultural.*

Etaria. *Todos los planes, políticas públicas, programas y medidasadministrativas, legislativas y judiciales deben orientarse a la inclusión de laspersonas de todas las edades, considerando las necesidades específicas en las diversas etapas del ciclo de la vida.*

Diseño universal. *Asegurar que los bienes, servicios públicos e infraestructura puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. En todo momento debe tenerse en cuenta el acceso a la información y las comunicaciones para todas las personas, enfatizando la integración e inclusión de personas mayores y las* ***personas con discapacidad****.*

Interculturalidad. *Salvaguardar el respeto y ejercicio del derecho de toda persona, grupo o comunidad a tener, conservar y fortalecer sus rasgos socioculturales y diferencias, haciendo posible la interacción entre distintas culturas. La relación, comunicación y aprendizaje permanentes entre personas, grupos, conocimientos, valores, tradiciones, lógicas y racionalidades distintas, deben orientarse a generar, construir y propiciar un respeto mutuo y un desarrollo pleno de las* ***capacidades de las personas y colectivos,*** *por encima de sus diferencias culturales y sociales.*

Sustentabilidad. *Todos los planes, políticas públicas, programas y medidas administrativas, legislativas y judiciales deben orientarse a garantizar el desarrollo integral con una visión de largo plazo, que respete y preserve el entorno natural y el patrimonio ambiental, salvaguardando los derechos de las generaciones presentes y futuras.*

Las autoridades de la Ciudad de México deben garantizar la aplicación de las perspectivas transversales en todas sus actuaciones y procesos de la actividad pública para asegurar el bienestar de todas las personas, en particular de los grupos de atención prioritaria. (Artículo 118 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

En el diseño, gestión, presupuestación, ejecución y evaluación de la actividad pública, todas las autoridades de la Ciudad de México deben atender las perspectivas de transversalidad e integralidad de conformidad con lo siguiente:

Dirigir la atención prioritaria hacia las personas que sufren discriminación y están desfavorecidas en cualquier contexto dado, especialmente los grupos más pobres y los que sufren discriminación múltiple por cuestión de interseccionalidad;

Fortalecer las capacidades de acopio y análisis de datos para garantizarque estos se encuentren desglosados, en la medida de lo posible, por criterios, entre otros, de ***discapacidades,*** *y cualquier otra categoría sospechosa;*

Promover medidas de nivelación, inclusión y acción afirmativa para favorecer la igualdad sustantiva;

Prever actividades en materia de educación cívica, campañas de comunicación y el fortalecimiento institucional para promover actitudes no discriminatorias y un cambio de comportamiento a favor del respeto a los Derechos Humanos. (Artículo 119 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Las medidas de nivelación son aquellas que tienen por objeto superar o eliminar las barreras físicas, comunicacionales, normativas o de otro tipo, que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades a grupos de atención prioritaria. Las medidas de nivelación incluyen, entre otras:

1. *Ajustes razonables en materia de accesibilidad física, de información ycomunicaciones;*

2. *Adaptación de los puestos de trabajo para* ***personas con discapacidad****;*

3. *Diseño y distribución de comunicaciones institucionales con base en undiseño universal o accesibles mediante escritura braille o en lenguas indígenas;*

4. *Uso de intérpretes de lengua de señas mexicanas en los eventos públicos de las dependencias y entidades gubernamentales y en los tiemposoficiales de televisión;*

5. *Uso de intérpretes y traductores de lenguas indígenas y Lenguaje de Señas Mexicana;*

6. *La accesibilidad del entorno social, incluyendo acceso físico, de comunicaciones y de información;*

7. *Derogación o abrogación de las disposiciones normativas que impongan requisitos discriminatorios de ingreso y permanencia a escuelas, trabajos, entre otros;*

8. *Homologación de condiciones de derechos y prestaciones para los grupos de atención prioritaria;*

9. *Homologación de condiciones para ocupar puestos de toma de decisiones; y,*

10. *Consolidación de una cultura de la economía del cuidado entre hombresy mujeres.*
(Artículo 124 de la LCDDHYSGCDMX énfasis añadido).

Otra de las leyes mencionadas anteriormente es la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México, que tiene por objeto normar las medidas y acciones que contribuyan a lograr la equiparación de oportunidades para la plena integración al desarrollo de las personas con discapacidad en un plano de igualdad al resto de los habitantes de la Ciudad de México, entendiéndose en la misma por "Integración al Desarrollo", a la participación activa y permanente de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida diaria, principalmente en el social, económico, político, cultural y recreativo (Artículo 1).

Dicha ley señala que en la Ciudad de México todas las personas con discapacidad contarán con las condiciones necesarias para el libre ejercicio de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política de la Ciudad de México, así como los derechos consagrados en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano, sin limitación ni restricción alguna. Además, tendrán los derechos y obligaciones queestablece esta ley y demás legislación aplicable (Artículo 2).

La citada ley ratifica que en la Ciudad de México se reconoce el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el cual se regula conforme al marco jurídico local (Artículo 40 Bis).

Esta ley establece que el Instituto de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México, en coordinación con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la Ciudad de México, debe facilitar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de conformidad con la normatividad aplicable, debiendo para ello realizar acciones en ese sentido, impulsando lacreación y modificación del marco jurídico local para garantizar el derecho de acceso a la justicia y al ejercicio pleno de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (Artículo 40 Ter).

En razón de lo anterior, se han presentado al Congreso de la Ciudad de México diversas iniciativas de reforma a la legislación civil y notarial en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para armonizar dichas leyes con la CDPD, estando pendiente hasta la fecha, concluir el proceso legislativo correspondiente favorable a dicha armonización.

La Ley de Salud Mental del Distrito Federal señala a las instituciones de salud mental, sean públicas, sociales o privadas el deber de abstenerse de todo tipo de discriminación sobre la base de la discapacidad; velando porque la voluntad de la persona con trastorno mental prevalezca, atendiendo en todo momento al respeto de los Derechos Humanos de las personas internadas (Artículo 51).

La Ley de la Accesibilidad para la Ciudad de México tiene por objeto que en la Ciudad de México se garantice el derecho a la accesibilidad al entorno físico, lasedificaciones, los espacios públicos, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y el transporte, especialmente para las personas con discapacidad y personas con movilidad limitada, asegurando el ejercicio de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación y promoviendo la igualdad. (Artículo 1).

La Ley de Atención Prioritaria para las Personas con Discapacidad tiene por objeto normar las medidas y acciones que garanticen a las personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad, la atención preferencial en los trámites y servicios que presta la Administración Pública de la Ciudad de México y de carácter privado. (Artículo 1).

La Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal considera como conductas discriminatorias impedir, negar o restringir el derecho a ser oídos y vencidos, a la defensa o asistencia; a contar con un sistema de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica y la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad; y, a la asistencia de personas intérpretes o traductoras; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a participar, ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta en todo procedimiento jurisdiccional o administrativo; así como la ausencia de ajustes razonables que garanticen, en igualdad de condiciones, el goce o ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. (Artículo 6 fracciones XII y XXIII Ter).

En términos de esta última ley, las autoridades locales del Gobierno de la Ciudad de México, los órganos que conforman la Administración Pública, los órganos autónomos por ley, aquellos que la legislación local reconozca como de interés público y ejerzan gasto público, y las personas jurídicas que auxilien a los órganos antes citados o ejerzan gasto público, en el ámbito de su competencia y atribuciones, deben, entre otras medidas de prevención destinadas a eliminar la discriminación de las personas y grupos de atención prioritaria que habitan o transitan la Ciudad de México, garantizar la capacidad para decidir sobre su persona y su patrimonio, así como para el ejercicio de sus libertades, independencia, privacidad, intimidad y autonomía personal, bajo los principios rectores del libre desarrollo de la personalidad. (Artículo 13 fracción XXII).

La misma ley señala que las autoridades locales del Gobierno de la Ciudad de México y demás a que se refiere el párrafo anterior, llevarán a cabo, entre otras medidas positivas a favor de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, en los procesos de toma de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, consulta, atendiendo a los estándares de Derechos Humanos y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidas las niñas, niños y adolescentes con discapacidad, así como con las organizaciones que les representan. (Artículo 27 fracción IX).

La Ley para la Atención, Visibilización e Inclusión Social de las Personas con la Condición del Espectro Autista de la Ciudad de México reconoce el derechode las personas con la Condición del Espectro Autista, a gozar plenamente de los Derechos Humanos que garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales, la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, la Constitución Política de la Ciudad de México, la referida ley en comento y demás leyes aplicables; así como a recibir el apoyo, acceso y protección de sus derechos constitucionales y legales por parte de las autoridades de la Ciudad de México y de las Alcaldías, en el ámbito de sus competencias, para el ejercicio efectivo de sucapacidad jurídica y a tomar decisiones por sí, en total apego al reconocimiento dela capacidad jurídica de todas las personas, para lo cual podrán acceder a los mecanismos dispuestos del sistema de apoyos. (Artículo 10 fracciones II y XIV).

Por otro parte, en términos de lo dispuesto por los Artículos 103, fracción XIX inciso a)[18] y 106[19] de la Ley del Notariado para la Ciudad de México (correspondientes a los Artículos 102, fracción XX y 105 de la abrogada Ley del Notariado), los notarios de la Ciudad de México tenemos el deber de hacer constarbajo nuestra fe que, a nuestro juicio, los comparecientes tienen capacidad, bastando con que no observemos en ellos manifestaciones de incapacidad naturaly que no tengamos noticias de que estén sujetos a incapacidad civil, gozando paraello de plena libertad de apreciación[20].

En ese sentido, los notarios de la Ciudad de México tenemos el deber de hacer un juicio de discernimiento previo al otorgamiento de un instrumento, para hacer constar bajo nuestra fe que, a nuestro juicio, los comparecientes tienen aptitud para otorgar ese instrumento por sí mismos.

---

[18] *"Artículo 103. El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:*
...XIX. Hará constar bajo su fe: a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad..."

[19] La última reforma al Artículo 106 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México ha sido publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 4 de agosto de 2021, para agregarle la última parte al texto anterior, siendo su texto vigente el siguiente: *"Artículo 106. Para que el Notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad bastará con que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil. Para este efecto el Notario gozará de plena libertad de apreciación".*

[20] Puede consultarse la GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL NOTARIO COMO APOYO INSITUCIONAL Y AUTORIDAD PÚBLICA, elaborada por la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS de la UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. Disponible en: *https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec*

Con la excepción de ciertas actas, todos los instrumentos que se otorgan ante nuestra fe deben ser firmados por lo menos por una persona física con capacidad jurídica, de tal manera que en toda nuestra actuación notarial debemos hacer un juicio de capacidad a las personas físicas que firman dichos instrumentospara que sean válidos los actos y/o los hechos que en ellos se consignan.

La Ley del Notariado para la Ciudad de México considera asuntos susceptibles de conformación por el notario mediante el ejercicio de su fe pública, entre otros:

(i) *Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate;*

(ii) *Todos aquellos en los que exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con suasesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se hayasolicitado su intervención mediante rogación; y,*

(iii) *Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civilesconozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados.*

La Ley citada señala que las autorizaciones y habilitaciones especiales de sujetos a quienes falte capacidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en las demás normas correspondientes (Artículo 178).

No sólo debido a que México es un Estado Parte de la CDPD, sino también a que la Ley Suprema de nuestro país y de nuestra Ciudad establecen las bases ylos principios con los que se debe abordar el tema de la capacidad jurídica en la Ciudad de México.

Los notarios, al ser operadores jurídicos, en nuestra actuación relacionada con la capacidad jurídica y los Derechos Humanos, estamos obligados a conocer, interpretar y aplicar el nuevo derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad derivado de la adopción de la CDPD.

Con fundamento en la propia CDPD y en base a la reforma constitucional de 2011, en materia de Derechos Humanos y en el llamado control de convencionalidad, los tribunales están dictando resoluciones judiciales negando la declaración del estado de interdicción y el nombramiento de tutor, porconsiderarlos actos discriminatorios[21].

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas sentencias y tesis[22] declarando inconstitucionales los preceptos de la Ley del Notariado mencionados, así como los Artículos 23[23] y 450[24] del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que rigen la materia, por considerar discriminatorias esas disposiciones legales, afirmando que el llamado modelo de sustitución regulado por las mismas debe ser reemplazado por el modelo social de apoyo y salvaguardias convencional, que permita interpretar la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, de conformidad con el nuevo derecho de la capacidad jurídica.

La Primera Sala de la Corte afirmó, al resolver el Amparo en Revisión 159/2013[25], que:

---

[21] Puede consultarse el PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_discapacidad.pdf*

[22] Puede consultarse el CUADERNO DE JURISPRUDENCIA núm. 5 Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/_Cuadernillo%20Discapacidad_Final%20octubre.pdf*

[23] Dicho artículo 23 señala: "La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraerobligaciones por medio de sus representantes".

[24] Articulo 450.- Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla".

[25] Véase Amparo en Revisión 159/2013. Disponible en: *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=150598*

"El estado de interdicción regulado en el Código Civil para el Distrito Federal sólo será válido en la medida en la que se interprete conforme al modelo social de discapacidad que subyace a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto implica, entre otras cuestiones, reconocer la primacía de lavoluntad de las personas cuya capacidad está siendo limitada y que el grado de asistencia en las decisiones se debe determinar caso por caso".

Al estimar que:

"a) El juzgador ha de fijar un grado de limitación de su capacidad de ejercicio proporcional al nivel de discapacidad de la persona;
b) Han de ser establecidos por el juez los actos en lo que la persona con discapacidad goza de plena autonomía y aquellos en los que requiere la asistenciade un tutor;
c) En aras de proteger la mayor autotutela posible, se tratará de limitar las restricciones;
d) Las limitaciones de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad han deser interpretadas en forma restringida;
e) La limitación de la plena capacidad ha de mantenerse el mínimo tiempo estrictamente necesario para la protección de la persona;
f) El estado de interdicción ha de irse adaptando a los cambios que se puedan sufrir, pudiéndose solicitarse informes adicionales para su reevaluación, debiéndose ser revisado ante el mínimo indicio de variación puesto enconocimiento del juez;
g) A pesar de que se hubiese decretado la limitación a la capacidad jurídica de unapersona, ésta podrá manifestar su voluntad, misma que deberá ser respetada y acatada;
h) El juez siempre debe permitir que la persona con discapacidad exprese su opinión en el juicio, debiendo tener contacto directo con él, a fin de poder evaluar correctamente la situación, ello mediante un lenguaje accesible y una dinámica afable, además de poder ser asistido de una persona de su confianza si así lo elije".

Por otro lado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Naciónafirmó, al resolver el Amparo en Revisión 1368/2015,[26] que:

[26] Puede consultarse el Amparo en Revisión Directo 1368/2015 en https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=190473

"77. Esta Sala ya ha expresado en diversos precedentes que en el modelo social de discapacidad la prioridad es la dignidad de las personas con discapacidad [27]. El instrumento jurídico que se considera como el paradigma normativo del modelo social y de derechos es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con la aprobación de este instrumento se abandonó la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia y se reconoció su personalidad, capacidad jurídica y condición como sujeto de derechos.[28]

"78. Por lo tanto, todo ordenamiento jurídico debe reconocer en todo momento que las personas con discapacidad son sujetos de derechos con plena personalidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas. Desde esta perspectiva es preciso analizar todo el andamiaje jurídico cuando se ven involucrados derechos de las personas con discapacidad: Nos encontramos ante una nueva realidad constitucional en la que se requiere dejar atrás pautas de interpretación formales que suponen una merma en los derechos de las personas con discapacidad, lo cual implica cierta flexibilidad en la respuesta jurídica para atender las especificidades del caso concreto y salvaguardar el principio de igualdad y no discriminación…".

"…81. Esta Primera Sala observa que la regulación jurídica internacional y nacional sobre personas con discapacidad tiene como última finalidad evitar la discriminación y propiciar la inclusión, por lo que el análisis de toda normativa que aborde el tema de las personas con discapacidad debe hacerse *siempre desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación(…)*

La Ley de Salud Mental del Distrito Federal señala a las instituciones de salud mental, sean públicas, sociales o privadas el deber de abstenerse de todo tipo de discriminación sobre la base de la discapacidad; velando porque la voluntad de la persona con trastorno mental prevalezca, atendiendo en todo momento al respeto de los Derechos Humanos de las personas internadas (Artículo 51).

---

[27] Véanse los siguientes asuntos en los cuales la Primera Sala ha desarrollado la doctrina constitucional respecto del modelo social y de derechos, sus implicaciones y consecuencias: **amparo en revisión 410/2012**, resuelto el 21 de noviembre de 2012. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González; a**mparo en revisión 159/2013**, resuelto el 16 de octubre de 2013. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González; a**mparo directo en revisión 2805/2014,** resuelto el 14 de enero de 2015. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: María Dolores Igareda Diez de Sollano; **amparo en revisión 1043/2015**, resuelto el 29 de marzo de 2017. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: María Dolores Igareda Diez de Sollano; amparo directo en revisión 3788/2017, resuelto el 9 de mayo de 2018. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa

[28] Tal como lo estableció esta Sala en el amparo directo en revisión 2805/2014, resuelto el 14 de enero de 2015 por mayoría de cuatro votos. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: María Dolores Igareda Diez de Sollano.

La Ley de la Accesibilidad para la Ciudad de México tiene por objeto que en la Ciudad de México se garantice el derecho a la accesibilidad al entorno físico, lasedificaciones, los espacios públicos, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y el transporte, especialmente para las personas con discapacidad y personas con movilidad limitada, asegurando el ejercicio de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación y promoviendo la igualdad. (Artículo 1).

> *"...84. Si bien en el amparo en revisión 159/2013 se consideró que el estado de interdicción admitía una interpretación conforme de una nueva reflexión en clave evolutiva de los Derechos Humanos y buscando una interpretación que haga operativa la Convención –particularmente su Artículo 12–, esta Primera Sala arribaa la conclusión que la figura del estado de interdicción no es acorde con la CDPDy no admite interpretación conforme al ser violatoria del derecho a la igualdad y no discriminación, entre otros derechos..."*.

Así mismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó, al resolver el Amparo en Revisión 702/2018, que:

> *"242. Al respecto, basta decir que, de conformidad con la Ley del Notariado para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) abrogada, aplicada en el caso, es una obligación del Notario Público asesorar debidamente y asegurarse de que los otorgantes de un acto jurídico comprendan plenamente el acto a celebrar, con sus alcances jurídicos, esto, acorde con el Artículo 102, fracción XX, de dicha ley.*
>
> *"243. Por otra parte, el Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece el derecho de dichas personas a la accesibilidad que, entre muchas otras cosas, comprende la facilitación de la comunicación y el acceso a la información, empleando toda clase de sistemas y formas de hacer posible que la persona con discapacidad no encuentre barrerasen ese rubro; de manera que, tratándose de la celebración de actos jurídicos ante un fedatario público, por una persona con condición de discapacidad que afecte su capacidad de lectura o comprensión del texto, y requiera un escrito sencillo y con lenguaje comprensible de los aspectos más sustanciales del instrumento, el servicio del notario debe incluirlo, y este debe elaborarse, asegurándose el fedatario que el texto de lectura fácil sea claro, accesible y contenga los aspectos más relevantes del acto, dejándose constancia de él en el protocolo del notario, al apéndice del instrumento.*
>
> *"244. De manera que también a ese respecto, se estima que la actuación del Notario Público debió conceder a los quejosos, en compañía de sus personas de apoyo, una explicación sencilla y clara del acto jurídico y de sus aspectos técnicos de mayor complejidad, que de suyo ya establece la ley de la materia pero, además, debió otorgarles un formato de lectura fácil del instrumento, en respeto a su derecho de accesibilidad".*

Los notarios de la Ciudad de México no somos jueces, ni autoridad y, por lo tanto, no estamos obligados a hacer control de convencionalidad ni aplicar la jurisprudencia; sin embargo, somos operadores jurídicos y como tales estamos obligados a aplicar las disposiciones establecidas en la legislación, así que, como lo mencionamos líneas arriba, estamos obligados a conocer, interpretar y aplicar armónicamente el nuevo derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no siendo la excepción lo dispuesto por los Artículos 103, fracción XIX inciso a) y 106 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

Sin embargo, la problemática que se está presentando por la falta dearmonización de la legislación, al dictarse los fallos de los tribunales en el sentido comentado, seguirá existiendo mientras no se hagan los ajustes razonables a la legislación interna, de conformidad con los principios de la CDPD y no se legisle sobre los sistemas de apoyos y salvaguardias que requieren las personas con discapacidad.

2. Los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en México decarácter universal, regional, general y específico sobre la materia

En el ámbito internacional son diversos los instrumentos, tanto universales como regionales, generales o específicos, que contienen normas jurídicas aplicables a las personas con discapacidad[29].

Por lo que se refiere a instrumentos de carácter universal y generales, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 2, párrafo 1), como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 2, párrafos 1 y 2), son aplicables a las personas con discapacidad, al señalar la prohibición de establecer distinciones entre las personas en el ejercicio de los derechos que les corresponden en términos de dichos instrumentos.

En instrumentos de carácter regional, generales también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 1, párrafo 1) y su Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 3), al igual que en los casos anteriores, son aplicables a las personas con discapacidad, al señalar también la prohibición de establecer distinciones entre las personas en el ejercicio de los derechos que lescorresponden en términos de los mismos.

Por lo que se refiere a Tratados Internacionales regionales, específicos en el tema de la discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, resulta también aplicable a las personas con discapacidad.

Por último, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el principal y más importante instrumento internacional de carácter universal y específico sobre la materia, que resulta además vinculante, que reconoce los derechos de las personas con discapacidad, establece diversas medidas para que los derechos de dicho colectivo puedan ser ejercidos en igualdad de condiciones que las demás personas y busca asegurar su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

[29] Puede consultarse el COMPENDIO DE LEGISLACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD. Marco Internacional, Interamericano y de América Latina, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo enMéxico. Disponible en:

file:///C:/Users/NOTARIO/Downloads/Marco%20Legislativo%20Latinoamerica.pdf

IV. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOSDE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. La adopción por parte del Estado Mexicano de la Convención

El Estado Mexicano reconoce que la estructura internacional de laOrganización de las Naciones Unidas sobre discapacidad se conforma por el Programa de Acción Mundial sobre las Personas con Discapacidad, por las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El resultado más importante de la lucha de las personas con discapacidad ha sido la celebración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Convención establece un cambio de paradigma, considerando a la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos y no como una enfermedad o carga (como lo hacía el modelo médico-rehabilitador), por lo que destaca la eliminación de barreras, tanto físicas como sociales, para el efectivo goce y ejercicio de los derechos.

2. La génesis del Artículo 12 de la Convención

Al relatar la génesis del Artículo 12 de la CDPD, Agustina Palacios (2008) afirma que, al redactarse la Convención, el principal problema surgió con la definición del término capacidad jurídica.

En su obra Palacios (2008) comenta que algunas Delegaciones que formaron parte de los trabajos alrededor de la celebración de la Convención consideraban que el término capacidad jurídica sólo comprendía la capacidad de goce, mientras que otras, desde una visión más amplia, afirmaban que abarcaba tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio.

Para dilucidar esta cuestión, nos platica Palacios (2008) que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos analizó el tema desde tres perspectivas: La del Derecho Internacional, la del Derecho Comparado (Derecho francés y Derecho español) y la del Common law y citó para ello la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por lo que se refiere al Derecho Internacional —dice— se citó el segundo párrafo del Artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el cual expresa que: "Los Estados Parte reconocerán a la mujer —en materias civiles—, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad.

En el informe correspondiente se explicó que el referido Artículo 15 buscaba asegurar autonomía legal a la mujer, que confirmaba la igualdad de las mujeres con los hombres ante la ley, y que requería a los Estados Parte garantizar derechos iguales a la mujer en áreas del Derecho Civil, en las que la mujer había sido tradicionalmente discriminada.

Y, por último, que el Artículo 15 requería a los Estados Parte que revocaran o enmendaran cualquier ley o instrumento que pudiera tener el efecto de restringir la capacidad jurídica de la mujer, y que tomaran todas las medidas necesarias —incluso legislativas— para asegurar igualdad plena a la mujer en el campo del Derecho Civil.

En virtud de que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer no contiene definición de capacidad jurídica, ni ningún otro instrumento internacional, se recurrió al Webster's New Millennium Dictionary of English, que al definir a la capacidad jurídica parece sugerir que el término "capacidad jurídica" tiene elementos en común tanto con la capacidad de goce como con la capacidad de ejercicio.

Después se analizó el término "capacidad jurídica" de acuerdo con cómo es utilizado en los sistemas legales francés y español, y se concluyó que el término "capacidad jurídica" debía entenderse incluyendo la capacidad de ejercicio.

Finalmente, en el documento elaborado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos se abordó el análisis del término capacidad jurídica en el sistema del Common

law, concluyéndose que el significado del término capacidad jurídica engloba, tanto en el Derecho Internacional como en gran parte del Derecho Comparado, a la capacidad de ejercicio.

Por lo que antes de iniciarse la Séptima Sesión del Comité Especial, el Presidente hizo llegar a las Delegaciones una carta que acompañaba una Propuesta de Borrador de Convención, la cual presentaba los textos para ser estudiados por las Delegaciones.

En la citada carta, se expresaba lo siguiente:

> *"El principal problema que se plantea aquí es el de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esta cuestión en particular requiere claramente quelas delegaciones sigan examinándolo, y he dejado un espacio entre corchetes para reflejarlo. Pediría a todas las delegaciones que asistan al próximo período de sesiones dispuestos a resolver esta cuestión. Es necesario tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos, pero espero que las delegaciones sean lo más flexibles posible, teniendo en cuenta que la asignación de un tutor o de otra persona que tome las decisiones por las personas con discapacidad ha dado lugar a muchas injusticias en el pasado. Espero que sea posible resolver esta cuestión distinguiendo entre: a) la posesión de capacidad jurídica de todas las personas;y, b) el ejercicio de dicha capacidad, que puede requerir la prestación de asistenciaen algunas circunstancias".*

Una vez aclarados dichos puntos, continúa narrando Palacios (2008) se propuso un texto para el Artículo 12 de la Convención, titulado: "Igual reconocimiento como persona ante la ley".

La propuesta presentada por el Presidente del Comité se inclinaba por la adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones. Sugiriendo suprimir el inciso que hacía alusión a la figura del representante legal, proponiendo que se adoptara un concepto amplio de "capacidad jurídica", que incluyera, asimismo, la capacidad de ejercicio.

Durante el transcurso de la Séptima Sesión se discutió el texto presentado por el Presidente, y el Comité Especial elaboró un Informe en el cual se presentaban dos propuestas alternativas de Artículo 12.

La primera propuesta contenía la figura del Representante Personal en el inciso b) del punto 2, mientras que la segunda propuesta no incluía dicha posibilidad.

Quienes venían abogando por el modelo de asistencia en la toma de decisiones, apoyaron la adopción de la segunda alternativa. Algunas Delegaciones mostraron un cambio de perspectiva a favor de ésta.

Otros países, sin embargo, insistieron en la primera posibilidad, aduciendo que consideraban que la figura del Representante Personal resultaba necesaria enciertas ocasiones.

Las organizaciones no gubernamentales apoyaron en su gran mayoría la segunda propuesta, aduciendo que la primera (a través del párrafo 2b) daba lugar a la figura de la tutela, propia del sistema de sustitución en la toma de decisiones. No obstante, sobre la segunda propuesta sugirieron algunas modificaciones.

Se expresó, entre otras cuestiones, que la alusión del párrafo 2 Ter al Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de las salvaguardias para impedir los abusos no era del todo apropiada, ya que precisamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no preveía hasta el momento el modelo de asistencia en la toma de decisiones, sino al contrario el modelo de sustitución.

Durante el transcurso de los debates correspondientes a la Octava Sesión, pudo notarse una clara preferencia por la segunda de las opciones presentadas por el Presidente del Comité Especial. Sin embargo, al momento final de aprobación del texto, las Delegaciones de China, Rusia y Países Árabes dejaron constancia de su desacuerdo respecto del significado asignado al término"capacidad jurídica".

De manera inédita en el Derecho Internacional se aprobó el artículo con el siguiente texto:

> *"2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en pie de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida".*

Pero con el agregado de una nota al pie que expresaba en árabe, chino y ruso, la expresión: "capacidad jurídica" se refiere a la "capacidad jurídica deostentar derechos" no a la "capacidad de ejercicio".

Frente a esta nota, la Unión Europea presentó una carta al Presidente del Comité el 5 de diciembre de 2006 en la que expresaba:

> *"Es nuestro entendimiento que el concepto de "capacidad jurídica" tiene el mismo significado en todos los idiomas. Es en la base de dicho entendimiento que estamos preparados para llegar a un consenso. Asimismo, pedimos se incluyaesta carta en el Informe de esta Sesión".*

Finalmente, debido a las gestiones del Presidente del Comité, al trabajo de las organizaciones no gubernamentales y la aceptación de las Delegaciones, se logró consenso respecto de la eliminación de la mencionada nota al pie de página antes de la aprobación por parte de la Asamblea General.

Después de un largo proceso, termina afirmando Palacios (2008), el texto definitivo del Artículo 12 de la Convención quedó redactado incorporando el modelo de asistencia.

La primera parte del Artículo 12 de la CDPD reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad:

> *"1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica;"*

El inciso 2 establece que:

> *"2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".*

La norma señala de manera expresa, en su último inciso que los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el acceso de todas las personas con discapacidad a diversos ámbitos patrimoniales:

> *"5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otrasmodalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".*

A partir de la ratificación de la Convención, como de la eliminación de la declaración interpretativa hecha por el Senado de la República, de acuerdo con el Artículo 1º. constitucional, se ha considerado que la concepción y las formas de garantizar los derechos de las personas con discapacidad en la legislación del Estado mexicano debe adecuarse a la Convención.

Esta nueva concepción sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha generado controversias en cuanto a la aplicación de las normas internas del Estado mexicano, ya que estas siguen estableciendo una diferencia entre la capacidad de goce y ejercicio, principios que se basan en la restricción de derechos de las personas bajo un sistema de tutela y curatela.

Así mismo, en el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, órgano de seguimiento e interpretación de la referida Convención interamericana, ha señalado que para la Convención implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad que caracteriza el modelo de protección de la mayoría de los códigos civiles al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguarda del Artículo 12 de la Convención.

Para que una persona con cierta discapacidad mental o intelectual pueda otorgar o celebrar un acto jurídico, requerirá de los apoyos y las salvaguardias necesarias que le permitan tomar la decisión por sí misma.

En el caso de una persona con absoluta falta de discernimiento, a efecto deque pueda otorgar o celebrar un acto jurídico, requerirá de apoyos y salvaguardias proporcionadas y proporcionales que en los casos más intensos, suplirán necesariamente la voluntad de la persona con discapacidad.

De acuerdo con el propio Artículo 12, las salvaguardias deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afectan a los derechos e intereses de las personas.

3. La obligación de establecer un sistema de apoyos y asistenciay un sistema de salvaguardias

El Estado Mexicano está obligado a establecer un sistema de apoyos y asistencia que sustituya el llamado modelo sustitutivo en la toma de decisiones que implica la institución de la tutela para el ejercicio de la capacidad jurídica delas personas con discapacidad, así como a establecer un sistema de salvaguardias que sustituya la institución de la curatela, pero en ambos casos deberá hacerlo sin menoscabo de la seguridad jurídica.

Para aquellos casos en que determinadas personas requieran asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el Artículo 12 en su tercer inciso, establece la obligación de que los Estados Parte proporcionen acceso a dicho sistema de asistencia o apoyo:

> *"3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".*

Esto implica la reforma de la legislación interna de los países para poder implementar las medidas necesarias, a fin de garantizar que las personas que lo requieran tengan acceso al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicho apoyo debe ser proporcional a las necesidades de la persona y debe ser diseñado para cada caso, teniendo en cuenta los requerimientos concretos según la persona y situación.

La Convención impone además a los Estados la obligación de asegurar que las medidas que se tomen para dar apoyo a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica vayan acompañadas por un marco de salvaguardias destinadas a impedir que se produzcan situaciones de abusos:

> *"4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas paraimpedir los abusos, de conformidad con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.*
>
> *"Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible; y, que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado que:[30]

> *"Algunas personas requieren de cierto tipo de apoyos y otras personas de otro tipo de apoyos,* ***sin menoscabo de la capacidad misma,*** *lo cual es acorde con la diversidad que existe entre todas las personas; que no se debe negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que debe proporcionárseles acceso al apoyo que necesiten para ejercer su capacidad jurídica y para la toma de decisiones, asumiendo que cada tipo de discapacidad requiere de unas medidas específicas, en virtud de la condición particular de la persona y de sus requerimientos personales, con el fin de que pueda ejercer plenamente y por sí misma su autonomía y todos sus derechos".*

En el informe presentado por la Relatora Especial sobre los Derechos delas Personas con Discapacidad se destaca que el apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar actividades cotidianas y participar en la sociedad.

Los apoyos están enfocados a facilitar la expresión de una voluntad libre y verdadera y hacen referencia a todas aquellas medidas que son necesarias para ayudar a la persona con discapacidad en general a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas, así como los demás derechos consignados en la Convención.

Se trata de una obligación vinculada a la persona, porque busca ayudar a la persona con discapacidad en una serie de actividades diferentes y, para ello, el Estado debe tomar en cuenta los rasgos de identidad de cada persona con discapacidad, atendiendo a las necesidades específicas de apoyo de las personas en cada etapa de su vida. En este sentido, el apoyo debe garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer su facultad de elección y control sobre su propia vida y sobre sus opiniones, sin importar su deficiencia, ni tener que seguir las opiniones de quienes atienden sus necesidades.

Por tanto, el sistema de apoyos debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de cada persona, y puede estar conformado por una persona, un

---

[30] Cfr. Amparo en Revisión 1368/2015. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/5i_Y3XgB_UqKst8ou0Bd/tipoAsunto:%22Amparo%20en%20revisi%C3%B3n%22

familiar, profesionales en la materia, objetos, instrumentos, productos, y, en general, cualquier otra ayuda que facilite el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás.

Sobre este tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que el apoyo y un nivel de vida adecuado están interconectados, y que la prestación de los servicios de apoyo necesarios para las personas con discapacidad, incluidos los recursos auxiliares, aumenta su nivel de autonomía en su vida cotidiana y en el ejercicio de sus derechos. El tipo y la intensidad delapoyo prestado variarán notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de personas con discapacidad.

La Convención señala distintos tipos de apoyos, según se trate del Derecho al que se hace referencia: Para acceder a la información (Artículos 4, 9 y 21); para el ejercicio de la capacidad jurídica (Artículo 12); para prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso (Artículo 16); servicios de apoyo a la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, es decir, para la vida independiente (Artículo 19); tecnologías de apoyo para la movilidad personal y formas de asistencia humana o animal e intermediarios (Artículo 20); apoyo para los menores de edad con discapacidad y sus familias para hacer efectivo el derecho a la familia (Artículo 23); apoyo a la educación (Artículo 24); tecnologías de apoyo y asistencia personal para la participación en la vida política y pública (Artículo 29).

El acceso al apoyo adecuado es una condición necesaria para que las personas con discapacidad puedan ejercer efectivamente sus derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás. Sin embargo, como lo señala la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el sistema de apoyos debe cumplir con cuatro elementos esenciales que pueden variar en función de las diferencias en las condiciones y los tipos de arreglos y servicios para prestar tales apoyos. Estos cuatro elementos son: Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y, posibilidad de elección y control.

En cuanto a la **disponibilidad**, se señala que debe disponerse de arreglos y servicios de apoyo adecuados y en cantidad suficiente para todas las personas con discapacidad, estableciendo un sistema en el marco del Derecho interno que incluya apoyos para la

comunicación, la adopción de decisiones y la movilidad, asistencia personal, servicios relacionados con el sistema de vida y servicios comunitarios, garantizando la existencia de profesionistas fiables, cualificados y capacitados, así como dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo para las personas con discapacidad.

Por lo que se refiere a la **accesibilidad**, se refiere a que los arreglos y servicios de apoyo deben ser accesibles para todas las personas con discapacidad, en especial las más desfavorecidas, sin discriminación alguna. En este sentido, las condiciones para tener acceso al apoyo deben ser razonables, proporcionadas y transparentes.

En relación con la **aceptabilidad**, esto es, que los Estados adopten todas las medidas que procedan para asegurar que los programas de apoyo incorporen un enfoque basado en los derechos; se proporcionen a título voluntario y respeten los derechos y dignidad de las personas con discapacidad; los apoyos deben ser apropiados desde el punto de vista cultural; tener en cuenta los aspectos de género, las deficiencias y las necesidades a lo largo del ciclo vital; y, estar diseñados de modo que se respete la intimidad de los usuarios, y que sean de buena calidad.

Finalmente, los Estados deben diseñar arreglos y servicios de apoyo que den a las personas con discapacidad la **posibilidad de elección y control** de forma directa, planificando y dirigiendo su propio apoyo, mediante diversas medidas, como es la financiación individual, así como decidir quién les presta el apoyo, y el tipo y nivel de apoyo que desean recibir.

Por su parte, las salvaguardias tienen como finalidad asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, así como que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida. Las salvaguardias deberán estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial, competente e imparcial.

En este sentido, esta Corte entiende que cualquier persona que tenga conocimiento de una influencia indebida o conflicto de interés puede dar parte al juez, constituyendo así una salvaguardia.

No puede olvidarse que mediante el sistema de apoyos y salvaguardias debe garantizarse el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, de tal manera que el denominado "interés superior" debe sustituirse por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias", ya que bajo este paradigma se respetan la autonomía y libertad personal y, en general, todos los derechos en igualdad de condiciones de las demás personas. Así, cuando la persona con discapacidad manifieste de algún modo su voluntad, acorde con el paradigma de la mejor interpretación posible, habría que establecer y respetar los mecanismos necesarios para que esa manifestación no sufra detrimento o sea sustituida.

Desde esta óptica, el mayor interés no consiste en que otro decida, sino en procurar que la persona con discapacidad disponga del máximo de autonomía para tomar decisiones por sí misma sobre su vida. Por ello, deben instaurarse mecanismos de asistencia para que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones al igual que los demás miembros de la sociedad, esto es, favorecer la autonomía.

En este sentido ha de señalarse, acorde con lo dispuesto por la CDPD, que las salvaguardias deben estar sujetas a exámenes periódicos por parte de autoridades judiciales, esto es, deben ser revisables para que cumplan efectivamente su función.

4. La fuerza vinculante de la Convención

Después de la reforma de 2011 a la que nos hemos referido antes, existe una tendencia por abandonar la concepción de la discapacidad como un tema individual, al acercar la noción de capacidad jurídica a un aspecto social, al elevarse a rango constitucional las obligaciones internacionales suscritas por México en materia de Derechos Humanos.

Por ello, la Constitución Mexicana y las normas jurídicas que de ella emanan no son, ni pueden seguir siendo las mismas, al menos por lo que hace a los derechos y a las libertades fundamentales de las personas.

El texto constitucional mexicano se halla ahora referido a un bloque de constitucionalidad o parámetro de control de regularidad normativa. Por ello, a raízdel nuevo paradigma que significó la reforma constitucional de 2011, la normativa que nuestro país ha adoptado en

materia de discapacidad posee plena fuerza vinculante. Y en virtud del principio llamado de transversalidad, los postulados jurídicos aplicables a la discapacidad, derivados de los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano, son vinculantes en todas las ramas del Derecho.

La fuerza vinculante se desprende del propio mandato constitucional establecido en el Artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.

Los criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que toda persona con alguna discapacidad y que se encuentre en situación de vulnerabilidad, es titular de una protección especial, la cual obliga a los Estados a tomar medidas positivas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole, necesarias para eliminar cualquier forma de discriminación y propiciar su plena integración a la sociedad.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, señaló que:

> *"El primer párrafo del Artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de Derechos Humanos cuyas fuentes son la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de juniode dos mil once, se desprende que las normas de Derechos Humanos no se relacionan en términos jerárquicos, sino que deben armonizarse a través de la utilización del principio pro persona. En este sentido, los Derechos Humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano".*

En apego a esa fuerza vinculante, de conformidad con lo señalado en el Artículo 4.1 de la CDPD, el marco normativo de la Ciudad de México se ha ido modificando poco a poco, en busca de garantizar los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en la Ciudad de México, como lo hemos puesto de manifiesto en el marco jurídico de este artículo.

La labor de los tribunales ha sido fundamental en la promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos consagrados tanto a nivel constitucional, como en los Tratados Internacionales suscritos por México.

Diversas sentencias han reconocido el cese de la interdicción y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sentando precedentes para realizar ajustes en el procedimiento que eliminen barreras y garanticen que las personas con discapacidad tengan la información y los apoyos necesarios.

Por último, es de destacar lo dispuesto en el Artículo 3 de la ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, que ordena su observancia a las personas físicas o morales de los sectores público y privado que presten servicios a las personas con discapacidad.

En virtud de lo expuesto, los notarios estamos obligados a aplicar el nuevo Derecho de la capacidad jurídica de las personas de una manera armónica.

V. CONCLUSIÓN

La nueva concepción sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad implica que la discapacidad debe considerarse como una cualidad que atribuye efectos jurídicos a las personas con discapacidad.

Esos efectos consisten en el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, así como a que se les proporcionen acceso a los apoyos que puedannecesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, asegurando que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias delas personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas; que se apliquen en el plazo más corto posible; y, que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

En consecuencia, en la Ciudad de México, las personas con discapacidad gozan de todos los derechos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política de la Ciudad de México y la legislación de la Ciudad de México les reconoce y/o atribuye.

En tanto no se reforme la legislación civil y notarial que establezca el nuevo régimen legal aplicable en materia de capacidad jurídica, los notarios de la Ciudad de México tenemos el deber de hacer un juicio de discernimiento en términos del nuevo Derecho de la capacidad jurídica, y hacer constar bajo nuestra fe, que a nuestro juicio los comparecientes tienen capacidad legal, permitiendo a las personas que cuenten con habilidad de discernimiento suficiente que lo requieran,los apoyos y salvaguardias que permitan interpretar su voluntad y preferencias para ejercer su capacidad jurídica por sí mismas y, en consecuencia, ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, en el otorgamiento de instrumentos notariales.

En la Ciudad de México, las personas con discapacidad que cuenten con habilidad de discernimiento suficiente, a juicio del notario, y que tengan la aptitud de ejercer sus derechos o cumplir sus obligaciones por sí mismas y aquellas personas con discapacidad que cuenten con habilidad de discernimiento suficiente, a juicio del notario, y que voluntariamente requieran y cuenten con los apoyos y salvaguardias que permitan interpretar su voluntad y preferencias, podrán ejercer su capacidad jurídica por sí mismas en igualdad de condicio-

nes que las demás personas y, en consecuencia, ejercitar los derechos que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política de la Ciudad de México y la legislación de la Ciudad de México les reconoce y/o atribuye, incluyendo el otorgamiento de instrumentos notariales.



VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR MORALES, Luis María (2017). Los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en las sentencias del Poder Judicial de la Federación. Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal. I-2017.

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, Juan González-Badía Fraga, y Carmen MolinaFernández. *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea.* Granada: Comares, 2006.

BARIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.* Madrid: Cinca, 2014.

BARRANCO, María del Carmen, Patricia Cuenca, y Miguel Ángel Ramiro. «Capacidad jurídica y discapacidad: El Articulo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.» *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de AlcaláV*, 2012: 53-80.

BELDA, Enrique. *Dignidad y discapacidad. Una perspectivca desde los derechos humanos.* Ciudad de México: Tirant lo blanch, 2019.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, y Antonio Ezquerra Huerva. *Atención y protección jurídica de la discapacidad.* Navarra: Aranzadi, 2015.

BETRIAN CERDÁN, Pilar (2020). Cuaderno de Jurisprudencia Número 5. Derechos de las Personas con Discapacidad. Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

BREGAGLIO, Renata, Renato Constantino, y Paula Camino. «Towards a New Understanding of Social Responsibility: The Experience and Challenges Faced by Peru`s Law Schools.» *ResearchGate*, 2021.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, Francisco Bariffi, y Agustina Palacios. *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas.* Madrid: Cenrtro de Estudios Ramón Areces, 2007.

CANIMAS BRUGUÉ, Joan, ¿DISCAPACIDAD O DIVERSIDAD FUNCIONAL?, Siglo Cero, vol. 46 (2), n.º 254, 2015, abril-junio, pp. 79-97, 2015.

CARREÓN CASTRO, María del Carmen. *Guía para la inclusión de personas con discapacidad. Acceso a la justicia y derechos político-electorales.* Ciudad de México: TEPJF, 2019.

CASADO, D. Conceptos sobre la discapacidad. Apuntes. Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad, 50, 5-13. 2001.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, José Luis. *El Artículo 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces , 2018.

CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2017.* Madrid: Cinca, 2018.

CISTERNAS, María (2010). "Evolución internacional y cambio de paradigma sobre las personas con discapacidad: desafíos en el enfoque de derecho humanos para el siglo XXI", *Cuadernos de difusión*, núm. 6, año 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 2010.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Ley General para la Inclusión de las personas con discapacidad y su reglamento.* Ciudad de México: CNDH, 2016.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1*,2014.
Observación General No. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 2014.

CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN. *Capacidad Jurídica. Tomo IV. Colección Legislar sin discriminación.* Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación , 2013.

CRESPO, M. C., Campo, M. y Verdugo, M. Á. Historia de la clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF): Un largo camino recorrido. Siglo Cero, 34 (1), 20-26. 2003.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española.» *REDUR*, nº 10 (diciembre 2012): 61-94.
Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos delas personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Madrid: Dykinson, 2010.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad: El Artículo 12 de la Convención de la ONU y a su impacto en el ordenamiento jurídico español .» *Derechos y Libertades, Número 24, Época II*, enero 2011: 221-257.
Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis de la Convención de la ONU . Madrid: UAH, 2012.

DE ASÍS, Rafael. *Sobre discapacidad y derechos.* Madrid: Dykinson, 2013.

DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis. De las Obligaciones. México: McGraw Hill/Interamericana Editores, 1997.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael, y Luis Cayo Pérez Bueno. *Fundamentos del derecho de la discapacidad.* Navarra: Aranzadi, 2020.

DE PABLO VARONA, Carlos. *Los patrimonios protegidos de las Personas con Discapacidad. Régimen fiscal.* Navarra: Aranzadi, 2018.

DE SALAS MURILLO, Sofía. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Madrid: Dykinson, 2013.

DEVANDAS-AGUILAR, Catalina, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad,* Consejo de Derechos Humanos-A/HCR/28.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Incapacidad de derecho y discapacidad. Fijaciónde conceptos. Esencia. Alcances. Relaciones. Confusión. Su aplicación en lapráctica notarial.* Ciudad de México: Procesos Editoriales Don José, 2020.

ENDARA ROSALES, Juan. *La Construcción Jurídica de la Discapacidad.* Barcelona:UOC, 2019.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad.» *RJUAM* I, nº 23 (2011): 53-81.

FRUTOS FRUTOS, Isabel. *Guía para un uso no discriminatorio del lenguaje (en el entorno de la discapacidad).* Fundabem, s.f.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, y Rafel Rojo Álvarez-Manzaneda. *Nuevas Perspectivas del Tratamiento Jurídico de la Discapacidad y la dependencia.* Madrid: Dykinson, 2014.

GONZÁLEZ RAMOS, Alonso Karim (2010). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad,* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, y Javier García Medina. *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad.* Navarra: Aranzadi, 2016.

JIMÉNEZ ACEVEDO, Luis Alberto. *La discapacidad en el cine en 363 películas.* Colmenar Viejo: Fundación ONCE, 2017.

LIDÓN HERAS, Leonor. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2011.

LÓPEZ VEGA, Rafael. «Información Sobre Discapacidad en México.» Carpeta informativa número 83, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados LXIII Legislatura, 2017.

LUCKASSON, R., Borthwick-Duyl, S., Buntinx, W. H. E., Coulter, D. L., Craig, E. M., Reeve, A., Schalock, R. L., Snell, M. E., Spitalnik, D. M., Spreat, S. y Tasse, M. J. Mental retardation: Definition, classification, and systems o f supports (10.ª ed.). Washington, DC: American Association on Mental Retardation. 2002.

MARÍN CALERO, Carlos. *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2013.
La integración jurídica y patrimonial de las Personas con Discapacidad Psíquica ointelctual. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, y Lerdys Heredia Sánchez. *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo.* Navarra: Aranzadi, 2018.

MAUSS, MARCEL, *Sociología y Antropología.* Madrid: Tecnos, 1979.

MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *La implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la función notarial.* Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2019.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, «Capacidad legal de las personas con discapacidad.» *Capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1996 de 2019* . s.f.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. *Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/61/106 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*2007.

NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación General No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1.* 2014.
Observaciones finales sobre el informe inicial de México CRPD/C/MÉXICO/CO/1. 2014.

NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía de formación.» Nueva York y Ginebra, 2014.

OCAMPO GONZÁLEZ, Aldo (Coord.). *Ideología, Invisibilidad y dominación: Los imaginarios constitutivos de la discapacidad en Latinoamérica.* Santiago: CELEI, 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Diagnóstico Regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Relatoría del Sr. Pablo Oscar Rosales, Delegado Titular de Argentina ante el CEDDIS (2010- 2014) .* Washington, D.C., 2015.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *La Clasificación Internacional de Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud,* 2001.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Ediciones Cinca, Serie: CERMI.es, Núm. 36, España. 2008.

PALACIOS, Agustina, y Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica, discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Buenos Aires: Ediar, 2012.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. *Asistencia y Protección de las Personas Incapces o con Discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil.* Madrid: Dykinson, 2006.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. *Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional.* Santiago: Olejnik, 2018.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino. *Discapacidad y Derecho Civil.* Madrid: Dykinson, 2014.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Géorges. (1928). Traité Élementaire de Droit Civil. Tome Premier. Paris.

PNUD MÉXICO. *Compendio de legislación sobre la discapacidad. Marco Normativo en México.* s.f.

ROVIRA SUEIRO, María E. *Relevancia de la Voluntad de la Persona para afrontar su propia discapacidad.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

PUIG DE LA BELLACASA, R. Concepciones, paradigmas, y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad. En Discapacidad e Información (pp. 57-90). Madrid: Real Patronato de Prevención y Atención a las Personas con Minusvalía. 1990.

SALMÓN, Elizabeth, y Renata Bregaglio. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Lima: IDEHPUCP, 2014.

SEOANE, José Antonio. La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: perspectiva jurídica. Siglo Cero, 42 (237), 21-32. 2011

SCHALOCK, R. L. El nuevo concepto de retraso mental: comprendiendo el cambio al término discapacidad intelectual. Siglo Cero, 38 (4), 224, 5-20. 2007.

SCHALOCK, R. L., Borthwick-Duffy, S. A., Bradley, V., Buntix, W. H. E., Coulter, M. D., Craig, E. M., Gomez, S. C., Lachapelle, Y., Luckasson, R., Reeve, A., Shogren, K. A., Snell, M. E., Spreat, S., Tassé, M. J., Thompson, J. R., Verdugo, M. Á., Wehmeyer, M. L. y Yeager, M. H. Intellectual disa bility. Definition, Classification, and Systems of Supports. 11th Edition. Washington, D.C.: American Association on Intellectual and Developmental Disabilities. 2010.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Derechos de las personas con discapacidad. Cuadernos de Jurisprudencia núm. 5 vols. Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justcia de la Nación, 2020.

TORRES COSTAS, María Eugenia. *La capacidad jurídica a la luz del Artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad .* Madrid: BOE, 2020.

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. Comisión de Derechos Humanos. «Guía Notarial de Buenas Prácticas para personas con discapacidad: El notario como apoyo institucional y autoridad pública.» Roma: UINL, 2019.

VERDUGO, M. Á. y Schalock, R. L. Últimos avances en el enfoque y concepción de las personas con discapacidad intelectual. Siglo Cero, 41 (4), 236, 7-21. 2010.

VICTORIA MALDONADO, Jorge Alfonso. *Hablemos sobre discapacidad y Derechos Humanos.* Ciudad de México: CEDIP, 2015.

VICTORIA MALDONADO, Jorge. «El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de Derechos Humanos.» Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm 138, septiembre-diciembre*, 2013: 1093-1109.

WEHMEYER, M. L., Buntinx, W. H. E., Lachapelle, Y., Luckasson, R. A., Schalock, R. L. y Verdugo, M. Á. El constructo de discapacidad intelectual y su relación con el funcionamiento humano. Siglo Cero, 39 (3), 227, 5-18. 2008.

ELECTRÓNICAS

BANCO MUNDIAL, Discapacidad. 2021. Disponible en: *https://www.bancomundial.org/es/topic/disability*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf*

DECRETO PROMULGATORIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Disponible en: *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5033826&fecha=02/05/2008*

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (México), Censo Poblacional, 2020. Disponible en *http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/ccpv/2020/*

Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica de 2014, México, 2014. Disponible en: *http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825090203.pdf*

La discapacidad en México, datos al 2014: versión 2017 / Instituto Nacional de Estadística y Geografía. México: INEGI, c2017. Disponible en: *https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825094409.pdf*

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2007. Resolución A/Res/61/106. Adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas conDiscapacidad. Disponible en: *http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf*

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2020). *Discapacidad y Salud*. 1 de diciembre del 2020. Disponible en: *https://www.who.int/es/news-room/fact- sheets/detail/disability-and-health*

Informe Mundial Sobre la Salud. 2011. Disponible en: *file:///C:/Users/NOTARIO/Downloads/9789240688230_spa.pdf*

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en México. Compendio de Legislación sobre Discapacidad. Marco Internacional, Interamericano y de América Latina. Tomo I. Disponible en: *file:///C:/Users/NOTARIO/Downloads/Marco%20Legislativo%20Latinoamerica.pdf*

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en México. Compendio de Legislación sobre Discapacidad. Marco Normativo en México. Tomo II. Disponibleen: *http://intranet.dif.df.gob.mx/transparencia/new/art_15/10/_anexos/05%20COMP%20LEGIS%20DISCA%20MARCO%20NORMATIVO%20MEXICO.pdf*

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales. CUADERNOS DE JURISPRUDENCIA núm. 5 Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/Cuadernillo%20Discapacidad_Final%20octubre.pdf*

La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: Una década transformadora. Disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-05/LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20EN%20DERECHOS%20HUMANOS_VB_7%20DE%20MAYO.pdf*

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020- 02/protocolo_discapacidad.pdf*

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL NOTARIO COMO APOYO INSITUCIONAL Y AUTORIDAD PÚBLICA.
Disponible en:
https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia- ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec

NORMATIVAS

Código Civil para el Distrito Federal. Disponible en: *https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2aef33e50ef1ed68d82450cf368578c0.pdf*

Constitución Política de la Ciudad de México. Disponible en: https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/76f67cbc87855c534dc1cf122b4f51377115be20.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/constitucion.php#gsc.tab=0*

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU 2006. Disponible en: *https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf*

Declaración Universal de Derechos Humanos.
Disponible en: *https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights*

Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México.
Disponible en: *https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/be641e17511508fa6b301913e8dac0d7679646b5.pdf*

Ley de Aparatos Auditivos Gratuitos en la Ciudad de México. Disponible en:
https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/cd14f9619963053133bc3ffcdcac3eaead1cecd1.pdf

Ley de Atención Prioritaria para las Personas con Discapacidad y en Situación de Vulnerabilidad en el Distrito Federal. Disponible en:
https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/326009e67feca0ba23ad8066e0a11cd46b41a8ea.pdf

Ley de la Accesibilidad de la Ciudad de México. Disponible en:
https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/32983905cc25036df4f16655b11e9aba74ecad9c.pdf

Ley de Salud de la Ciudad de México. Disponible en:
https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/51ee3741ad858998164c34810ca5610e.pdf

Ley de Salud Mental del Distrito Federal. Disponible en:
https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/53f7e77f2c7b23e0133e7efa0284c83fd883a1d0.pdf

Ley del Notariado para la Ciudad de México. Disponible en:
https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/e596ff7392ef3d3cc611d5ad82c96fbcc5d86fdb.pdf

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPD_120718.pdf

Ley para la Atención Integral de las Personas con Síndrome de Down de la Ciudad de México. Disponible en:
https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/7e764f5184572851b0ffe8e8603f799d035368b9.pdf

Ley para la Atención, Visibilización e Inclusión Social de las Personas con la Condición del Espectro Autista de la Ciudad de México. Disponible en: *https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/b07c62f86ee1afe441781ff76922b576c41926ef.pdf*

Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de México. Disponible en: *https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/9f5586dfff152d6f5453c92064f0de37ec120b35.pdf*

Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal. Disponible en: *https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/318728088ccf9719fd48589b52f05c7720deba18.pdf*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx*

ARGUMENTACIÓN Y LÓGICA JURÍDICA EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL APLICADA A LA CONFIGURACIÓN Y CALIFICACIÓN NOTARIAL ANTE OTORGANTES CON DISCAPACIDAD MENTAL O INTELECTUAL

M.D. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA
NOTARIO NÚMERO 60 DEL ESTADO DE MÉXICO

Sumario

RESUMEN

I. INTRODUCCIÓN

1. EVOLUCIÓN DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL.
2. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL(FEDATARIO, PROCESO NOTARIAL, INSTRUMENTO)
3. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (RESUMEN).
4. EL PROCESO NOTARIAL COMO UN PROCESO LÓGICOY DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.
5. LA CONFIGURACIÓN Y CALIFICACIÓN NOTARIAL ANTE OTORGANTES CONDISCAPACIDAD MENTAL O INTELECTUAL.

II. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La función notarial requiere de herramientas del pensamiento que puedan auxiliar al notario a resolver casos difíciles y que al mismo tiempo puedan ser traducidas en sistemas informáticos de inteligencia artificial.

La argumentación y la lógica jurídica son las herramientas del pensamiento que permiten al notario determinar de una manera fundamentada su actuación o larazón por la cual no puede intervenir en los casos difíciles como es la intervención de otorgantes con alguna discapacidad mental o intelectual.

En este artículo se encuentran los algoritmos necesarios que pueden ser usados de manera física o programados en un lenguaje informático que apoyan al notario a la resolución de casos difíciles como este.

INTRODUCCIÓN

La función notarial es una labor que ha evolucionado lentamente a lo largo de la historia, esta evolución siempre ha sido en dos sentidos:

a) Las herramientas materiales con las que plasma su función.

b) Las herramientas del pensamiento que permiten mejorar la funciónnotarial.

Para muchos autores como André Oppenheimer señalan que estamos en los inicios de una nueva era digital donde la vida física y la vida virtual pasan en simultáneo, por lo tanto, se discute en muchos foros el uso de esta herramienta enla función notarial.

Al mismo tiempo se deben buscar las herramientas del pensamiento que permitan mejorar la intervención del Notariado ante casos complejos o difíciles como es la configuración y calificación notarial cuando el otorgante tiene una discapacidad intelectual o mental.

En esa búsqueda me permito explorar el uso de la argumentación jurídica transformada en un algoritmo que puede ser usado por el notario de tipo latino como un proceso ordenado que le dé la certeza de su configuración y su calificación notarial, además que en su caso este mismo algoritmo puede ser programado (Inteligencia artificial) para realizar la búsqueda necesaria y generar una posible respuesta para que sea valorada por el notario.

De esta manera el notario de tipo latino tiene a su alcance una herramienta de pensamiento sistematizada, organizada y programable para resolver casos difíciles como la calificación y configuración en actos solicitados por personas con alguna discapacidad mental o intelectual.

Este artículo es un breve resumen de la investigación doctoral que lleva por título: "Lógica y argumentación jurídica, aplicadas a la función notarial en el Estado de México" donde se explora a profundidad la implementación de esta herramienta del pensamiento.

1. Evolución de la actividad notarial

La actividad notarial como la conocemos hoy en día es el resultado de una lenta transformación que conforme a la doctrina notarial podemos dividir en tres grandes etapas:

a) Etapa Remota

b) Etapa Romana-Medieval

c) Etapa Moderna

La primera etapa, denominada remota, se ubica antes de Roma y está compuesta por el Egipto faraónico, el antiguo pueblo de Israel y la civilización griega.

En esta etapa el notario adopta las primeras de sus características propias: Ser un especialista en el arte de la escritura y la redacción (Egipto). Ser una autoridad que actuaba de forma imparcial entre las partes que acuden a él (Israel). Y conservar los documentos de los particulares de forma lógica y ordenada para ser usados en caso de futuras controversias (Grecia).

En la segunda etapa, la Romano-Medieval, la actividad notarial da el gran salto para convertirse de un especialista en el arte de la redacción a un profesional del Derecho con fe pública que redacta a los actos de los particulares, primero, en base a fórmulas sacramentales y, después, conforme a Derecho.

La tercera etapa, llamada moderna, es aquella donde el Derecho notarial detipo latino nace y se desarrolla como una rama autónoma dentro de la ciencia jurídica, con cátedras dentro de la Facultad de Derecho en las universidades, con doctrina propia y una intensa actividad académica.

Esta actividad académica consta de dos momentos definitorios. Primero, se enfoca en la naturaleza de la actividad notarial frente al poder del Estado, ofreciendo en respuesta teorías como la Funcionalista, la Profesionalista, la Ecléctica o la Autónoma; en un segundo momento, la discusión se centra en examinar la utilidad social del Notariado, lo que permitió la ampliación de su función, ahora el Notariado moderno se ve como un auxiliar de la justicia en diversos actos de la esfera en lo particular, sean o no contenciosos.

Por lo que hace a la evolución de sus herramientas materiales, hoy es imposible concebir que un notario que no haga uso de las tecnologías de la información, como una manera común de aumentar la eficiencia en su actuación y cumplir con las obligaciones impuestas en materia recaudatoria y fiscales.

Asimismo, se discute en diversos foros académicos y legislativos la pertinencia y utilidad de las escrituras electrónicas, la firma notarial digital y sus múltiples aplicaciones.

Esta evolución institucional es posible gracias a que el Notariado ha abrazado su función como un ministerio social donde los códigos de ética y la colegiación obligatoria han sido piezas fundamentales.

2. Elementos básicos de la actividad notarial (Fedatario, Proceso notarial, Instrumento)

El primer elemento de la actuación notarial es, lógicamente, el personal. El notario mexiquense, en tanto notario de tipo latino, es reconocido como un profesional del Derecho investido de fe pública por parte del gobernador del Estado de México para ejercer las funciones propias del Notariado.

Con base en esta definición podemos decir que el elemento indispensable en la función notarial, materializada en el notario, es el ejercicio jurídico, siempre acompañado de la fe pública.

La fe es un concepto difícil de definir, pues pertenece originalmente al campo filosófico-teológico, de donde se traslada al ámbito jurídico, por lo tanto, es un concepto que requiere ser delineado por comparación con la fe teológica.

Así, la fe pública es siempre resultado de un acto legislativo que se materializa en una ley vigente, siempre comprende una actuación concreta, por medio de un fedatario específico, en un ámbito jurídico contemplado por la ley. Este acto será válido siempre y cuando no se declare expresamente su invalidez oinexistencia por medio de una sentencia.

En el caso de la fe pública notarial, además de estas características, está que siempre será ejecutada por un notario en ejercicio de su función, en su ámbito de competencia y dentro de sus esferas temporal y territorial.

La actividad notarial se ejerce mediante los elementos materiales de su profesión: El protocolo, el sello, la firma y los testimonios.

Todo esto implica que la fe notarial es inexistente si no se ejerce conforme lo dicta la norma o si así lo declara una sentencia judicial.

El siguiente elemento básico es el proceso notarial, que sólo por propósitos académicos se divide en dos grandes ámbitos: El jurídico-deontológico y el instrumental.

El notario, como auxiliar de la justicia, cumple con su razón de ser, incluso cuando no permite la materialización de actos jurídicos que puedan vulnerar el patrimonio de las personas y puedan resultar contrarias a la sociedad. A la actuación que no culmina en un instrumento público notarial le denomino actuación jurídica-deontológica no instrumental.

Ahora bien, al proceso notarial instrumental es aquel que resulta de la aplicación de todas las actividades jurídicas como prácticas.

Como lo ilustra el doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo en su libro *Derecho Notarial* [31] el quehacer notarial está compuesto por una serie de etapas dentro de las cuales, para los fines de este artículo, resaltan las actividades de escuchar e interpretar.

Por otro lado, el maestro español José María Sanahuja y Soler, en su obra *Tratado de Derecho Notarial,*[32] dice que la actividad notarial está compuesta por una serie de actividades que en su obra analiza de manera profunda. En este artículo sólo se abordará la calificación y configuración jurídica, por ser los elementos más sensibles de la actuación notarial y donde la lógica y la argumentación jurídica son de especial relevancia.

El tercer elemento básico es el instrumento notarial. El instrumento notarial afecta la esfera jurídica, primero, la de los que intervienen y, después, la de aquellos que pueden verse afectados por el mismo.

Un claro ejemplo de esto es el menor preterido en un testamento porque el testador simplemente no conocía de su existencia al momento de dictar su voluntad testamentaria.

El instrumento notarial puede tener diversos ámbitos de validez, de los cuales solamente anunciaremos para efectos de este artículo el de *prueba plena* que señala el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

El instrumento notarial no es un documento inatacable o incontrovertible, pues la misma Ley del Notariado del Estado de México señala las causales por lascuales el instrumento notarial puede ser considerado nulo e, incluso, el notario puede incurrir en responsabilidad administrativa, civil y hasta penal. De ahí la relevancia de que el instrumento notarial sea construido con argumentos sólidospor parte del notario.

---

[31] En todas estas etapas de la actividad del notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento... Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, Porrúa, México, Octava Edición, pág.165.

[32] Los diferentes aspectos de la función notarial poseen una cierta independencia, y su estudio sería muy deficiente sino se tratarán separadamente como otras tantas ideas fundamentales del Derecho notarial. En capítulos sucesivos se desarrollarán los conceptos de autentificación, legalización, legitimación, configuración jurídica, ejecutoriedad, exteriorización del derecho en la normalidad y forma jurídica. Sanahuja y Soler, José María, Tratado de Derecho Notarial, Tomo I, Bosch, Barcelona, pág.23

3. Teorías de la argumentación jurídica

Definición

La Real Academia de la Lengua define el verbo argumentar de la siguiente manera:

Argumentar. (Del lat. argumentāre).

1.tr. p. us.argüir (‖ sacar en claro).

2.tr. p. us.argüir (‖ descubrir, probar).

3. intr. Aducir, alegar, poner argumentos. U. t. c. tr. y menos c. prnl.

4. intr. Disputar, discutir, impugnar una opinión ajena. U. t. c. prnl.

En su libro *Argumentación Jurídica*[33] el doctor José Luis Vallarta Marrón la define así, siguiendo a Aristóteles:

> *"...Si aplicamos las reglas de Aristóteles debemos encontrar primero el género próximo y luego la diferencia específica. La argumentación es un razonamiento. Ese razonamiento será el género próximo de la definición buscada, pero como no todo razonamiento es argumentación, debemos encontrar la diferencia específica, es decir, los elementos que distinguen a la argumentación de otros razonamientos. Para ello recurrimos a un criterio teleológico, o sea el fin. Así tendremos una definición: Argumentación es un razonamiento (género próximo) que tiene por fin convencer a otra persona acerca de la veracidad o corrección de una tesis (diferencia específica)".*

Por otro lado, el doctor Víctor Manuel Rojas Amandi en su libro *Argumentación Jurídica*[34] nos da las definiciones de los autores clásicos Christian Plantin, Cicerón y Santo Tomas de Aquino.

---

[33] Editorial Porrua, México, 2011, pág. 2-3

[34] Editorial Oxford, México 2010, pág.15-16

Un argumento es una regla empleada para fundamentar la verdad o falsedad de una afirmación que aparece dudosa, a la que conocemos como tesis.

Al respecto, dice Christian Plantin:

> *"El argumento tiene el estatus de una creencia compartida, de un dato fáctico (presentado como) incontestable. Evidentemente el destinatario de laargumentación puede rechazar ese dato, pero entonces tiene que justificar el rechazo: la carga de la prueba será responsabilidad suya".*

Cicerón había señalado que los argumentos eran como "razones que hacen fe de una cosa dudosa".

> *"En un sentido amplio, el argumento es cualquier medio lingüístico que sirva para persuadir o convencer a alguien de una posición que se sostiene, no obstante que los fundamentos expuestos de manera lógica resulten insostenibles. De esta forma, los argumentos sirven para convencer a cierto auditorio de la corrección oel defecto de una tesis. Por lo mismo, ellos se convierten en una herramienta esencial en la ciencia, el derecho, la crítica y en cualquier tipo de discurso o diálogo. Así, un argumento se distingue de una simple información debido a que el rétor utiliza la información en forma de conclusión fundamentada en argumentosque la justifican".*

Según Tomás de Aquino:

> *"...el argumento "es lo que convence a la mente a asentir cualquier cosa".*

La argumentación, en un sentido amplio, es un tipo de razonamiento por el cual se quiere convencer a un interlocutor respecto a la validez de sus consideraciones, expresadas en forma de un discurso oral o escrito.

Ahora bien, cuando se habla de argumentación jurídica nos estamos refiriendo a grandes rasgos al razonamiento especifico por el cual los profesionales del Derecho proponen como válida una hipótesis de tipo jurídico.

El doctor y filosofo de Derecho español Manuel Atienza en su libro *Las Razones del Derecho*[35] señala el ámbito de la argumentación jurídica:

> *"La teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. En principio, pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas".*
> *"... Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares".*
> *"...El tercer ámbito en que tiene lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones".*

La argumentación que realiza el Notario Público se encuentra principalmente en el segundo campo anotado por el doctor Atienza.

a) *Teorías de la lógica jurídica al desarrollo de la argumentación jurídica.*

El doctor Manuel Atienza en su artículo *El Derecho como Argumentación*[36] señala tres puntos de inflexión en el estudio de la argumentación jurídica: 1) la lógica; 2) la lógica deóntica y las nueve retóricas; y, 3) la teoría estándar de la argumentación jurídica. El primero se da dentro del razonamiento jurídico y de la lógica jurídica.

> *"El estudio de las formas lógicas de los argumentos utilizados por los juristas ("a pari", "a fortiori", "a contrario" (...), se remontan por lo menos al Derecho Romano. El ars inveniendi, la tópica, habría sido, según Viehweg, el estilo característico de la jurisprudencia en la época clásica del Derecho Romano y habría durado en Europa por lo menos hasta la llegada del racionalismo. Y el origen mismo de la*

---

35 Editorial UNAM, México 2005, pág. 1-2
36 Distribuciones Fontamara, México 2003 pag. 71

retórica (en Sicilia, en el siglo V a.C.) no es otro que el Derecho: El considerado como primer tratado de retórica-el Corax- surge de la necesidad de persuadir a los jueces con determinadas disputas sobre la propiedad".

El doctor Atienza anota que el aspecto donde la argumentación jurídica es abordada desde el punto de vista de la lógica jurídica (formal) fue retomado en 1951 por Ulrich Klug en su libro *Juristiche Logik* que es considerada la obra pionera en la corrección de los argumentos jurídicos formales a partir de la validez o invalidez de los argumentos.

En este primer punto de inflexión es donde se estudia a profundidad conceptos como el silogismo jurídico, las falacias, los sofismas y los argumentos de la lógica formal.

b) *Lógica jurídica.*

Una de las primeras cuestiones es delimitar el campo de estudio de lalógica jurídica, pues su campo de estudio es más amplio que el de la argumentación jurídica.

Se desarrolla a partir del estudio de la aplicación de la lógica formal al ordenjurídico en general, también tiene como campo de estudio la corrección de los argumentos jurídicos.

El gran maestro mexicano Eduardo García Máynez estudia la aplicación de los principios de la lógica formal al orden jurídico en su libro *Introducción a la Lógica Jurídica*[37].

Respecto al principio de identidad dice:

"En este sector habría que enunciarlo con las siguientes palabras: "Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo". Dada la amplitud, vale no sólo para las normas del Derecho, sino para los conceptos jurídicos y, en general, paralas distintas formas de la conducta jurídicamente regulada.
Su aplicación, al campo jurídico, conduciría, por tanto, a juicios de este tipo: "Lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido"; "lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido".

[37] Editorial Colofón, Mexico, 2006, pág.111-1115.

Pero como el problema en esta clase de estudios no es el de la utilidad de los principios, sino el de su verdad, los interrogantes que hemos planteado se justifican plenamente, aun cuando parezca difícil, a primera vista.

Ahora bien, si existe un principio lógico-jurídico de identidad, independiente del anteriormente estudiado, es obvio que sólo podrá referirse a normas de Derecho,y que tendrá que expresar algo acerca de su validez".

Ahonda respecto al principio de identidad por lo que hace a su validez y propone lo siguiente:

"Las proyecciones de aquel principio, en el campo de la Ontología Jurídica, fueron expresadas por nosotros de esta manera:

1) *Lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido.*
2) *Lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido.*
3) *Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.*
4) *Lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido.*

A estos enunciados corresponden los siguientes lógico-jurídicos:

1) *La norma que prohíbe lo que está jurídicamente prohibido es necesariamenteválida.*
2) *La norma que permite lo que está jurídicamente permitido es necesariamenteválida.*
3) *La norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido esnecesariamente válida.*
4) *La norma que prohíbe lo que no está jurídicamente permitido esnecesariamente válida".*

Por lo que hace al principio de tercero excluido nos ilustra su aplicación enel ámbito jurídico:

"El principio jurídico de tercero excluido formulase así: "Cuando dos normas de derecho se contradicen, no pueden ambas carecer de validez". Por tanto, una de ellas tiene que ser válida. En otros términos, si una de las dos carece de validez,la otra será necesariamente válida. Y como para que haya oposición contradictoriaes preciso que uno de los preceptos prohíba lo que el otro permite, podemos decirtambién: Cuando, en condiciones iguales de espacio y tiempo, una norma prohíbe a un sujeto la misma conducta que otra le permite, una de las dos carece a fortiori de validez. Pero el principio de tercero excluido no dice cuál es válida, ni da la pauta para la solución de este problema".[38]

38 Ibidem. Pág.

Como una continuación del principio de tercero excluido, el principio especial de contradicción nos dice:

> *"Mientras aquél indica que dos normas contradictoriamente opuestas no pueden ser válidas ambas, éste dice que toda norma jurídica de contenido contradictorio carece <a fortiori> de validez.*
> *La norma que prohíbe y permite, a la vez, un mismo acto expresa un contrasentido, y carece, por tanto, de fuerza de obligar. Lo propio debe decirse del precepto que prohíbe y ordena, al mismo tiempo, un mismo proceder, porque, según dijimos arriba, lo jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.*
> *Con toda contradicción normativa proviene de la antítesis entre una prohibición y un facultamiento, podríamos decir: Si una norma jurídica prohíbe y permite a la vez un mismo acto, esa norma es contradictoria y, por ende, inválida".*[39]

Respecto al principio lógico de razón suficiente el maestro concluye que se requieren elementos ajenos al argumento para poder valorarlo como una "buena razón".

> *"El principio lógico de razón suficiente no es por completo un principio lógico: Se refiere demasiado concretamente a la verdad del juicio para que lo sea, el problema de la verdad es gnoseológico y no lógico. Nótese cómo difiere de los otros tres principios, que constituyen un grupo perfectamente unitario, mientrasque el de razón queda aparte. Aquellos tres principios estatuyen algo sobre la verdad del juicio, pero constantemente según relaciones puramente lógicas: Nunca aluden a los objetos a que los juicios se refieren. En el principio de razón suficiente entra en juego la correspondencia entre el juicio y la situación a que el juicio se refiere, y si lo aceptamos, de acuerdo con la opinión más generalizada, entre los principios lógicos, no es sin advertir que sólo pisa los linderos de la lógica. Cosa semejante habría que decir del principio jurídico de razón suficiente. Tampoco es por completo un principio lógico, porque se refiere "demasiado concretamente" a la validez de las normas, y este problema es jurídico y no lógico.Los principios lógico-jurídicos de identidad, contradicción y tercero excluido forman, a semejanza de los correspondientes de la lógica pura, un grupo "perfectamente unitario", mientras que el de razón "queda aparte". Los tres primeros expresan algo sobre la validez de los preceptos jurídicos, pero según relaciones puramente lógicas; aluden a la regulación jurídica de la conducta,nunca a la conducta jurídicamente regulada. El de razón suficiente, en cambio, nose refiere simplemente a las normas que en la órbita del Derecho ordenan el comportamiento humano, sino que las pone en conexión con algo que está fuera de ellas, y condiciona su fuerza obligatoria".*[40]

---

39 Op. cit. Pág.

40 *Introducción a la Lógica Jurídica, García Maynes, Eduardo, Editorial Colofón Mexico.*

c) *El silogismo*

Para resumir el concepto de silogismo empezaremos citando a la doctora María del Carmen Pacheco en su libro *Filosofía del Derecho, Lógica Jurídica:*[41]

> *"De acuerdo con la lógica aristotélica, el silogismo es la expresión del raciocinio, se compone de proposiciones llamadas premisas, y la conclusión. El procedimiento de obtener conclusiones partiendo de premisas se llama demostración o prueba. El silogismo se compone de tres preposiciones en total: premisa mayor, premisa menor y conclusión".*

Para que el silogismo sea válido formalmente debe estar correctamente construido conforme a las reglas la lógica y no debe de tener ninguna ni falacia ni sofisma.

> *"Falacia es una palabra en latín que significa engaño, error oculto. Existen dos clases de falacias: los sofismas y los paralogismos, los primeros se caracterizan por ser intencionalmente engañosos, los segundos, involuntariamente".* [42]

d) *Falacias y sofismas.*

La doctora María del Carmen Pacheco nos ilustra respecto al tipo de falacias y sofismas.

Tenemos los sofismas de palabras, que son aquellos que resultan cuando un término acepta más de un significado. Así tenemos los siguientes sofismas: equívoco, anfibología, metáfora, confusión del sentido compuesto, confusión del sentido dividido.

Los sofismas de ideas son aquellos que tienen errores de lógica en su construcción y se dividen en dos tipos: Sofismas de deducción: Petición de principio, círculo vicioso, ignorancia del asunto, falacia del consecuente; los de inducción son: Enumeración imperfecta, sofisma de accidente, ignorancia de la causa, falsa analogía.

Falacias de atinencia son aquellas que inducen al error pues parten de premisas no pertinentes (atingentes) y que no tienen una conexión lógica con la conclusión. Estas son: Apelación a la fuerza (*ad baculum*), apelación a la persona (*ad hominem*), llamado a la piedad (*ad misericordiam*) o a lo que el pueblo dice (*adpopulum*).

---

41 Editorial Porrúa, México, 2007 pág.96-97.

42 Ídem. Pág.110.

e) *Silogismo jurídico*

Respecto a la aplicación del silogismo en materia judicial se considera que la premisa mayor es la norma jurídicamente válida, la premisa menor es la conducta desplegada y la conclusión es la subsunción de la primera con la segunda.

Nuevamente cito al maestro Eduardo García Máynez, ahora de su libro *Introducción al Estudio del Derecho, donde* expone el silogismo jurídico.

> *"El razonamiento de aplicación de los preceptos del Derecho es de tipo silogístico.La premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor por el juicioque declara realizado el supuesto de aquélla y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de Derecho.*
>
> *Primer ejemplo:*
> *Premisa mayor. Al que cometa el delito de falsificación de moneda se le aplicaránde seis meses a cinco años de prisión, y multa de cien a tres mil pesos*
> *Premisa menor. X ha cometido el delito de falsificación de moneda; luego,*
> *Conclusión: Debe aplicarse a X de seis meses a cinco años de prisión y multa decien a tres mil pesos.*
>
> *Segundo ejemplo:*
> *Premisa mayor. El que siembre, plante o edifique en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de una y otros, pero con la obligación de pagarlos en todo caso y resarcir daños y perjuicios si ha procedido de mala fe.*
> *Premisa menor. Z ha sembrado en su finca, con semillas de Y, pero sin proceder de mala fe; luego,*
> *Conclusión. Z tiene la obligación de pagar a Y el importe de sus semillas, sin que éste pueda exigirle indemnización por los daños sufridos".*[43]

Una vez descrito el silogismo jurídico, el estudio lógico formal se enfoca en el estudio de la formación de argumentos lógico-jurídicos, que son el razonamiento por analogía (o *a simili*), el razonamiento *e contrario*, argumentos *a fortiori*, *a majore ad minus*, *a minore ad maius*, argumento *ad absurdum* y los argumentos interpretativos.

43 Edit. Porrua, México Pág.321.

f) *Lógica deóntica y la nueva retórica*

El segundo punto de inflexión se da cuando se desarrolla la lógica deóntica, o lógica de las normas, a partir del estudio realizado por George H. Von Wright en 1951, que parte de la premisa de que el silogismo no puede ser aplicado en estricto sentido al sistema jurídico, simplemente porque en la construcción de la norma no puede ser considerada como válida o inválida tomando en cuentaúnicamente la lógica formal.

Un enunciado jurídico normativo no es válido o inválido en sí mismo, por lo tanto, es necesario otro tipo de modalidad o de lógica especial.

El doctor Manuel Atienza menciona que Von Wright desarrolla una lógica especial, elaborada a partir de las modalidades deónticas o de obligación, prohibición y permisión. Ejemplifica esto mediante el estudio de Kalinowski.

> *"Kalinowski (1973) considera como razonamientos jurídicos aquellos que vienen exigidos por la vida jurídica, y presenta de ellos una doble clasificación. Por un lado, distingue entre razonamientos de coacción intelectual (lógicos), de persuasión (retóricos) y propiamente jurídicos (los que se basan en presunciones, prescripciones, ficciones etcétera, establecidas por la ley). Por otro lado, separa los razonamientos normativos (cuando al menos una de las premisas y la conclusión son normas) de los no normativos (que sólo serían jurídicos por accidente). Los razonamientos normativos, por su lado, pueden tener lugar en el plano de la elaboración, de la interpretación o de la aplicación del Derecho. En concreto, en el plano de la interpretación del Derecho se utilizan argumentos extralógicos, que se basan en medios puramente jurídicos (por ejemplo, el argumento a rúbrica, pro subjecta materia, etcétera) y argumentos lógicos, que se basan en la lógica formal propiamente dicha (por ejemplo, argumentos a fortiori, a maiori, a pari, y a contrario) Los argumentos estrictamente lógicos están regidos, sin embargo, tanto por las reglas extralógicas, esto es, por reglas jurídicas de interpretación del Derecho. Además, Kalinowsky considera que el primer tipo de reglas están subordinadas a las segundas, lo que podría entenderse en el sentido de que la justificación interna depende de la justificación externa o es un momentológicamente posterior al de esta".*[44]

Trabajos como *La Nueva Retórica* de Perelman y la *Lógica Informal* de Toulmin hacen su aparición para revolucionar el concepto de argumentación jurídica, al separarla de la lógica formal al grado que el doctor Manuel Atienza nos dice.

44 Op. cit. Pag 23.

"Por eso, cuando hoy se habla de argumentación jurídica (o de teoría de la argumentación jurídica) se hace referencia a un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico-formal sería sólo una parte de la misma) e incluso a veces a un tipo de investigación que se contrapone al de la lógica (al de la lógica formal)".[45]

Hagamos un brevísimo resumen de los postulados del filósofo del Derecho Chaim Perelman, citado nuevamente por el doctor Atienza.

"Perelman parte –como ya se ha indicado– de la distinción básica de origen aristotélico entre razonamientos analíticos o lógico-formales, por un lado, y razonamientos dialecticos o retóricos, por el otro, y sitúa a su teoría de la argumentación en este segundo apartado. Su objetivo fundamental es el de ampliar las ciencias deductivas y de las ciencias inductivas o empíricas, para poder dar cuenta también de los razonamientos que se presentan en las ciencias humanas, en el Derecho y en la filosofía".[46]

La obra de Perelman amplía la mirada formalista aristotélica hasta un nuevocampo de investigación donde el argumento no debe ser forzosamente lógico- deductivo, sino simplemente plausible para el auditorio al que debe persuadir.

"Si Perelman elige para designar su teoría el nombre de retórica antes que el de dialéctica, ello se debe precisamente a la importancia que concede a la noción de auditorio, que ciertamente, es la noción central de la teoría".

En su libro el filósofo español expone que la nueva retórica se divide en tres partes, que son: Los presupuestos o límites de la argumentación, los puntos otesis de partida y las técnicas argumentativas o argumentos.

Respecto a los presupuestos, o límites de la argumentación, en la *Nueva Retórica* de Perelman el doctor Atienza nos expone.

"En la argumentación se puede distinguir tres elementos: El discurso, el orador, y el auditorio, pero este último tiene un papel preponderante(...) Perelman pone de manifiesto cómo la distinción clásica entre géneros oratorios: El deliberativo (ante la asamblea), el Judicial (ante los jueces) y el epidíctico (ante espectadores queno tienen que pronunciarse) (...) Sin embargo la clasificación más importante de tipos de argumentación que tiene lugar ante el auditorio universal, la argumentación ante un único oyente, y la deliberación con uno mismo".

45 Ídem Pág.81.
46 Ibídem Pág.47-49.

En la argumentación se tiene un objetivo, que es convencer al auditorio por medio del lenguaje, sin que exista violencia física o moral por parte de ninguno de los oradores.

Por lo que hace al punto de partida de la argumentación, ésta siempre parte de las premisas que hace cada uno de los oradores, en las que el filósofo distingue tres aspectos: El acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.

> *"Los objetos de acuerdo pueden ser relativos a lo real (hechos, verdades opresunciones), o bien, relativos a lo preferible (valores, jerarquías y lugares de lo preferible) Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo. Como es imposible presentar la totalidad de esos elementos, la argumentación será necesariamente selectiva y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos como la forma de presentarlos. La selección cumple, por otro lado, un efecto de atribuir presencia a esos elementos, lo que constituye un factor esencial en la argumentación".* [47]

La presentación de las premisas es donde se usan las formas verbales y las figuras retóricas. A las primeras las describe como afirmaciones, negaciones, aserciones, interrogaciones y prescripciones, entre otras. Las figuras argumentativas aparecen clasificadas en tres grupos o figuras: De elección, de presencia y de comunión.

Por último, en su libro *La Nueva Retórica* Chaim Perelman clasifica las técnicas argumentativas en dos grandes grupos, que son de enlace o asociación, y su contraparte, de disociación.

> *"...los procedimientos de enlace (unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente) (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989, p.299) o de disociación (su objetivo es "disociar, separar, desolidarizar elementos considerados componentes de un todo o al menos de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento) (ibídem, pp, 299 y 300). A su vez, los primeros se clasifican en: Argumentos cuasilógicos, cuya fuerza deriva de su proximidad –pero no identificación– con argumentos puramente lógicos o matemáticos; argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se trate de enlaces de sucesión, o bien, enlaces de coexistencia; y argumentos que funda la estructura de lo real tomando como fundamento bien el caso particular, o bien, la semejanza de estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos (analogía)".* [48]

47 *Las Razones del Derecho*, Atienza Manuel, EDIT. UNAM , México, Pag 50.

48 Idem Pág.50.

El doctor Atienza critica la teoría de Chaim Perelman:

> *"Perelman no ofrece ningún esquema que permita un análisis adecuado de los argumentos jurídicos –de los diversos tipos de argumentos jurídicos– ni del proceso de la argumentación, aunque desde luego, en su obra aparecen sugerencias de indudable interés(...) Por otro lado, la concepción del Derecho y de la sociedad que maneja Perelman es de cuño netamente conservador, y su teoría de la argumentación parece diseñada para satisfacer las necesidades de quien se aproxima al Derecho y a la sociedad desde esta perspectiva, pero no para el que parte de una concepción crítica o conflictualista de estos fenómenos. Si se acepta la tesis de que la sociedad genera, en ocasiones, conflictos que plantean intereses irreconciliables y que las instancias jurídicas no pueden resolver simplemente con un criterio de imparcialidad, sin plantearse la modificación del propio orden jurídico, entonces probablemente haya que pensar también que, en relación con los mismos, la retórica –al menos como la entiende Perelman– cumple ante todo una función ideológica de justificación del Derecho Positivo: Precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son".* [49]

La Nueva Retórica es, como ya se ha dicho, un punto de partida y, a pesar de las críticas hechas por el doctor Manuel Atienza, consideramos que representan un replanteamiento del estudio de la argumentación jurídica, donde se pone especial atención al auditorio y en la insuficiencia del uso del silogismo jurídico como la única forma de pensar el derecho.

Ahora toca el turno de resumir, también de la mano del doctor Manuel Atienza, el libro *Uses of Argument*, del doctor Stephen Toulmin (1958), que plantea que la lógica formal no puede ser trasladada a otros campos del conocimiento, con excepción del campo matemático.

> *"La intención de Toulmin –como él mismo indica (1958ª, prefacio)– es "radical" y consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Toulmin, por el contrario, se propone desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica; no le interesa una "lógica idealizada", sino una lógica operativa o aplicada (working logic); y para efectuar esa operación elige como modelo, no la geometría, sino a la jurisprudencia".* [50]

49 Ídem. Pág 79-80.

50 *Las Razones del Derecho*, Atienza Manuel, EDIT. UNAM , México. Pág. 82.

Para el doctor Toulmin un buen argumento que esté bien fundado, es aquel que resiste la crítica, algo que, como veremos más adelante, es fundamental para este artículo.

> *"Un buen argumento, un argumento bien fundado, es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridospara un veredicto favorable. Atienza".*[51]

Para el doctor Stephen Toulmin un argumento está compuesto por cuatro elementos: La pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.

La pretensión es la idea que sostiene uno de los participantes en la argumentación, a los que el doctor Toulmin llama proponente y oponente.

> *"La pretensión (claim), significa tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación".*[52]

En caso de que el oponente no acepte como válida la pretensión, el proponente tendrá que dar razones (*ground*) que validen su pretensión inicial.

> *"Las razones no son, pues, teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate, en una argumentación jurídica típica, por ejemplo, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido. El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero, incluso, en caso de que los acepte puede exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía (warrant) del argumento".*[53]

Las garantías (*warrant*) son hechos o principios que sustentan las razones del argumento; en el caso de una argumentación de tipo jurídico, se trata del fundamento jurídico.

> *"...las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten autorizar el paso de unos enunciados a otros. Podría decirse que mientras los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinado de los ingredientes".*[54]

---

51 Ídem pág.82.

52 ibídem pág. 84.

53 Op.cit. Pág 85.

54 Ídem. Pág 85.

Por lo que hace al tipo de argumentos el mismo autor modifica su clasificación de analíticos y substanciales a formales y no formales.

En los argumentos formales se analiza la corrección del argumento, en el sentido de la lógica formal; en los no formales, por el contrario, importa en menor grado la corrección del argumento, en el sentido de la lógica formal, y más su validez con respecto a la relevancia externa.

El doctor Toulmin, al plantear la cuestión de la corrección de un argumento, dice que se deben plantear aquellos ejemplos de estructuras no correctas, o falacias, que él clasifica en las siguientes categorías:

1) Falta de razones;

2) De razones irrelevantes;

3) De razones defectuosas;

4) De suposiciones garantizadas; y ,

5) De ambigüedades.

g) *Teoría Estándar de la argumentación jurídica.*

Por último, el tercer punto de inflexión que menciona el doctor Manuel Atienza surge a finales de los setenta cuando nace la llamada *teoría estándar de la argumentación jurídica*.

> *"...cuando se elabora el núcleo conceptual de lo que puede considerarse como la "teoría estándar de la argumentación jurídica", que aparece expuesta en diversos trabajos de Wroblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik y Aarnio; aunque poniendo el acento en otros aspectos de la argumentación jurídica (lo que luego llamaré su dimensión "material"). Por esa época se publican también una serie de trabajos de Dworkin. Summers y Raz que han influido decisivamente en la manera de entender el discurso justificativo (de carácter judicial)".*[55]

55 *El Derecho Como Argumentación*, Atienza Manuel, Edit. Distribuidores Fontamar, México, 2005 Pag 72.

El propio Atienza señala que los trabajos fundamentales de la teoría estándar de la argumentación son los realizados por los filósofos de la argumentación Robert Alexy y Neil MacCormick, por lo que de una manera muy resumida serán abordados a continuación.

Para el filósofo de la argumentación Robert Alexy, la argumentación de tipo jurídico es la especialización de una argumentación práctica que requiere de reglas, que son clasificadas como reglas fundamentales, reglas de la razón y reglas sobre la carga de la argumentación y las reglas de transición.

Por lo que la argumentación jurídica, a su vez, requiere de una serie de reglas propias.

"El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglasy formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. A su vez, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso".

La justificación interna de las decisiones se puede dar de forma simple y de una forma más general. La forma simple consiste en la aplicación del silogismo jurídico; la forma más general requiere construir más de dos silogismos.

Sobre la justificación interna simple expuesta por Robert Alexy, el dr. Atienza dice:

"Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal".

De la forma general señala:

"Siempre que exista duda sobre si a (el sujeto) es un T (predicado normativo) o un M (otro predicado distinto a T), hay que aducir una regla que decida la cuestión. Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo".

La justificación externa en la teoría de Robert Alexy se refiere a una justificación externa de las premisas.

"Estas últimas, para Alexy, pueden ser de tres tipos: Reglas de Derecho Positivo (cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema); enunciados empíricos (que se justifican de acuerdo, con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba); y un tercer tipo de enunciados (que serían básicamente reformulaciones de normas), para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica; en concreto, a las formas y reglas de la justificación externa. Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según que las mismas se refieran: A la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos".

Por último, el doctor Jaime Cárdenas García[56] resume la teoría de RobertAlexy de la siguiente manera:

a) Es una teoría procedimental de la argumentación;

b) Las reglas del discurso jurídico óptimo se basan en las reglas del procedimiento moral;

c) Las principales reglas del procedimiento discursivo descansan la imparcialidad, libertad y simetría de los participantes;

d) Un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento que observe las reglas de imparcialidad, simetría ylibertad;

e) La argumentación es un procedimiento discursivo correcto;

f) Los principales problemas de toda teoría de la argumentación son el problema del conocimiento y el problema del cumplimiento;

g) En toda argumentación jurídica debe distinguirse entre justificación interna y externa. La interna trabaja con reglas; la externa con principios y otros materiales normativos y sirve par resolver casosdifíciles;

h) Todos los métodos argumentativos pueden usarse (regla de saturación);

56 *La Argumentación como Derecho*, Edit. UNAM, México 2005. Pág 84.

i) No se garantiza una única respuesta correcta;

j) No se admite una teoría fuerte de principios;

k) El principio de proporcionalidad es la base para la solución deconflictos de principios;

l) El sistema se integra por procedimientos argumentativos y normas.

Por otro lado, la teoría de Neil MacCormick parte del sentido que va de la argumentación jurídica a una argumentación más general. La base de sus estudios consistió en analizar las sentencias dictadas por los jueces, para luego aplicar esos mismos principios a una teoría general de la argumentación.

> *"Las tesis fundamentales de la concepción de MacCormick se encuentran expuestas en una obra, Legal Reasoning and Legal Theory, de 1978 (que es precisamente el mismo año en que se publica la obra fundamental de Alexy sobre la materia, Theorie der juristichenArgumentation), y luego han sido desarrolladas(y una pequeña medida también corregidas [cfr. MacCormick, 1981, 1982 y 1983] en una serie de artículos escritos a lo largo de la última década. Se trata de una teoría que exhibe una elegante sencillez y claridad –que en absoluto hay que confundir con superficialidad– y que se destaca, sobre todo, por su afán integrador. MacCormick trata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino –y son términos utilizados por el propio MacCormick (1978, p265)– entre una teoría del Derecho ultra racionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: Las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es son un producto de la voluntad no de la razón)".*[57]

57 *Las Razones del Derecho*, Atienza Manuel, EDIT. UNAM , México. Pag.107-113-115.

En su teoría, Neil MacCormick dice que el fin de la argumentación y de la argumentación jurídica es persuadir mediante premisas que estén justificadas, y que en la argumentación sólo pueden justificarse estas premisas si están de acuerdo con los hechos y las normas que tipifican la conducta.

Ahora bien, el razonamiento lógico deductivo tiene sus límites, a los que el autor llama casos fáciles y casos difíciles.

De los casos difíciles dice el doctor MacCormick, en palabras de DonManuel Atienza, que se dan cuando el problema jurídico presenta problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación.

Los problemas de interpretación y de relevancia afectan la premisa normativa y los problemas de prueba y de calificación, la premisa fáctica.

> *"Existe un problema de interpretación cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (es decir, una norma de la forma p-..q), pero la norma encuestión admite más de una lectura.*
> *Los problemas de relevancia plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma (p->q) aplicable al caso.*
> *Los problemas de prueba se refieren al establecimiento de la premisa menor (p). Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado.*
> *Los problemas de calificación o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma".*

La solución de un caso difícil requiere de elementos distintos a la lógica del silogismo (*p->q*), por lo que se requiere la aplicación de doctrina, principios generales y precedentes, con la idea de que a un caso X siempre se le aplique el criterio Y, es decir, el principio de universalidad que al mismo tiempo sea coherente con todo el orden legal.

> *"Dicho en forma concisa, su tesis consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es unargumento consecuencialista)".*[58]

58 Ídem pág. 127.

4. El proceso notarial como un proceso lógico y de argumentación jurídica

La labor del notario, como la conocemos actualmente, es el resultado de una lenta evolución que se ha caracterizado por el alto grado de especialización y complejidad que cada una de las épocas le han impuesto, además de apegarse a una conducta ética que hace que la sociedad confíe en la institución.

El notario actual se define como un profesional del Derecho que tiene como misión dar fe y certeza a los hechos y actos de los particulares, además de colaborar como un auxiliar de la justicia en los procesos en que así lo permita el orden jurídico.

Para lograr lo anterior, y como el profesional del Derecho que es, el notario debe contar con todas las herramientas doctrinarias que le da la lógica jurídica y la argumentación jurídica pues como lo define el gran jurista Cicerón argumentar es "dar razones que hacen fe de una cosa dudosa".

Para que el notario pueda plasmar su fe en un documento que, conforme a nuestro Derecho, sea prueba plena requiere hacer uso de la lógica jurídica y de la argumentación jurídica. Desde el punto de vista de la argumentación jurídica, el proceso notarial no es otra cosa que un proceso que busca la verdad de los argumentos generales, para que el notario los transforme en argumentos jurídicos debidamente sustentados y listos para ser sometidos a una verificación por parte de las autoridades, ya sean administrativas o judiciales.

El proceso notarial en su parte práctica (etapa previa al instrumento) inicia con la primera comparecencia, donde el notario escucha activamente a los comparecientes.

Esta primera comparecencia puede ser vista, conforme a la teoría de Perelman, de la siguiente manera: Los comparecientes son los oradores, las razones de cada uno de ellos son los argumentos y el notario es un auditorio de tipo judicial especializado al que los comparecientes deben de persuadir respecto a la lógica y veracidad de sus argumentos.

El notario busca que se configure una sana relación argumentativa, como lo expone la teoría argumentativa de Robert Alexy, donde los oradores tengan libertad de expresarse, el

auditorio (notario) es imparcial y las razones que se den sean simétricas y coherentes dentro del ámbito argumentativo (hecho o actojurídico).

Un requisito primordial en la configuración de la relación notarial (y argumentativa) es que el notario comprenda a profundidad el lenguaje y el idiolecto de ambos comparecientes, para que pueda deconstruir los argumentos o razones que le ofrecen. Por lo anterior el notario debe ser cercano a la comunidad a la que sirve para poder comprender sus valores y las modalidades propias del lenguaje de la región donde está ubicada su notaría.

El notario debe, mediante un proceso de deducción, establecer la identidad de las personas que comparecen por vez primera ante él, y delimitar precisamente la relación que tienen con el acto, o hecho jurídico, que solicitan se pase ante sufe.

Es posible que quien se está apersonando ante el notario lo haga en su calidad de otorgante, o su legítimo representante, testigo o concurrente, o que simplemente busque ser asesorado en materia legal.

La escucha activa del notario busca establecer los objetos de acuerdo con los oradores que, conforme la *Nueva Retórica*, son los elementos que los oradores asumen como ciertos y reales, como son los hechos, las verdades y las presunciones.

El notario debe poder clasificar estos objetos, para después someterlos a un análisis del discurso e intentar eliminar las falacias o posibles sofismas, ya sea de términos (equívoco, anfibología, metáfora, confusión del sentido) o sofismas de ideas (falsas deducción o inducción) y evitar que su actuación sea guiada por falacias de atinencia, que se refieren a las cualidades personales de los oradores, como son los llamados a la piedad o al sentimiento popular.

La línea es muy delgada en las falacias de atinencia y por su compromiso social el notario debe recordar siempre que si accede a ejercer su función llamado por estos engaños, acabará haciendo un daño mayor a la sociedad a la que debe servir, así como a la institución a la que pertenece.

Ya que el notario ha escuchado, interpretado y establecido la relación notarial, debe desplegar su conocimiento jurídico mediante la calificación y configuración jurídica, donde determina que la conducta (*p*) corresponde a un presupuesto comprendido dentro de la función notarial y es competente porque la conducta se materializa en el tiempo y espacio establecidos por la norma *(q)*, por lo que puede configurar un silogismo jurídico simple al subsumir la conducta a la norma *(p>q)*.

Pongamos un ejemplo. El representante de una empresa ubicada en el municipio de Ecatepec solicita al notario que dé fe de que las piezas y componentes de la maquinaria "X" han llegado a la planta de su representada.

La relación notarial es simple, un solo otorgante actuando por medio de su legítimo representante, en uno de los supuestos comprendidos por la función notarial en el ámbito temporal y espacial de su competencia.

No obstante, el proceso notarial impone que el representante legal valide sus pretensiones y nos asegure las mismas conforme lo estable la teoría de la argumentación de Toulmin, por lo que el notario solicitará: El poder del representante, la legal constitución de la empresa, el domicilio de la empresa, la legítima adquisición de la maquina "X" y de las piezas y componentes, el consentimiento expreso del representante para poder acceder a la planta y la declaración de un perito respecto de que, en efecto, se trata tanto de la máquina "X", así como de sus piezas y componentes correspondientes.

Aun así, el silogismo jurídico fue válido pues a la conducta *(p)* correspondió la norma *(q)*, pero el notario en su proceso confirmó el argumento del orador o compareciente.

Ahora veamos un ejemplo donde el silogismo jurídico no es suficiente para resolver un caso. Un representante quiere iniciar una campaña de publicidad en todos los medios de comunicación que diga que el acto de levitación de la asistente del Mago Maravilloso ha sido "certificado ante notario", por lo que le solicita al notario que acuda a la función del Mago que se presenta en el municipio de Coacalco, donde el notario podrá dar fe de la levitación de la asistente del Mago.

La relación notarial es simple, un solo otorgante actuando por medio de su legítimo representante en uno de los supuestos comprendidos por la función notarial en el ámbito temporal y espacial de su competencia

El silogismo jurídico se configura de la siguiente manera:
La conducta *(p)* es la levitación de la asistente del Mago.

La norma *(q)* establece que el notario dará fe de los hechos percibidos por sus sentidos.

Por lo tanto, si solamente se aplicara la subsunción de la conducta a la norma *(p>q)* el notario daría fe de que observó a la asistente del Mago levitar.

Ahora, si ampliamos la argumentación con los requisitos de competencia y temporalidad el silogismo concluye que: El notario da fe de que en la función delas W horas, en el municipio de Coacalco, Estado de México, la señorita Z declaró que es la asistente del llamado Mago Maravilloso y que ante su presencia levitó, por medio de la intervención del dicho Mago, medio metro sobre el suelo del templete instalado.

Como podemos ver el proceso notarial aplicado al silogismo jurídico donde la conducta se subsume a la norma, sin que ésta sea debidamente interpretada y validada en sus premisas, aún aplicado otros silogismos jurídicos, como son la competencia y temporalidad, concluirían en que el notario da por cierto el hecho presenciado por sus sentidos y que si lo sometemos a una validación lógica desus premisas, llegaríamos a la conclusión de que se trata de una ilusión creadapor el Mago Maravilloso.

Veamos cómo el proceso de validación de los argumentos propuestos por Toulmin nos conduciría a que existe un error en la lógica formal, pues no se estableció la validez de la pretensión (la levitación de la asistente), ni se dio una garantía válida a la pretensión (la asistente levita por arte de la magia del Mago Maravilloso).

Este mismo caso, visto por la teoría argumentativa de MacCormick, nos llevaría a concluir que existe un problema de prueba, pues no quedó debidamente acreditada la conducta (*p*), la levitación de la asistente causada por la magia del Mago.

Por lo anterior, si el notario aceptara dar fe del acto de levitación de la asistente del Mago Maravilloso, no podría establecer simplemente que la asistente levitó medio metro sobre el templete del teatro.

Tendría que solicitar que se le comprobara la validez de la pretensión (la levitación) y se le garantizara la misma, es decir, que la levitación es debida a un fenómeno físico objetivo y comprobable.

En esas condiciones el acta notarial debería de decir que el notario "K" se apersonó en el teatro "S" ubicado en Coacalco, Estado de México, a ruego del legitimo representante del señor "C", conocido como El Mago Maravilloso, quien solicitó se diera fe de *la aparente* levitación de su asistente.

Ahora pongamos el caso de que, en efecto, el Mago Maravilloso da validezy garantía a la conducta *(þ)* al señalar al notario los elementos físicos, objetivos y comprobables por los cuales su asistente aparenta levitar, pues requiere demandar al Mago Maravilloso por haber utilizado tecnología considerada como secreto industrial, que le fue revelada sin consentímiento del primero.

En este último caso el notario debe buscar que su acta esté redactada de una manera precisa, coherente, y que cumpla con los principios de la lógica formal, como lo veremos a continuación, donde veremos el instrumento notarial como un argumento plasmado en un discurso escrito.

El proceso notarial, en su parte instrumental, se da una vez que el notario ha escuchado e interpretado a los comparecientes, además ya ha obtenido los diversos documentos públicos que le llevaron a confirmar su calificación y configuración jurídica, lo que, conforme con la Teoría de Toulmin, significa que los argumentos de los comparecientes han sido validados y garantizados por el escrutinio de un tercero imparcial.

El instrumento notarial, visto desde la perspectiva de la argumentaciónjurídica, es un discurso en forma escrita que tiene como finalidad generar certezaa los actos y hechos, es el resultado de la comprobación hecha por el notario de los argumentos que le fueron expuestos por los otorgantes.

No obstante que el notario haya validado los argumentos de los comparecientes, estos pueden ser sometidos a una nueva comprobación por parte de la autoridad judicial o administrativa.

El resultado de esta comprobación puede derivar en la confirmación de la firmeza del instrumento, o en el peor de los casos, en su nulidad, con responsabilidad para el notario si es que hubiera cometido alguna conducta antijurídica.

La materia prima del notario en la redacción de sus escrituras y las actas notariales es el lenguaje jurídico, ya que es la interpretación legal de la voluntaddel compareciente o los comparecientes, por lo que la redacción debe ser clara y precisa para que no deje lugar, dentro de lo posible, a ninguna interpretación distinta a la voluntad de los otorgantes o a los hechos presenciados.

El silogismo jurídico notarial se configura de la siguiente manera: Todo acto jurídico dentro de la competencia del notario puede ser elevado aescritura pública. *(fn)*

El acto de los señores “X” es un acto jurídico donde el notario es competente. (*a/h*)

El acto de los señores “X” es puede ser elevado a escritura pública. (a/h ->fn)

Vale resaltar que esto se puede dar porque el notario ya comprobó la veracidad de las premisas (argumentos) de los otorgantes en los pasos previos delproceso notarial.

Ahora bien, al redactar el instrumento el notario debe formular su discurso argumentativo respetando los principios formales de la lógica, a esto se le llama lógica jurídica instrumental.

Así, el notario establece la identidad de los comparecientes y el carácterque tienen en el acto (acreedor, deudor, vendedor, comprador) y, por lo tanto, conforme al principio de no contradicción y tercero excluyente, no puede actuar la misma persona en el mismo acto, al mismo tiempo en el mismo sentido, además de ser una falacia se configura la confusión como una forma de extinción de las obligaciones.

El notario en cada uno de sus argumentos debe cumplir con el principio lógico de razón suficiente, o lo que Toulmin llama verificación de los argumentos, pero al no tratarse de un acto de autoridad que deba estar debidamente motivado, el notario no fundamenta sus argumentos en lo que sería la garantía conforme a laTeoría argumentativa de Toulmin.

No obstante, como lo mencionamos, el silogismo no es suficiente cuando setrata de casos difíciles, por lo que el notario deberá tener especial cuidado en poder sustentar y garantizar cada uno de los argumentos contenidos en el documento notarial.

5. La configuración y calificación notarial ante otorgantescon discapacidad mental o intelectual

Planteamiento del caso. Derivado de la firma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo del 2008[59] y la modificación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 1º. es que se transforma la realidad jurídica de las personas con discapacidad, pero esa realidad jurídica no se da en todos los niveles y en todos los operadores jurídicos como es el Notariado quien ahora a falta de un marco de Derecho especifico debe de realizar todo un proceso argumentativo para revisar si es posible su actuación y sus alcances.

En este caso de investigación "X" es una persona con discapacidad quien solicita la actuación del notario (a/h ->fn). Por lo tanto, el notario para ejercer su función debe establecer el silogismo jurídico donde la conducta *(p)* correspondió la norma *(q)* que valida o niega la actuación del notario.

Entonces el notario (N) debe revisar la norma (q) en este caso se inicia con la revisión de la norma fundamental de nuestro orden jurídico que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Cp).

Para hacer explícito el caso propuesto es que se hará toda la revisión de las normas, proceso que en un caso no de estudio no se realizaría de manera explícita.

Revisión de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos. (Cp).

El 10 de junio del 2011 es una fecha inolvidable para los mexicanos, es en ese momento se modifica todo el orden jurídico nacional para dar cabida a los Derechos Humanos ya no como una mera abstracción que estaba contenida y plasmada en el orden jurídico nacional, sino como una norma viva que debe ser aplicada por todas las autoridades del país. El cambio se da al modificar el primer artículo de nuestra carta magna.

Capítulo I
De los Derechos Humanos y sus Garantías
Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011

Artículo 1o.

En los Estados Unidos Mexicanos ***todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá***

59 El treinta de marzo de dos mil siete, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referéndum la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el trece de diciembre de dosmil seis.

restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con ***los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia****.*
Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.*
Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación *motivada por origen étnico onacional, el género, la edad,* ***las discapacidades****, la condición social, lascondiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, elestado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tengapor objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.* Párrafo reformado DOF 04-12-2006, 10-06-2011. Artículo reformado DOF14-08-2001.

La modificación de nuestra Constitución es tan grande que aun hoy en día encontramos profesionales del Derecho y autoridades que no alcanzan a comprender los alcances de este cambio de un positivismo literal de las leyes a un neo constitucionalismo iusnaturalista que es objeto de estudio y reflexión pormaestros del Derecho como Rodolfo Luis Vigo.[60]

60 Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo, coincidencias y diferencias, ed. Porrua 2016.

Regresando a nuestro objeto de estudio y propuesta el Artículo 1º. constitucional consagra cuatro grandes pilares jurídicos en materia de discapacidad que son:

1. La igualdad ante la ley. (Pig);

2. La aplicación directa de los tratados en materia de Derechos Humanos de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte. (A dir ti);

3. La imposibilidad de restringir en forma alguna estos derechos, salvo que la misma Constitución así lo establezca. (No restr);

4. Señala como una prohibición la discriminación motivada por discapacidad. (Discr).

Estos cuatro pilares (La igualdad ante la ley, el respeto a los Derechos Humanos, la no restricción de derechos y la integración de las personas con discapacidad) son las bases en la que se construye una nueva realidad jurídica para las personas con algún tipo de discapacidad y modifican todo el ordenjurídico nacional.

Por lo que es pertinente revisar puntualmente el orden jurídico iniciando por la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo del 2008[61].

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo del 2008 (CPD)

En su Artículo 4º. inciso 1 letra b establece la necesidad de los Estados de tomar parte de las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

[61] El treinta de marzo de dos mil siete, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referéndum la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el trece de diciembre de dos mil seis.

Artículo 4º. Obligaciones generales

1. *Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Parte se comprometen a:*

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

Este artículo señala expresamente la obligación de los Estados Parte de modificar el orden jurídico nacional, con la intención de asegurar que las personas con discapacidad tengan un trato igualitario, por lo que es pertinente señalar que nuestro país aún debe modificar los códigos civiles por lo que hace a los conceptos de capacidad y generar nuevas obligaciones a los tutores con la finalidad de que respeten los Derechos Humanos de sus pupilos.

De igual forma el Artículo 5º. en sus Numerales 2 y 3 señalan las obligaciones de los Estados Parte para garantizar el acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad.

Artículo 5o.
Igualdad y no discriminación.

2. *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.*

3. *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.*

Es de suma importancia el Artículo 12 en su Numeral 5 que modifica la realidad de las personas con discapacidad al hacerlos sujetos de pleno derecho para poder adquirir y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso al crédito hipotecario y otras modalidades de crédito. Con la obligación de velar que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Artículo 12.
Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

Por lo que hace al acceso a la justicia el Articulo 13 inciso 1) señala la obligación de los Estados Parte de adecuar su sistema jurídico para que se tome en cuenta como participantes directos en los procesos judiciales donde sean parte, lo que modifica por completo las obligaciones del tutor como veremos puntualmente.

Artículo 13
Acceso a la justicia

1. *Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.*

Los Artículos 15, 16 y 17 son de suma importancia para la función notarial, aseguran que las personas con discapacidad no sufran malos tratos, penas crueles, inhumanas o degradantes o sean víctimas de explotación, violencia y abuso. Los notarios en el ejercicio de su función son un elemento de protección de las personas con discapacidad, por medio de su actuación fedantea la que nos referiremos más adelante.

Artículo 15
Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

1. *Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.*

2. *Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

Artículo 16.
Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

1. *Los Estados Parte adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.*

2. *Los Estados Parte también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Parte asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.*

3. *A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Parte asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.*

4. *Los Estados Parte tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.*

5. *Los Estados Parte adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad* sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Artículo 17
Protección de la integridad personal

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete suintegridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

El Artículo 19 garantiza el derecho de las personas con discapacidad de vivir de forma independiente y que tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir en igualdad de condiciones que los demás, y prohíbe a que se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. Nuevamente vemos cómo la Convención establece obligaciones al tutor a garantizar la independencia e inclusión de su pupilo en la sociedad.

Artículo 19
Derecho a vivir de forma independiente
y a ser incluido en la comunidad

Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a) *Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;*

b) *Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidady para evitar su aislamiento o separación de ésta;*

c) *Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de laspersonas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.*

El artículo 23 es un referente obligado que modifica la realidad jurídica nacional, consagra los derechos de las personas con discapacidad a contraer matrimonio, a formar una familia, a tener relaciones personales sanas. Además, obliga a tutelar a los niños y niñas abandonados por razón de su discapacidad.

Artículo 23
Respeto del hogar y de la familia

1. *Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, las de-más, a fin de asegurar que:*

a) *Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;*

b) *Se respete el derecho de las personas con discapacidad adecidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y*

planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) *Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.*

2. *Los Estados Parte garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional.*
En todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desem-peño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. *Los Estados Parte asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Parte velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.*

4. *Los Estados Parte asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.*

5. *Los Estados Parte harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.*

La Convención obliga a los Estados Parte a generar un sistema de desarrollo de la personalidad por medio de educación, salud, cultura y trabajo a las personas con discapacidad.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

Ahora toca el turno de analizar la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, donde integra nuevos conceptos que deben ser adoptados por todos los operadores jurídicos en su actuación.

En su Artículo 2º. incisos IX, X, XI, XII, XIII, señala puntualmente los conceptos de: Discapacidad, Discapacidad Física, Discapacidad Mental, Intelectual y Sensorial.

Artículo 2o.
Para los efectos de esta ley se entenderá por:

IX. ***Discapacidad.*** *Es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018.

X. ***Discapacidad Física.*** *Es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

XI. ***Discapacidad Mental.*** *A la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

XII. ***Discapacidad Intelectual.*** *Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

> XIII. ***Discapacidad Sensorial.*** *Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
>
> Fracción adicionada DOF 22-06-2018

La importancia de estos conceptos es que el notario como profesional del Derecho debe adaptar su actuación, para poder garantizar el pleno ejercicio de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

El Artículo 4º. reafirma a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto a ser considerados iguales frente a la ley y, por lo tanto, no deben ser discriminadas en forma alguna.

Por otro lado, el Artículo 5º. establece los principios de las políticas públicas y destaca el Numeral V donde se reafirma el respeto inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

> *Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos que establece el orden jurídico mexicano, sin distinción de origen étnico, nacional, género, edad, o un trastorno de talla, condición social, económica o de salud, religión, opiniones, estado civil, preferencias sexuales, embarazo, identidad política, lengua, situación migratoria o cualquier otro motivo u otra característica propia de la condición humana o que atente contra su dignidad. Las medidas contra la discriminación tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación comparable.*
>
> Párrafo reformado DOF 12-07-2018

Las medidas contra la discriminación consisten en la prohibición de conductas que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona, crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo, debido a la discapacidad que ésta posee.

Las acciones afirmativas positivas consisten en apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o dificultades que tienen las personas con

discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural.

La Administración Pública, de conformidad con su ámbito de competencia, impulsará el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a través del establecimiento de medidas contra la discriminación y acciones afirmativas positivas que permitan la integración social de las personas con discapacidad.

Será prioridad de la Administración Pública adoptar medidas de acción afirmativa positiva para aquellas personas con discapacidad que sufren un grado mayor de discriminación, como son las mujeres, las personas con discapacidad con grado severo, las que viven en el área rural, o bien, no pueden representarsea sí mismas.

Artículo 5º.

Los principios que deberán observar las políticas públicas, son:

5. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de laspersonas;

El Artículo 18 es un eco del Artículo 12 de la Convención donde se establece la obligación de prestar subsidios y programas para la obtención de casas por parte de las personas con discapacidad, no obstante, es mi opinión que no están satisfechos los alcances de la Convención en la ley.

Artículo 18

Las personas con discapacidad tienen derecho a una vivienda digna. Los programas de vivienda del sector público o sector privado deberán incluir proyectos arquitectónicos de construcciones que consideren susnecesidades de accesibilidad. Las instituciones públicas de vivienda otorgarán facilidades para recibir créditos o subsidios para la adquisición, redención de pasivos y construcción o remodelación de vivienda.

1) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Artículo 12
Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

2. *Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

3. *Los Estados 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.*

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

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

El Artículo 28 nuevamente es un pálido eco de la Convención no tiene, en mi opinión, los alcances del Artículo 23 ya señaladas líneas atrás en el presente trabajo de investigación.

Artículo 28

Las personas con discapacidad tendrán derecho a recibir un trato digno y apropiado en

los procedimientos administrativos y judiciales en que sean parte, así como asesoría y representación jurídica en forma gratuita en dichos procedimientos, bajo los términos que establezcan.

Ley General para la Atención y Protección a Personas con laCondición del Espectro Autista

Toca el turno de revisar la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista. (Lgralpeca)

La ley en su Artículo 3º. inciso XII define a las personas con la condición del espectro autista, no obstante, no determina un tipo de discapacidad, lo que consideramos un acierto, el espectro autista tiene una infinidad de grados que en un momento pueden caer en un concepto de discapacidad intelectual o discapacidad mental.

Artículo 3o.

Para los efectos de esta ley se entiende por:

XII. Personas con la condición del espectro autista: Todas aquellas que presentan una condición caracterizada en diferentes grados por dificultades en la interacción social, en la comunicación verbal y no verbal, y en comportamientos repetitivos.

En su Artículo 6o. encontramos los principios que deben contener las políticas públicas y destacamos los Numerales V, VI, VII que nuevamente son un reflejo de la Convención, pero que en nuestra opinión no plasman los alcances de la amplitud de derechos consagrados por la Convención.

Artículo 6º.

Los principios fundamentales que deberán contener las políticas públicas enmateria del fenómeno autístico, son:

V. ***Inviolabilidad de los derechos.*** *Prohibición de pleno derecho para que ninguna persona u órgano de gobierno atente, lesione o destruya los Derechos Humanos ni las leyes, políticas públicas y programas en favor de las personas con la condición del espectro autista;*

VI. ***Justicia***. *Equidad, virtud de dar a cada uno lo que le pertenece o corresponde. Dar a las personas con la condición del espectro autista la atención que responda a sus necesidades y a sus legítimosDerechos Humanos y civiles;*

VII. ***Libertad***. *Capacidad de las personas con la condición del espectro autista para elegir los medios para su desarrollo personal o, en su caso, a través de sus familiares en orden ascendente o tutores;*

El Artículo 10 es de suma importancia para la función notarial, nuevamente es el notario un elemento de certeza jurídica para hacer valer los derechos fundamentales de las personas con la condición del espectro autista y/o de sus familias, por medio de un acta donde se haga constar si estos derechos secumplen o no.

Artículo 10

Se reconocen como derechos fundamentales de las personas con la condición del espectro autista

I. *Gozar plenamente de los Derechos Humanos que garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes aplicables;*

II. *Recibir el apoyo y la protección de sus derechos constitucionales y legales por parte del Estado Mexicano –federación, entidades federativas y municipios–;*

III. *Tener un diagnóstico y una evaluación clínica temprana, precisa, accesible y sin prejuicios, de acuerdo con los objetivos del Sistema Nacional de Salud;*

IV. *Solicitar y recibir los certificados de evaluación y diagnóstico indicativos del estado en que se encuentren las personas con la condición del espectro autista;*

V. *Recibir consultas clínicas y terapias de habilitación especializadas enla red hospitalaria del sector público federal, de las entidades federativas y municipios, así como contar con terapias de habilitación;*

VI. *Disponer de su ficha personal en lo que concierne al área médica, psicológica, psiquiátrica y educativa (al igual que de los certificados de habilitación de su condición) al momento en que les sean requeridos por autoridad competente;*

Fracción declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad DOF 27-05-2016 (En la porción normativa que indica "al igual que de los certificados de habilitación de su condición").

VII. *Contar con los cuidados apropiados para su salud mental y física, con acceso a tratamientos y medicamentos de calidad, que les sean administrados oportunamente, tomando todas las medidas y precauciones necesarias;*

VIII. *Ser inscritos en el Sistema de Protección Social en Salud, conformea lo establecido en la Ley General de Salud;*

IX. *Recibir una educación o capacitación basada en criterios de integración e inclusión, tomando en cuenta sus capacidades y potencialidades, mediante evaluaciones pedagógicas, a fin defortalecer la posibilidad de una vida independiente;*

X. *Contar, en el marco de la educación especial a que se refiere la Ley General de Educación, con elementos que faciliten su proceso de integración a escuelas de educación regular;*

XI. *Acceder a los programas gubernamentales para recibir alimentación nutritiva, suficiente, de calidad, y de acuerdo a las necesidades metabólicas propias de su condición;*

XII. *A crecer y desarrollarse en un medioambiente sano y en armonía conla naturaleza;*

XIII. *Ser sujetos de los programas públicos de vivienda, en términos de las disposiciones aplicables, con el fin de disponer de vivienda propia para un alojamiento accesible y adecuado;*

XIV. *Participar en la vida productiva con dignidad e independencia;*

XV. Recibir formación y capacitación para obtener un empleo adecuado, sin discriminación ni prejuicios;

XVI. Percibir la remuneración justa por la prestación de su colaboración laboral productiva, que les alcance para alimentarse, vestirse y alojarse adecuadamente, así como también para solventar cualquier otra necesidad vital, en los términos de las disposiciones constitucionales y de las correspondientes leyes reglamentarias;

XVII. Utilizar el servicio del transporte público y privado como medio de libre desplazamiento;

XVIII. Disfrutar de la cultura, de las distracciones, del tiempo libre, de las actividades recreativas y deportivas que coadyuven a su desarrollo físico y mental;

XIX. Tomar decisiones por sí o a través de sus padres o tutores para el ejercicio de sus legítimos derechos;

XX. Gozar de una vida sexual digna y segura;

XXI. Contar con asesoría y asistencia jurídica cuando sus Derechos Humanos y civiles les sean violados, para resarcirlos, y

XXII. Los demás que garanticen su integridad, su dignidad, su bienestar y su plena integración a la sociedad de acuerdo con las distintas disposiciones constitucionales y legales.

En la fracción XIX nuevamente vemos la obligación del tutor de dejar que la persona con la condición del espectro autista tome por sí mismo en su esfera jurídica y sea asistido por su tutor.

XIX. Tomar decisiones por sí o a través de sus padres o tutores para elejercicio de sus legítimos derechos.

La Obligación de cumplir los derechos consagrados recae en las instituciones federales, estatales y municipales, las instituciones públicas y privadas, los padres y tutores, los profesionales de la medicina y de todas las ramas.

El Artículo 17 señala las prohibiciones que existen para la atención y preservación de los derechos con la condición del espectro autista. Este artículoes de extrema utilidad en la

función notarial, es el marco jurídico de la actuación notarial que tenga como fin constatar el peritaje de un experto que señale alguna de las conductas señaladas en este artículo.

Artículo 17

Queda estrictamente prohibido para la atención y preservación de losderechos de las personas con la condición del espectro autista y sus familias:

I. *Rechazar su atención en clínicas y hospitales del sector público y privado;*

II. *Negar la orientación necesaria para un diagnóstico y tratamiento adecuado, y desestimar el traslado de individuos a instituciones especializadas, en el supuesto de carecer de los conocimientos necesarios para su atención adecuada;*

III. *Actuar con negligencia y realizar acciones que pongan en riesgo la salud de las personas, así como aplicar terapias riesgosas, indicar sobre-medicación que altere el grado de la condición u ordenar internamientos injustificados en instituciones psiquiátricas;*

IV. *Impedir o desautorizar la inscripción en los planteles educativos públicos y privados;*

V. *Permitir que niños y jóvenes sean víctimas de burlas y agresiones que atenten contra su dignidad y estabilidad emocional por parte de sus maestros y compañeros;*

VI. *Impedir el acceso a servicios públicos y privados de carácter cultural, deportivo, recreativo, así como de transportación;*

VII. *Rehusar el derecho a contratar seguros de gastos médicos;*

VIII. *Denegar la posibilidad de contratación laboral a quienes cuenten con certificados de habilitación expedidos por la autoridad responsable señalada en esta ley, que indiquen su aptitud para desempeñar dicha actividad productiva;*

Fracción declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad DOF 27-05-2016.

IX. Abusar de las personas en el ámbito laboral;

X. Negar la asesoría jurídica necesaria para el ejercicio de sus derechos; y,

XI. Todas aquellas acciones que atenten o pretendan desvirtuar lo dispuesto en la presente ley y los demás ordenamientos aplicables.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Toca el turno a la revisión de los conceptos de capacidad y tutela conforme a la doctrina, marco jurídico, las tesis y jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Tscj)

1) Doctrina (doct)

La capacidad doctrinalmente la encontramos definida por el maestro Julien Bonnecase quien señala:

> *"Noción de la capacidad de las personas. Esta noción se halla regida por la noción de persona y por las nociones de derechos familiares y de derechos patrimoniales, dividiéndose éstos, a su vez, en derechos reales y derechos de crédito u obligaciones. Anteriormente definimos a la persona o sujeto de derecho como un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica, y de sufrir también, eficazmente, su coacción y de cumplir sus mandamientos. Si se desea tener una idea exacta de la capacidad debe relacionarse la noción de personalidad con las de derechos familiares y derechos patrimoniales".*

La doctrina clásica francesa viene a nuestro auxilio al darnos luz respecto a conceptos básicos que comprende la capacidad que son:

Primeramente los Derechos Familiares que comprende temas tan relevantes para nuestro ensayo como son parentesco y filiación, alimentos, matrimonio y, obviamente, tutela a lo que el autor llama primer ciclo social. (doct1)

En segundo término, pero no de menor importancia los Derechos Patrimoniales que los subdivide, a su vez, en Derechos Reales y Derechos de Crédito. Esta división toca temas torales como la propiedad y el otorgamiento de crédito, a lo que el autor llama segundo ciclo social. (doct2)

Al primer ciclo de Derecho de Familia le da **un carácter exclusivamente personal** por lo que señala como ejemplos: La potestad marital o de patria potestad y los demás de carácter patrimonial exclusivos. (Alimentos, usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos).

El segundo ciclo tiene como eje toral el patrimonio al que parafraseo como símbolo y expresión de la acción de cada individuo o colectividad sobre los recursos que le rodean, es decir, la acción de la persona sobre los bienes de los cuales se puede aprovechar.

Por otra parte y de manera contundente el maestro Bonnecase ilumina el principio pro persona al decir:

> "*...definimos a la persona o sujeto de derecho como un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica".*

Esta claridad se manifestará más adelante en nuestro ensayo al aplicar de manera concreta en los instrumentos jurídico notariales el principio pro persona. (doct3).

Pero regresemos al concepto de capacidad en palabras del maestro Bonnecase quien nos señala la diferencia entre la capacidad de goce y de ejercicio.[62]

> *"Es fácil, después de estas explicaciones, definir la capacidad. Este término designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida. La capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio".*

Continúo citando[63]

> *"La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de Derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve ya reproducida, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de capacidad de goce se identifica pues, en el fondo, con la noción de personalidad".* (doct4).

---

[62] Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México Edit. Harla 1997, Pag.163-164.

[63] Ídem pág. 164.

Por lo tanto, la capacidad de goce es inherente a la persona; intentar negar esta capacidad trae consecuencias tan graves como los genocidios ocurridos no sólo en la Alemania Nazi[64], sino en diversas partes del mundo. Donde se despoja al ser humano de todo valor y, por lo tanto, no es sujeto de ninguna protección jurídica y menos al acceso a la justicia.

La capacidad de ejercicio es un concepto difícil y arbitrario, no tanto en la teoría, sino en sus alcances legislativos como lo señala la doctrina clásica francesa en esta ocasión en palabras de Marcel Planiol y Georges Ripert.[65]

> *"...La incapacidad de una persona es a veces obra arbitraria de la ley. Por ejemplo, la incapacidad de los condenados a una pena criminal que durante la pena se encuentran en interdicción legal y también la incapacidad de la mujer casada o pródiga".* (doct5)

Regresamos a Julien Bonnecase[66] que nos define con claridad la capacidadde ejercicio.

La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectovamente en una situación jurídica o en una relación de Derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma.

Como hicimos, tratándose de la capacidad de goce, podemos usar una fórmula más breve y decir: Que la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma.

La capacidad de ejercicio es la que se ve afectada directamente por el concepto de incapacidad jurídica, por lo tanto, debe ser revisado a profundidad, la incapacidad y sus causas son excepciones a la regla general del orden jurídico en un régimen democrático.

En la doctrina francesa del autor en cita[67] encontramos tres categorías que hoy han sido superadas, pero que al estudiarlas encontramos directrices valiosas.

---

[64] El genocidio nazi intento exterminar no solo a la comunidad judía, también intento el exterminio de gitanos, homosexuales y personas con discapacidad motriz, sensorial, intelectual y mental.

[65] Marcel Planiol & Georges Ripert Derecho Civil parte A, México Edit. Harla 1997, vol 3 pag. 250

[66] Op. cit. pág 8.

[67] Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México Edit. Harla 1997, Pag 165.

Causas de incapacidad. Estas causas se agrupan en tres categorías, según la idea de que se derivan y que las hace ser tomadas en consideración por el legislador.

1. La voluntad de proteger a la persona: La edad, la locura, la imbecilidad;

2. La idea de pena: Incapacidades accesorias a determinadas condenaspenales;

3. La concepción de la organización familiar: Incapacidad de la mujercasada. (doct 6).

Las directrices que han tomado los legisladores se basan en las nociones de representación y de asistencia que se adaptan de acuerdo al grado de incapacidad que exista. Nuevamente retomo al maestro francés Julien Bonnecase[68] que nos ilustra.

> *"En efecto, según la causa de incapacidad y su grado, al incapaz se le dejaaparte y quien obrará en su nombre será un organismo u otra persona (representación) o por el contrario, el incapaz podrá obrar por sí mismo, pero con la colaboración y bajo el control de un organismo o de una persona (asistencia) (...) Tenemos así dos categorías de instituciones en provecho de los incapaces: Unas se basan en la idea de la representación, las otras en la de asistencia: 1.Las instituciones que se basan en la idea de la representación son: a) la patria potestad; b) la tutela bajo sus diversas formas; c) diversos organismos, como la administración provisional de los bienes del demente aun no declarado como tal jurídicamente. 2. Las instituciones que se basan en la idea de asistencia son: a) la curatela; b) el asesor judicial, c) la autoridad marital en la medida en que subsiste la ley del 18 de febrero de 1938".*

Esta diferenciación respecto al grado de incapacidad es reconocida por la doctrina francesa al generar casos donde se requiere la representación de una persona capaz y el otro grado es la necesidad de una asistencia especializada.

Los maestros franceses Marcel Planiol y Georges Ripert[69] a estas directrices les llaman medios, consideran que es la manera de cómo se concretael derecho de las personas incapaces. (doc6)

---

[68] Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México Edit. Harla 1997, Pag.166-167.

[69] Marcel Planiol & Georges Ripert Derecho Civil parte A, México Edit. Harla 1997, vol 3 pág. 253.

"La forma de protección empleada con los incapaces, depende de la extensión desu incapacidad. Ésta puede ser mayor o menor. Puede existir en dos grados diferentes. Algunas personas están afectadas de una incapacidad tal que nada pueden hacer por sí mismas. Están totalmente privadas de actuar jurídicamente. Por tanto, es necesario que los actos en que estén interesadas, se realicen en su nombre por una persona capaz, quien los representará, sin que los incapaces tomen parte en ellos(...) Menos intensa es la incapacidad respecto a otras personas. Hay incapaces que, en cierta medida pueden comprender el alcance desus actos. Estos no necesitan ser representados por otra persona. Pueden actuar por sí mismos, y solamente necesitan ser autorizados por alguien que los asista o vigile. (doct 7)

"...al que representa a los incapaces de la primera categoría se llama tutor o administrador. La tutela de los menores es el tipo de la forma adoptada para proteger a los incapaces que necesitan ser representados. La persona encargada de autorizar los actos celebrados por los incapaces de la segunda categoría se llama curador o asesor. El curador no administra y no obra por sí mismo, todo su papel se limita a dar o negar su consentimiento para los diferentes actos realizados por el incapaz". (doct 8).

En la doctrina encontramos que en la normatividad canadiense existe la distinción por grado dependiendo de la persona, como señala el autor Eduardo García Villegas[70] (doct 9).

"La normatividad canadiense estipula que los incapaces deben ser informados y escuchados en cualquiera de los sistemas previstos en cuanto a la procedenciade la incapacidad, el tipo de régimen a aplicarse, la persona a la que se le encargará su representación o asesoramiento y las resoluciones que los afectarán. A continuación, enumeramos algunos de los rasgos más importantesdel sistema canadiense: 1) Según el grado de incapacidad y las necesidades de cada presunto incapaz, el Estado puede ordenar: a) la curatela, como régimen extremo de representación; b) la tutela, como vía que permite conservar al incapaz cierta autonomía y que puede dictar para proveer a la representación de la persona y sus bienes; c) el consejero del mayor, que no ejerce la representación, sino sólo asistencia y asesoramiento por debilitamiento de las aptitudes psíquicas o prodigalidad y que, a su vez, puede limitarse en el tiempo a ciertos actos".

En el Estado de México, únicamente el tutor o quien lo sustituya debe tomar opinión al incapaz en ciertos asuntos que pueden afectar su patrimonio.

Artículo 4.294.

El tutor está obligado a:

[70] Eduardo García Villegas, "La Tutela de la Propia Incapacidad", Edit. UNAM, MEXICO, 2007 Pág. 46.

IV. Administrar el patrimonio de los incapacitados**.** El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando tenga discernimiento. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él.

Por lo tanto, podemos decir que el Código Civil establece una graduación parcial, pero no contempla la graduación de una representación total a una representación parcial de consejero mayor.

2) Concepto de capacidad y tutela en la doctrina, las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En estas partes debemos adentrarnos en los conceptos de capacidad y tutela, su regulación, su marco doctrinario, además de conocer las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (SCJ)

"...que las personas con discapacidad tienen circunstancias especiales, pero finalidades o necesidades similares al resto de la población y, por tanto, la necesidad de ajustes razonables para lograr una nivelación de oportunidades de las personas y una igualdad material. ***En este sentido, dentro del modelo social, no corresponde al individuo demostrar su aptitud para participar en sociedad, más bien es el entorno social el que debe establecer los ajustes razonables que permitan su participación****. Sólo así las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación adquieren plena vigencia".*

En este sentido nos parece necesario establecer que el notario por mediode las reglas del tutor establecidas en el Artículo 4.250 del Código Civil del Estado de México, debe establecer las reglas mínimas para garantizar los derechosconsagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Como lo proponemos en los modelos de testamento y en el nombramiento de tutor ambos ante la propia incapacidad.

No hacerlo implicaría un tipo de discriminación como lo señala la tesis 1a. CCCLXXIV/2014 (10a.) que se lee bajo el rubro:

"DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O POR RESULTADOS. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN"

Por otra parte, la violación al Derecho Humano de igualdad puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes, sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. Así es dable colegir que la discriminación indirecta se configura cuando:

(I) Existe una norma, criterio o práctica aparentemente neutral;

(II) Que afecta de manera desproporcionadamente negativa a un gruposocial; y,

(III) En comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar.

Una norma aparentemente neutra contenida tanto en el Código Civil Federal como en el Estado de México afecta de manera desproporcionalmente a un grupo social al englobar a las personas con discapacidad como incapaces sin ningún tipo de grado.

De esta forma el notario como operador jurídico cambia de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de asistencia en la toma de decisiones al que se refiere la resolución del amparo en revisión 159/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia donde establece lo siguiente:

> *" ...que las instituciones mediante las cuales se regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se han clasificado de forma histórica en dos modelos: El modelo de "sustitución en la toma de decisiones" y el modelo de "asistencia enla toma de decisiones".*
>
> *"Por lo que ve al modelo de "sustitución en la toma de decisiones", mediante el mismo, y una vez que el juzgador ha constatado la existencia de la diversidad funcional del individuo respecto al cual versa el asunto, se decreta que la voluntad de éste sea sustituida por la de alguien más, cuya labor consistirá en tomar las decisiones que representen el mejor interés de la persona cuya protección se le haencomendado.*
> *"Por su parte, el modelo de "asistencia en la toma de decisiones" implica un cambio de paradigma en la forma en que los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, mediante el mismo "la persona puede ser ayudada para adoptar decisiones, pero es ésta quien en última instancia toma las mismas". Es decir, "la libertad de elección se protege y se garantiza por el juzgador acorde al grado de diversidad funcional que posee la persona de cada caso en concreto, fomentando así su participación y la asunción de responsabilidades".*

"En tal sentido, se concluyó que el esquema contenido en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagra el modelo asistencial antes referido, ello en la medida en que indica que las personas con discapacidad "tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual será en igualdad de condiciones que los demás, debiéndose asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y preferencias de quien posee la diversidad funcional".

"Así, acorde al modelo social de discapacidad "la determinación judicial que limite la capacidad jurídica deberá tomar en consideración la primacía de la autodeterminación libre de la persona", por lo que no debe confundirse el principio de mayor protección de la persona con discapacidad en aras de su mayor interés, con la prohibición de que la persona con discapacidad decida qué es lo que le beneficia, situación que redunda de forma directa en el desarrollo libre de la personalidad, así como en el fomento de una vida autónoma y de una identidad propia".

4.1. Aplicación del modelo argumentativo notarial a la configuración ycalificación notarial ante la discapacidad.

Primera comparecencia (Teoría de Perelman):
Oradores.- Persona con discapacidad intelectual (X).
Auditorio.- Notario. (N).
Relación argumentativa (Robert Alexy). Libre
composición de la relación notarial.El señor
X tiene libertad de expresarse.
El notario debe ser imparcial ante las razones que se le dan Argumentos deben
ser simétricos y coherentes al ámbito argumentativo.
Comprensión del lenguaje y expresiones de la persona para encontrar el
valorjurídico a tutelar.

Por lo tanto: X..N

Proceso de deducción. Establecer la identidad de la persona y delimitar la relación que tiene con el acto o hecho.

X = X
X-> (a/h-> fn)

Búsqueda de los objetos de acuerdo con el orador buscando los elementos que los oradores asumen como ciertos y reales, como son los hechos, las verdades y las presunciones.

X-> h1 + h2 + v1 + v2

Clasificación y análisis de los objetos que el orador toma como ciertos.
El notario debe poder clasificar estos objetos y búsqueda de falacias o sofismas(término o de ideas) en especial las falacias de atinencia.

N = (X-> h1 + h2 + v1 +v2) = (p)

Calificación y configuración jurídica. Donde determina que la conducta (*p*) corresponde a un presupuesto comprendido dentro de la función notarial y es competente porque la conducta se materializa en el tiempo y espacio establecidos por la norma *(q)*, por lo que puede configurar un silogismo jurídico simple al subsumir la conducta a la norma *(p>q)*.

Iniciamos la aplicación del modelo al transformar el caso en su forma mínima de lógica formal que sería la siguiente:

"X" es una persona con discapacidad intelectual."N"
es notario.
(a/h ->fn) actuación del notario.
(p) conducta.
(q) norma.

Una vez realizada la primera parte consistente en poner en términos lógicosel caso, se debe buscar llegar a un algoritmo que indique si es posible o norealizar la actuación notarial.

Que en términos de la lógica formal se expresa como sigue:X->p= q-
> (a/h->fn)

No obstante, por ser un caso complejo se requiere analizar la norma (q) en diversos niveles iniciando por los Principios Constitucionales que en términos de la lógica formal se expresan de la siguiente manera:

(qPc) Principios Constitucionales.

No obstante, se debe hacer una correcta clasificación de los que son más adecuados al caso en específico por lo que se debe llegar a los siguientes:

(qPc1) La igualdad ante la ley.

(qPc2) La aplicación directa de los tratados en materia de Derechos Humanos delos que los Estados Unidos Mexicanos sean parte.

(qPc3) La imposibilidad de restringir en forma alguna estos derechos, salvo que lamisma Constitución así lo establezca

(qPc4) Señala como una prohibición la discriminación motivada por discapacidad.

La sumatoria de estos argumentos se expresa de la siguiente manera: ε qpc= (qpc1) +(qpc2) +(qpc3) +(qpc4)

Por otro lado, derivado del principio constitucional que mandata la aplicación directa en materia de Derechos Humanos de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte (qPc2) es que por un razonamiento deductivo se debe llegar a la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo del 2008, que se ve traducida de la siguiente manera en términos de la lógica formal:

(qCpd) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidadpublicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo del 2008.

Nuevamente el notario (N) debe de analizar cuáles son los artículos aplicables al caso específico dando como resultado lo siguiente:

(qCp4) Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas. [71]

[71] **(qCp4)** Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas:

1. Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Parte se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

f) Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del Artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados poresos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesosde adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Parte celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Parte en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

(qCpd5) Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas. [72]
(qCpd12) Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[73]
(qCpd13) Artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[74]
(qCpd15) Artículo 15 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[75]

---

[72] **(qCpd5)** Artículo 5 de la Convención Sobre los Derechos De las Personas

1. Los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho aigual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. 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.

3. 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.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

[73] **(qCpd12)** Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos De las Personas.

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

2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados 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.

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

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

[74] **(qCpd13)** Artículo 13 de la Convención Sobre los Derechos De las Personas.

1. Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

[75] **(qCpd15)** Artículo 15 de la Convención Sobre los Derechos De las Personas.

1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

(qCpd16) Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[76] **(qCpd17)** Artículo 17 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[77] **(qCpd19)** Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[78] **(qCpd23)** Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.[79]

---

[76] **(qCpd16)** Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de las Persona

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.
2. Los Estados Parte también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Parte asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.
3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Parte asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.
4. Los Estados Parte tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.
5. Los Estados Parte adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

[77] **(qCpd17)** Artículo 17 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.
Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

[78] **(qCpd19)** Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.
Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:
a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

[79] **(qCpd23)** Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.

Siendo el resultado de la sumatoria de los artículos aplicables y, en consecuencia, de la aplicación de la convención expresada en términos del algoritmo es:

ε qcpd =(qcpd4)+(qcpd5)+(qcpd12)+qcpd13)+(qcpd15)+(qcpd16)+(qcpd17)+(qcpd19)+(qcpd23)

Siguiendo con la jerarquía de leyes el notario continúa su labor en el campo de la lógica formal por medio de la revisión de la **Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.**

(qLgPd) Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

Nuevamente revisa la norma y selecciona los artículos acordes al caso específico que son los siguientes:

(qLgPd2) Artículo 2 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad[80]

---

1. Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:
a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.
2. Los Estados Parte garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.
3. Los Estados Parte asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Parte velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.
4. Los Estados Parte asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedi-

mientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.
5. Los Estados Parte harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

[80] **(qCpd23)** Artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas.
I. Accesibilidad. Las 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;
II. Ajustes Razonables. Se entenderán 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;
III. Asistencia Social. Conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan el desarrollo integral del individuo, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, indefensión, desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva;
IV. Ayudas Técnicas. Dispositivos tecnológicos y materiales que permiten habilitar, rehabilitar ocompensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad;
V. Comunicación. Se entenderá el lenguaje escrito, oral y la lengua de señas mexicana, la visualización de textos, sistema Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivosmultimedia escritos o auditivos de fácil acceso, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios, sistemas y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;
VI. Comunidad de Sordos. Todo aquel grupo social cuyos miembros tienen alguna deficiencia del sentido auditivo que les limita sostener una comunicación y socialización regular y fluida en lengua oral;
VII. Consejo. Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con
Discapacidad;
VIII. Convención. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;
IX. Discapacidad. Es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;
X. Discapacidad Física. Es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;
XI. Discapacidad Mental. A la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;
XII. Discapacidad Intelectual. Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;
XIII. Discapacidad Sensorial. Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

XIV. 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, menoscabar 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;
XV. 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;
XVI. Educación Especial. La educación especial está destinada a individuos con discapacidades transitorias o definitivas, así como a aquellos con aptitudes sobresalientes. Atenderá a los educandos de manera adecuada a sus propias condiciones, con equidad social incluyente y con perspectiva de género;
XVII. Educación Inclusiva. Es la educación que propicia la integración de personas con discapacidad a los planteles de educación básica regular, mediante la aplicación de métodos, técnicas y materiales específicos;
XVIII. Estenografía Proyectada. Es el oficio y la técnica de transcribir un monólogo o un diálogo oral de manera simultánea a su desenvolvimiento y, a la vez, proyectar el texto resultante por medios electrónicos visuales;
XIX. Estimulación Temprana. Atención brindada a niños y niñas de entre 0 y 6 años para potenciar y desarrollar al máximo sus posibilidades físicas, intelectuales, sensoriales y afectivas, mediante programas sistemáticos y secuenciados que abarquen todas las áreas del desarrollo humano, sin forzar el curso natural de su maduración;
XX. Igualdad de Oportunidades. Proceso de adecuaciones, ajustes, mejoras o adopción de acciones afirmativas necesarias en el entorno jurídico, social, cultural y de bienes y servicios, que faciliten a las personas con discapacidad su inclusión, integración, convivencia y participación, en igualdad de oportunidades con el resto de la población;
XXI. Lenguaje. Se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas decomunicación no verbal;
XXII. Lengua de Señas Mexicana. Lengua de una comunidad de sordos, que consiste en una serie de signos gestuales articulados con las manos y acompañados de expresiones faciales, mirada intencional y movimiento corporal, dotados de función lingüística, forma parte del patrimonio lingüístico de dicha comunidad y es tan rica y compleja en gramática y vocabulario como cualquier lengua oral;
XXIII. Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad;
XXIV. Organizaciones. Todas aquellas organizaciones sociales constituidas legalmente para el cuidado, atención o salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad o que busquen apoyar y facilitar su participación en las decisiones relacionadas con el diseño, aplicación y evaluación de programas para su desarrollo e integración social;
XXV (sic DOF 12-07-2018). Registro Nacional de Población con Discapacidad. Porción del Registro Nacional de Población que solicitó y obtuvo la Certificación del Estado con Reconocimiento Nacional que refiere el Artículo 10 de la Ley;
XXVI. Perro guía o animal de servicio. Son aquellos que han sido certificados para el acompañamiento, conducción y auxilio de personas con discapacidad;
XXVII. Persona con Discapacidad. Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás;
XXVIII. Política Pública. Todos aquellos planes, programas o acciones que la autoridad desarrolle para asegurar los derechos establecidos en la presente Ley;
XXIX. Prevención. La adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzcan deficiencias físicas, intelectuales, mentales y sensoriales;
XXX. Programa. El Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad;
XXXI. Rehabilitación. Proceso de duración limitada y con un objetivo definido, de orden médico, social y educativo entre otros, encaminado a facilitar que una persona con discapacidad alcance un nivel físico, mental, sensorial óptimo, que permita compensar la pérdida de una función, así como proporcionarle una mejor integración social;
XXXII. Sistema. Sistema Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad;

(qLgPd4) Artículo 4 Ley General para la Inclusión de las Personas conDiscapacidad.[81]
(qLgPd5) Artículo 5 Ley General para la Inclusión de las Personas conDiscapacidad.[82]

XXXIII. Sistema de Escritura Braille. Sistema para la comunicación representado mediante signos en relieve, leídos en forma táctil por las personas ciegas, y

XXXIV. Transversalidad. Es el proceso mediante el cual se instrumentan las políticas, programas y acciones, desarrollados por las dependencias y entidades de la administración pública, que proveen bienes y servicios a la población con discapacidad con un propósito común, y basados en un esquema de acción y coordinación de esfuerzos y recursos en tres dimensiones: vertical, horizontal y de fondo.

[81] **(qLgPd4)** Artículo 4 Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos que establece el orden
jurídico mexicano, sin distinción de origen étnico, nacional, género, edad, o un trastorno de talla, condición social, económica o de salud, religión, opiniones, estado civil, preferencias sexuales, embarazo, identidad política, lengua, situación migratoria o cualquier otro motivo u otra característica propia de la condición humana o que atente contra su dignidad. Las medidas contra la discriminación tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación comparable.

Las medidas contra la discriminación consisten en la prohibición de conductas que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona, crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo, debido a la discapacidad que ésta posee.

Las acciones afirmativas positivas consisten en apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural.

La Administración Pública, de conformidad con su ámbito de competencia, impulsará el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a través del establecimiento de medidas
contra la discriminación y acciones afirmativas positivas que permitan la integración social de las personas con discapacidad.

Será prioridad de la Administración Pública adoptar medidas de acción afirmativa positiva para aquellas personas con discapacidad que sufren un grado mayor de discriminación, como son las mujeres, las personas con discapacidad con grado severo, las que viven en el área rural, o bien, no pueden representarse a sí mismas.

[82] **(qLgPd5)** Artículo 5 de la Ley General para la Inclusión de Las Personas con Discapacidad.

Los principios que deberán observar las políticas públicas, son:

I. La equidad;

II. La justicia social;

III. La igualdad de oportunidades;

IV. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad;

V. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas;

VI. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

VII. El respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

VIII. La accesibilidad;

IX. La no discriminación;

X. La igualdad entre mujeres y hombres con discapacidad;

XI. La transversalidad, y

XII. Los demás que resulten aplicables.

(qLgPd18) Artículo 18 Ley General para la Inclusión de las Personas conDiscapacidad[83]
(qLgPd28) Artículo 28 Ley General para la Inclusión de las Personas conDiscapacidad[84]

Siendo la sumatoria de los artículos aplicables la siguiente:

ε qlgpd= (qlgpd2) +(qlgpd4) +(qlgpd5) +(qlgpd18) +(qlgpd28)

El notario repite nuevamente la operación ahora con la ley específica quees la **Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista.**

(qLgapEA) Ley General para la Atención y Protección a Personas con laCondición del Espectro Autista.

Seleccionando los artículos correspondientes y haciendo su traducción al lenguaje de la lógica formal.

(qLgapEA3) Artículo 3 Ley General para la Atención y Protección a Personas conla Condición del Espectro Autista.[85]

---

[83] **(qLgPd18)** Artículo 18. Ley General para la Inclusión de Las Personas con Discapacidad.
Las personas con discapacidad tienen derecho a una vivienda digna. Los programas de vivienda del sector público o sector privado deberán incluir proyectos arquitectónicos de construcciones que consideren sus necesidades de accesibilidad. Las instituciones públicas de vivienda otorgarán facilidades para recibir créditos o subsidios para la adquisición, redención de pasivos y construcción o remodelación de vivienda.

[84] **(qLgPd28)** Artículo 28 de la Ley General para la Inclusión de Las Personas con Discapacidad. Las personas con discapacidad tendrán derecho a recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales en que sean parte, así como asesoría y representación jurídica en forma gratuita en dichos procedimientos, bajo los términos que establezcan las leyes respectivas.

[85] **(qLgapEA3)** Artículo 3 de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista. Para los efectos de esta Ley se entiende por:
I. Asistencia social: Conjunto de acciones tendentes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impiden el desarrollo integral del individuo, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, indefensión, desventaja física o mental,hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva;
II. Barreras socioculturales: Actitudes de rechazo e indiferencia por razones de origen étnico, género, edad, discapacidad, condición social, entre otras, debido a la falta de información, prejuicios y estigmas por parte de los integrantes de la sociedad que impiden su incorporación y participación plena en la vida social;
III. Certificado de habilitación: Documento expedido por autoridad médica especializada,

reconocida por esta ley, donde conste que las personas con la condición del espectro autista se encuentran aptas para el desempeño de actividades laborales, productivas u otras que a sus intereses legítimos convengan;

IV. Comisión: Comisión Intersecretarial para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista;

V. Concurrencia: Participación conjunta de dos o más dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, o bien, de los Estados, el Distrito Federal y los municipios que, de acuerdo con los ámbitos de su competencia, atienden la gestión y, en su caso, la resolución de un fenómeno social;

VI. Derechos Humanos: Aquellos derechos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte y que se caracterizan por garantizar a las personas, dignidad, valor, igualdad de derechos y oportunidades, a fin de promover el proceso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad con estricto apego a los principios Pro persona, Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad;

VII. Discapacidad: Concepto en permanente evolución como resultado de la compleja 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;

VIII. Discriminación: Cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los Derechos Humanos, garantías y libertades fundamentales;

IX. Habilitación terapéutica: Proceso de duración limitada y con un objetivo definido de orden médico, psicológico, social, educativo y técnico, entre otros, a efecto de mejorar la condición física y mental de las personas para lograr su más acelerada integración social y productiva;

X. Inclusión: Cuando la sociedad actúa sin discriminación ni prejuicios e incluye a toda persona, considerando que la diversidad es una condición humana;

XI. Integración: Cuando un individuo con características diferentes se integra a la vida social al contar con las facilidades necesarias y acordes con su condición;

XII. Personas con la condición del espectro autista: Todas aquellas que presentan una condición caracterizada en diferentes grados por dificultades en la interacción social, en la comunicación verbal y no verbal, y en comportamientos repetitivos;

XIII. Secretaría: Secretaría de Salud;

XIV. Sector social: Conjunto de individuos y organizaciones que no dependen del sector público y que son ajenas al sector privado;

XV. Sector privado: Personas físicas y morales dedicadas a las actividades preponderantemente lucrativas y aquellas otras de carácter civil distintas a los sectores público y social;

XVI. Seguridad jurídica: Garantía dada al individuo por el Estado de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos; o que, si estos llegaran a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos;

XVII. Seguridad social: Conjunto de medidas para la protección de los ciudadanos ante riesgos, con carácter individual, que se presentan en uno u otro momento de sus vidas, en el nacimiento, por un accidente o en la enfermedad;

XVIII. Sustentabilidad ambiental: Administración eficiente y racional de los bienes y servicios ambientales, a fin de lograr el bienestar de la población actual, garantizar el acceso a los sectores más vulnerables y evitar comprometer la satisfacción de las necesidades básicas y la calidad de vida de las generaciones futuras, y

XIX. Transversalidad: Diversas formas de coordinación no jerárquica utilizadas para el diseño e implementación de políticas públicas, así como para la gestión y provisión de servicios públicos, que exige articulación, bilateral o multilateral, dentro de las atribuciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y sus correlativas administraciones públicas locales y municipales.

(qLgapEA6) Artículo 6 Ley General para la Atención y Protección a Personas conla Condición del Espectro Autista[86]
(qLgapEA10) Artículo 10 Ley General para la Atención y Protección a Personascon la Condición del Espectro Autista.[87]

[86] **(qLgapEA6)** Artículo 6. Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista. Los principios fundamentales que deberán contener las políticas públicas en materia del fenómeno autístico, son:
I. Autonomía: Coadyuvar a que las personas con la condición del espectro autista se puedan valer por sí mismas;
II. Dignidad: Valor que reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, comolo son las personas con la condición del espectro autista;
III. Igualdad: Aplicación de derechos iguales para todas las personas, incluidas aquellas que se encuentran con lacondición del espectro autista;
IV. Inclusión: Cuando la sociedad actúa sin discriminación ni prejuicios e incluye a las personas con la condición del espectro autista, considerando que la diversidad es una condición humana;
V. Inviolabilidad de los derechos: Prohibición de pleno derecho para que ninguna persona u órgano de gobierno atente, lesione o destruya los Derechos Humanos ni las leyes, políticas públicas y programas en favor de las personas con la condición del espectro autista;
VI. Justicia: Equidad, virtud de dar a cada uno lo que le pertenece o corresponde. Dar a las personas con la condición del espectro autista la atención que responda a sus necesidades y a sus legítimos DerechosHumanos y civiles;
VII. Libertad: Capacidad de las personas con la condición del espectro autista para elegir los medios para su desarrollo personal o, en su caso, a través de sus familiares en orden ascendente o tutores;
VIII. Respeto: Consideración al comportamiento y forma de actuar distinta de las personas con la condición del espectro autista;
IX. Transparencia: El acceso objetivo, oportuno, sistemático y veraz de la información sobre la magnitud, políticas, proramas y resultados de las acciones puestas en marcha por las autoridades participantes en la gestión y resolución del fenómeno autista, y
X. Los demás que respondan a la interpretación de los principios rectores en materia de Derechos Humanos contenidosen el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

[87] **(qLgapEA10)** Artículo 10 de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista. Se reconocen como derechos fundamentales de las personas con la condición del espectro autista y/o de sus familias, en los términos de las disposiciones aplicables, los siguientes:
I. Gozar plenamente de los Derechos Humanos que garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes aplicables;
II. Recibir el apoyo y la protección de sus derechos constitucionales y legales por parte del Estado Mexicano –federación, entidades federativas y municipios–;
III. Tener un diagnóstico y una evaluación clínica temprana, precisa, accesible y sin prejuicios de acuerdo con los objetivos del Sistema Nacional de Salud;
IV. Solicitar y recibir los certificados de evaluación y diagnóstico indicativos del estado en que se encuentren laspersonas con la condición del espectro autista;
V. Recibir consultas clínicas y terapias de habilitación especializadas en la red hospitalaria del sector público federal, de las entidades federativas y municipios, así como contar con terapias de habilitación;
VI. Disponer de su ficha personal en lo que concierne al área médica, psicológica, psiquiátrica y educativa, al igual que delos certificados de habilitación de su condición, al momento en que les sean requeridos por autoridad competente;

(qLgapEA17) Artículo 17 Ley General para la Atención y Protección a Personascon la Condición del Espectro Autista.[88]

VII. Contar con los cuidados apropiados para su salud mental y física, con acceso a tratamientos y medicamentos de calidad, que les sean administrados oportunamente, tomando todas las medidas y precauciones necesarias;
VIII. Ser inscritos en el Sistema de Protección Social en Salud, conforme a lo establecido en la Ley General de Salud;
IX. Recibir una educación o capacitación basada en criterios de integración e inclusión, tomando en cuenta sus capacidades y potencialidades, mediante evaluaciones pedagógicas, a fin de fortalecer la posibilidad de una vida independiente;
X. Contar, en el marco de la educación especial a que se refiere la Ley General de Educación, con elementos que faciliten su proceso de integración a escuelas de educación regular;
XI. Acceder a los programas gubernamentales para recibir alimentación nutritiva, suficiente, de calidad, y de acuerdo a las necesidades metabólicas propias de su condición;
XII. A crecer y desarrollarse en un medio ambiente sano y en armonía con la naturaleza;
XIII. Ser sujetos de los programas públicos de vivienda, en términos de las disposiciones aplicables, con el fin de disponer de vivienda propia para un alojamiento accesible y adecuado;
XIV. Participar en la vida productiva con dignidad e independencia;
XV. Recibir formación y capacitación para obtener un empleo adecuado, sin discriminación niprejuicios;
XVI. Percibir la remuneración justa por la prestación de su colaboración laboral productiva, que les alcance paraalimentarse, vestirse y alojarse adecuadamente, así como también para solventar cualquier otra necesidad vital, en los términos de las disposiciones constitucionales y de las correspondientes leyes reglamentarias;
XVII. Utilizar el servicio del transporte público y privado como medio de libre desplazamiento;
XVIII. Disfrutar de la cultura, de las distracciones, del tiempo libre, de las actividades recreativas y deportivas que coadyuven a su desarrollo físico y mental;
XIX. Tomar decisiones por sí o a través de sus padres o tutores para el ejercicio de sus legítimos derechos;
XX. Gozar de una vida sexual digna y segura;
XXI. Contar con asesoría y asistencia jurídica cuando sus Derechos Humanos y civiles les sean violados, para resarcirlos, y
XXII. Los demás que garanticen su integridad, su dignidad, su bienestar y su plena integración a la sociedad de acuerdocon las distintas disposiciones constitucionales y legales.

[88] **(qLgapEA17)** Artículo 17 de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista. Queda estrictamente prohibido para la atención y preservación de los derechos de las personas con la condición del espectro autista y sus familias:
I. Rechazar su atención en clínicas y hospitales del sector público y privado;
II. Negar la orientación necesaria para un diagnóstico y tratamiento adecuado, y desestimar el traslado de individuos a instituciones especializadas, en el supuesto de carecer de los conocimientos necesarios para su atención adecuada;
III. Actuar con negligencia y realizar acciones que pongan en riesgo la salud de las personas, así como aplicar terapias riesgosas, indicar sobre-medicación que altere el grado de la condición u ordenar internamientos injustificados en instituciones psiquiátricas;
IV. Impedir o desautorizar la inscripción en los planteles educativos públicos y privados;
V. Permitir que niños y jóvenes sean víctimas de burlas y agresiones que atenten contra su dignidad y estabilidad emocional por parte de sus maestros y compañeros;
VI. Impedir el acceso a servicios públicos y privados de carácter cultural, deportivo, recreativo, así como detransportación;
VII. Rehusar el derecho a contratar seguros de gastos médicos;

Siendo la sumatoria de los artículos de esta ley la siguiente.

ε qLgapEA=(qLgapEA3) +(qLgapEA6) +) qLgapEA10) +(qLgapEA17)

Terminado esta parte el notario puede llegar a una conclusión parcial pues ya tiene un resultado que se expresa de la siguiente manera:

(*q1*)= (ε qpc)+ (ε qcpd) +(ε qlgpd)+(ε qLgapEA)

No obstante, el notario requiere de validación y comprobación al ser un caso difícil por lo que busca validación en la doctrina de diversos autores que se han expresado al caso de manera analógica y que se ve expresado de la siguientemanera:

ValDoct = Autores

DOCTRINA: Doct

Julien Bonnecase.- JBNN (Doct)
JBNN (Doct1)

Primeramente, los derechos familiares, que comprenden temas tan relevantes para nuestro ensayo como son parentesco y filiación, alimentos, matrimonio y obviamente tutela a lo que el autor llama primer ciclo social.

JBNN (Doct2)

En segundo término, pero no de menor importancia los derechospatrimoniales que los subdivide, a su vez, en derechos reales y derechos de crédito. Esta división toca temas torales como la propiedad y el otorgamiento decrédito, a lo que el autor llama segundo ciclo social.

VIII. Denegar la posibilidad de contratación laboral a quienes cuenten con certificados de habilitación expedidos por la autoridad responsable señalada en esta Ley, que indiquen su aptitud para desempeñar dicha actividad productiva;
IX. Abusar de las personas en el ámbito laboral;
X. Negar la asesoría jurídica necesaria para el ejercicio de sus derechos, y
XI. Todas aquellas acciones que atenten o pretendan desvirtuar lo dispuesto en la presente Ley y los demás ordenamientos aplicables.

JBNN (Doct3)

Al primer ciclo de derecho de familia le da un carácter exclusivamente personal por lo que señala como ejemplos: La potestad marital o de patria potestad, y los demás de carácter patrimonial exclusivos (alimentos, usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos).

El segundo ciclo tiene como eje toral el patrimonio al que parafraseo como símbolo y expresión de la acción de cada individuo o colectividad sobre los recursos que le rodean, es decir, la acción de la persona sobre los bienes de los cuales se puede aprovechar.

Por otra parte, y de manera contundente el maestro Bonnecase ilumina el principio pro persona al decir:

> *"...definimos a la persona o sujeto de derecho como un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica" esta claridad se manifestara más adelante en nuestro ensayo al aplicar de manera concreta en los instrumentos jurídico notariales el principio pro persona".*

JBNN (Doct4)

Pero regresemos al concepto de capacidad en palabras del maestro Bonnecase quien nos señala la diferencia entre la capacidad de goce y de ejercicio.

> "*Es fácil, después de estas explicaciones, definir la capacidad. Este término designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida. La capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio".*

Continúo citando.

> *"La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve ya reproducida, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de capacidad de goce se identifica pues, en el fondo, con la noción de personalidad".*

JBNN (Doct5)

Por lo tanto la capacidad de goce es inherente a la persona, intentar negar esta capacidad trae consecuencias tan graves como los genocidios ocurridos no solo en la Alemania Nazi, sino en diversas partes del mundo. Donde se despoja alser humano de todo valor y, por lo tanto, no es sujeto de ninguna protección jurídica y menos al acceso a la justicia.

La capacidad de ejercicio es un concepto difícil y arbitrario, no tanto en la teoría sino en sus alcances legislativos como lo señala la doctrina clásica francesa en esta ocasión en palabras de Marcel Planiol y Georges Ripert.

> *"...La incapacidad de una persona es a veces obra arbitraria de la ley, por ejemplo,la incapacidad de los condenados a una pena criminal que durante la pena se encuentran en interdicción legal, y también la incapacidad de la mujer casada o pródiga".*

Siendo la sumatoria de la doctrina aplicable la siguiente:

ε JBNN[Doct]= JBNN(Doct1) +JBNN(Doct2) +JBNN(Doct3) +JBNN(Doct4)

La misma operación se realiza con **Marcel Planiol y Georges Ripert.- MP/GR (Doct)**

MP.GR (Doct1)

La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectovamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes adicha situación, siempre por sí misma.

Como hicimos tratándose de la capacidad de goce podemos usar una fórmula más breve y decir que la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma.

La capacidad de ejercicio es la que se ve afectada directamente por el concepto de incapacidad jurídica, por lo tanto, debe ser revisado a profundidad, la incapacidad y sus

causas son excepciones a la regla general del orden jurídico en un régimen democrático. En la doctrina francesa el autor en cita encontramos tres categorías que hoy han sido superadas, pero que al estudiarlas encontramos directrices valiosas.

Causas de incapacidad. Estas causas se agrupan en tres categorías, segúnla idea de que se derivan y que las hace ser tomadas en consideración por el legislador:

1. La voluntad de proteger a la persona: La edad, la locura, la imbecilidad;
2. La idea de pena: Incapacidades accesorias a determinadas condenaspenales;
3. La concepción de la organización familiar: Incapacidad de la mujercasada.

MP.GR (Doct2)

Los maestros franceses Marcel Planiol y Georges Ripert a estas directrices les llaman medios, consideran que es la manera de cómo se concreta el derecho de las personas incapaces.

MP.GR (Doct3)

La forma de protección empleada con los incapaces, depende de la extensión de su incapacidad. Ésta puede ser mayor o menor, puede existir en dos grados diferentes. Algunas personas están afectadas de una incapacidad tal que nada pueden hacer por sí mismas.

Están totalmente privadas de actuar jurídicamente, por tanto, es necesario que los actos en que estén interesadas se realicen en su nombre por una persona capaz, quien los representará, sin que los incapaces tomen parte en ellos…Menos intensa es la incapacidad respecto a otras personas.

Hay incapaces que en cierta medida pueden comprender el alcance de sus actos. Estos no necesitan ser representados por otra persona. Pueden actuar por sí mismos y solamente necesitan ser autorizados por alguien que los asista o vigile.

MP.GR (Doct4)

Al que representa a los incapaces de la primera categoría se llama tutor o administrador. La tutela de los menores es el tipo de la forma adoptada para proteger a los incapaces que necesitan ser representados.

La persona encargada de autorizar los actos celebrados por los incapaces de la segunda categoría se llama curador o asesor. El curador no administra y no obra por sí mismo; todo su papel se limita a dar o negar su consentimiento paralos diferentes actos realizados por el incapaz.

Siendo la sumatoria de los argumentos doctrinales el siguiente:

℮MP.GR [Doct]=MP.GR(Doct1) +MP.GR(Doct2) +MP.GR(Doct3) +MP.GR(Doct4)

Por último, pero no menos importante se realiza la misma operación con la doctrina del maestro Eduardo García Villegas. – EGV (Doct)

Siendo la sumatoria de la doctrina y consecuente validación doctrinal la siguiente:

ValDoct= (℮ JBNN(Doct)) + (℮MP.GR (Doct))

El caso expuesto requiere de mayor profundidad, por lo tanto, es necesario la confirmación que se da por medio de los CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE que se indican de la siguiente manera.

Conf (SCJN)

SCJN159/2013
"MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD DE DIRECTRICES
PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ESTADO DE INTERDICCIÓN
A LA CIUDAD DE MÉXICO"

1.- SCJN, PRIMERA SALA, AMPARO EN REVISIÓN 159/2013, 16 DE OCTUBREDE 2013 (ANEXO 1)

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CONSAGRA EL ESQUEMA DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES. Diciembre 2013. Y diversos.

SCJN1368/2015
PERSONAS CON DISCAPACIDAD "LA FIGURA DE "ESTADO DE INTERDICCIÓN" NO ES ARMONIZABLE CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD" Mayo de 2019.

2.- SCJN, PRIMERA SALA, AMPARO EN REVISIÓN 1368/2015, 13 DE MARZODE 2019 (ANEXO 2)

SCJN702/2018
"DERECHO A LA PARTICIPACIÓN A LA VIDA POLÍTICA Y PÚBLICA"

3.- SCJN, PRIMERA SALA, AMPARO EN REVISIÓN 702/2018, 11 DESEPTIEMBRE DE 2019 (ANEXO 3)

SCJN35/2014
"DERECHO A LA EDUCACIÓN"

4.- SCJN, PRIMERA SALA, AMPARO DIRECTO 35/2014, 15 DE MAYO DE 2015 (ANEXO 4)

SCJN714/2017
"EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE IMPEMENTAR AJUSTESRAZONABLES"

5.- SCJN, SEGUNDA SALA, AMPARO EN REVISIÓN 714/2017, 3 DE OCTUBREDE 2018 (ANEXO 5)

SCJN251/2016
"DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL"

6.- SCJN, SEGUNDA SALA, AMPARO EN REVISIÓN 251/2016, 15 DE MAYO DE 2019 (ANEXO 6)

SCJN3788/2017
"DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA"

7.- SCJN, PRIMERA SALA, AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 3788/2017, 9 DEMAYO DE 2018 (ANEXO 7)

SCJN4441/2018
"AJUSTES DE PROCEDIMIENTOS"

8.- SCJN, PRIMERA SALA, AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 4441/2018, 28 DENOVIEMBRE DE 2018 (ANEXO 2)

ßCJN=(SCJN159/2013)+SCJN=(SCJN1368/2015)+SCJN=(SCJN702/2018)+SCJN =(SCJN35/2014)+SCJN=(SCJN714/2017)+SCJN=(SCJN251/2016)+SCJN=(SCJN 3788/2017)+SCJN=(SCJN4441/2018)

Una vez que el notario ha completado el silogismo jurídico y ha concluido que es posible su actuación, está respaldada y confirmada con los elementos que la lógica formal nos da, es que el notario puede pasar a la etapa instrumental.

Al ser este un caso difícil implica hacer uso de herramientas de la argumentación jurídica (teoría estándar de la argumentación en especial la teoría de Neil MacCormick), al integrar en el algoritmo los antecedentes judiciales y la doctrina, se obtiene certeza en la calificación y configuración notarial, ahora se debe tener certeza en la interpretación, en la relevancia y generar un documento que genere prueba plena.

Por lo tanto, el instrumento notarial requiere que sea redactado haciéndose los ajustes necesarios y se mantengan las salvaguardas jurídicas respecto a la persona con una discapacidad intelectual o mental.

Es decir, el notario tiene que adaptar su función instrumental para que su redacción se adapte a las necesidades de la persona con discapacidad pasando de una redacción simple a una redacción de un documento de fácil lectura conforme a los lineamientos de la guía europea de documentos de fácil lectura de la ILSMH que señalan que la redacción debe ser conforme a los siguientesprincipios:

1. Uso de lenguaje sencillo y directo;

2. Una idea principal por enunciado;

3. Evitar el uso de lenguaje, abreviaciones e iniciales;

4. Usar una estructura lógica que sea clara y fácil de seguir.

El notario de esta forma tiene un marco conceptual para materializar su instrumento.

No obstante, en este punto el notario requiere nuevamente de las herramientas de la argumentación jurídica. Conforme con la Teoría de Toulmin, el notario debe nuevamente estar seguro que el instrumento plasme los argumentos de los comparecientes, que estas razones han sido validadas y garantizadas por el escrutinio de un tercero imparcial con la finalidad de generar una prueba plena.

En el caso concreto de una discapacidad intelectual o mental el notario para poder validar y garantizar los argumentos (Toulmin) requiere de la intervención de por lo menos un profesional imparcial para auxiliar a la elaboración del instrumento.

Nos referimos a un médico especialista en la discapacidad intelectual como puede ser un psiquiatra o en su caso personal médico con las credencialessuficientes, quien emitirá un diagnótico que permita al notario tener los siguientes elementos:

a) Tipo de discapacidad;
b) Saber si el padecimiento le genera una discapacidad permanente opasajera;
c) Grado de entendimiento de las consecuencias de sus propios actos;
d) Grado de entendimiento de discursos escritos (capacidad lectora);
e) Nivel de interacción y/o funciones de comunicación.

Con este diagnóstico (diagnóstico válido legal) el notario podrá hacer las adecuaciones necesarias y tomar las salvaguardas que requiere su instrumento.

Pero para los fines de esta investigación debemos traducir el diagnóstico a términos de un silogismo para que pueda ser alimentado el algoritmo.

Diagnostico válido legal= Digvaleg.

Digvaleg= (Tdisc) + (Disc P/Pas) + (Cons) + (Cap lect) + (Func com)

Al redactar hará uso de la guía europea de fácil lectura en un primerborrador donde nuevamente hará uso de la argumentación jurídica en su teoría de actos del habla y de comunicación, buscará que al dar lectura al borrador del instrumento, éste sea conforme a una correcta relación argumentativa (Robert Alexy) y que tenga las siguientes características:

1. Libre composición de la relación notarial;

2. El señor X tiene libertad de expresarse independientemente en el grado que su discapacidad le permita;

3. El notario debe ser imparcial ante las razones que se le dan sin ser llamado a falacias;

4. Los argumentos deben ser simétricos y coherentes al ámbito argumentativo con independencia de la discapacidad;

5. El instrumento cumple y se adapta a la comprensión del lenguaje y expresiones de la persona. Se respetan el o los valores jurídicos a tutelar como son el libre consentimiento y la manifestación de la voluntad;

6. El instrumento plasma los elementos que los oradores asumen como ciertos y reales, como son los hechos, las verdades y las presunciones.

Que han sido verificados por el notario y plasmados en su instrumento.

Con estas adaptaciones al proceso notarial es que el notario haciendo uso de las herramientas de la argumentación jurídica puede resolver un problema complejo.

A manera de resumen es que se pone el siguiente esquema con las adaptaciones al caso expuesto.

Etapa I

Rogación: Por parte de una persona con discapacidad intelectual o mental.Comprende: La composición de la Relación Notarial.
Número de comparecencia: Primera comparecencia.

Fase I

Actividades de tipo práctica forenses: Escucha, Interpreta, Aconseja.

Escucha: Se percata el notario que es una persona con discapacidad de tipo intelectual o mental en algún grado aún indeterminado.

Interpreta: La persona con discapacidad manifiesta su deseo en los términos y por los medios que le son posibles. Este mensaje es tomado por el notario para ser interpretado en términos jurídicos.

Aconseja: Validando el mensaje el notario lleva la voluntad de la persona con discapacidad y tutela que la voluntad sea lo más conveniente para la persona y para su realidad jurídica.

Actividades de tipo jurídicas: Califica, Configura y Legitima de manera previa.
En este punto hace uso de los algoritmos que proponemos que son:

Fase II

Actividades de tipo práctica forenses al interior de la notaría y a las autoridades respectivas: Solicita el Diagnóstico válido legal.

Actividades de tipo jurídicas: Califica, Configura y Legitima de manera definitiva por medio de la revisión de los algoritmos.

Etapa II
Redacción, Autorización.

Comprende: La redacción del instrumento y su autorización.

Redacta conforme a los lineamientos.

Valida preventivamente que la redacción sea acorde al diagnóstico válido legal y realiza los ajustes necesarios.

Número de comparecencia: Segunda comparecencia.

Fase I

Actividades de tipo práctica forenses: Redacta, relaciona documentos.

Plasma en su protocolo la última versión del documento pues ya han sido verificados y realizadas las salvaguardas que nos da el Diagnóstico válido legal.

Actividades de tipo jurídicas: Legitima, Legaliza y Autoriza preventivamente. Estas actividades se hacen conforme el resultado del algoritmo y se plasman directamente en el instrumento conforme a la redacción en los términos quehemos expresado.

Etapa III
Reproducción - Conservación.

Comprende: La emisión de testimonios y la conservación física del protocolo.

Fase I

Actividades de tipo práctica forenses: Reproduce y Conserva.Síntesis.

El algoritmo completo es la suma de un algoritmo simple que debe ser respaldado por garantías de la doctrina, los criterios judiciales y la valoración objetiva de uno o varios profesionales de la salud.

CONCLUSIONES

La argumentación y la lógica jurídica son herramientas del pensamiento que auxilian la función notarial al crear un sistema lógico, secuenciado y, por ende, programable en un lenguaje informático.

Esta herramienta puede ser usada para resolver casos difíciles donde la legislación no se clara en cuanto a determinar de una manera precisa la actuación notarial como es el caso de las personas con discapacidad mental o intelectual. Otra de las ventajas de esta herramienta del pensamiento es que se puede adaptar a cualquier legislación donde exista el notario de tipo latino.

BIBLIOGRAFIA

DERECHO NOTARIAL
ÁVILA ALVAREZ, PEDRO, ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL, ED. MONTECORVO, S.A. 1973.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLÁN, DERECHO NOTARIAL, MÉXICO, ED.CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, 1984.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLÁN, FUNDAMENTOS DEL DERECHO NOTARIAL, MÉXICO, ED. SISTA, 1992.

CARRAL Y DE TERESA, LUIS, DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL, MÉXICO, ED. PORRUA, 1997.

CARRAL Y DE TERESA, LUIS, LA PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA JURÍDICA, CONFERENCIA PRONUNCIADA EL 3 DE JUNIO DE 1964 EN EL ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MÉXICO.

CASTAN TOBEÑAS JOSÉ, LA FUNCIÓN NOTARIAL Y ELABORACIÓN NOTARIAL DEL DERECHO, ED. INSTITUTO EDITORIAL REUS, S.A., 1946.

GAETE GONZÁLEZ, EUGENIO ALBERTO, INSTRUMENTO PÚBLICO ELECTRÓNICO, ED. BOSCH, 2000

GARCÍA AMOR, JUAN ANTONIO CUAUHTÉMOC, HISTORIA DEL DERECHO NOTARIAL, ED. TRILLAS. 2000.

GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, DERECHO NOTARIAL, ED. DYKINSON, 1992.

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, AGUSTO, LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN LA UNIÓN EUROPEA, ED. COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, 1999.

GONZÁLEZ, CARLOS EMÉRITO, TEORÍA GENERAL DEL INSTRUMENTO PÚBLICO,

IBARRA SÁNCHEZ, NINFA HILDA, LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL DERECHO MEXICANO, ED. ÓPTIMA, 1999.

LARRAUD, RUFINO, CURSO DE DERECHO NOTARIAL, ED. DEPALMA, 1966.

MARTÍNEZ SEGOVIA, FRANCISCO, FUNCIÓN NOTARIAL, ED. EDICIONESJURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA, 1961.

MENGUAL MENGUAL, JOSÉ MARIA, ELEMENTOS DE DERECHO NOTARIAL,EN TOMO I, II, ED.LIBRERIA BOSCH, RONDA DE LA UNIVERSIDAD 11 NON.

MORALES ALCOCER, PASCUAL, EL NOTARIO EN SU FUNCIÓN, ED. PROPIA,2002.

MORALES, FRANCISCO DE P. EL NOTARIO SU EVOLUCIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES, ED. ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, 1994.

MORALES, FRANCISCO DE P. DERECHO NOTARIAL MEXICANO, ED.ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, 2000.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, DERECHO NOTARIAL,MÉXICO, ED. PORRUA, 1997.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, ICONOGRAFÍA NOTARIAL MEXICANA, MÉXICO, ED. UNIVERSIDAD ANÁHUAC, 1998.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, ÉTICA NOTARIAL, MÉXICO, ED. PORRÚA, 1996

RÍOS HELLIG, JORGE, LA PRÁCTICA DEL DERECHO NOTARIAL, MÉXICO,ED. MCGRAW HILL, 1997.

SAVRANSKY, MOISES JORGE, FUNCIÓN Y RESPONSABILIDAD NOTARIAL, ED. ABELEDO-PERROT, 1962.

ZINNY, MARIO ANTONIO, EL ACTO NOTARIAL, ÉTICA, DEONTOLOGIA,LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. ED. DE PALMA, 1990.

ALEXY, ROBERT, TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURÍDICA, LA TEORÍA DEL DISCURSO RACIONAL, ED. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES 2007.

AGUIRRE ANGUIANO, JOSÉ LUIS, ÉTICA Y DEONTOLOGÍA NOTARIAL, ED. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA COMP. DE TESIS 2011.

ATIENZA, MANUEL, LAS RAZONES DEL DERECHO, ED. UNAM 2005.

CÁRDENAS GARCÍA, JAIME FERNANDO, LA ARGUMENTACIÓN COMODERECHO, ED. UNAM 2005.

CARRASCO FERNÁNDEZ, FELIPE MIGUEL, ARGUMENTACIÓN, ESTUDIOSENTORNO A, TOMO I, II, III, IV ED. POPOCATEPETL, 2009.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA JURÍDICA, ED. COLOFÓN 2006.

HERNÁNDERZ FRANCO, JUAN ABELARDO, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ED. OXFORD UNIVERSITY 2010.

HERNÁNDEZ FRANCO, JUAN ABELARDO, DIALÉCTICA Y RACIONALIDAD JURÍDICA. ED. PORRUA. 2006.

JAÑEZ BARRIOS, TARSICIO, LÓGICA JURÍDICA, ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN, ED. UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRES BELLO 2008.

MORESO I MATEOS, JOAN JOSEPH, LÓGICA, ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO. ED.UOC 2006

OTERO PRAGA, MILAGROS, CUESTIONES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ED. PORRUA 2006.

PLATAS PACHECO, MARÍA DEL CARMEN, FILOSOFÍA DEL DERECHO, ANALOGÍA DE PROPORCIONALIDAD, ED. PORRUA. 2007.

PLATTS, MARK, LA ÉTICA A TRAVÉS DE SU HISTORIA, ED. UNAM 1988.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. ÉTICA DEL NOTARIO YDEL ASPIRANTE, ED. PORRUA 2008

PÉREZ VALERA, VÍCTOR MANUEL, DEONTOLOGÍA JURÍDICA, ED. OXFORD UNIVERSITY. 2011

PÉREZ VALERA, VÍCTOR MANUEL, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ED. OXFORD UNIVERSITY 2011.

PUY MUÑOZ FRANCISCO Y PORTELA JORGE GUILLERMO, LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, PROBLEMAS DE CONCEPTO, MÉTODO Y APLICACIÓN, ED. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2004.

RIBEIRO TORAL, GERARDO, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ED. PLAZA Y VALDES 2003.

ROJAS AMANDI, VÍCTOR MANUEL, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ED. OXFORD UNIVERSITY 2011

SÁREZ ROMERO, MIGUEL ÁNGEL, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ED. UNAM2009.

TRUEBA BUENFIL, FERNANDO, DEONTOLOGÍA, ED. COLEGIO DE NOTARIO DEL ESTADO DE MÉXICO 2012.

VÁZQUEZ SÁNCHEZ, OMAR, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICASOBRE LA JUSTIFICACION DE LAS DECISIONES JUDICIALES, ED, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, RAZONAMIENTO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ED. UNAM 2007.

PROPUESTA JURÍDICO NOTARIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y CON LA CONDICIÓN DENTRO DEL ESPECTRO AUTISTA Y CON OTRAS FORMAS DE DISCAPACIDAD

M.D. JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA
NOTARIO 60 DEL ESTADO DE MÉXICO

Sumario

INTRODUCCIÓN

1. REVISIÓN DEL MARCO JURÍDICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y CON LA CONDICIÓN DENTRO DEL ESPECTRO AUTISTA.

2. CONCEPTO DE CAPACIDAD Y TUTELA, EN LA DOCTRINA. LAS TESIS EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

3. INSTRUMENTOS NOTARIALES A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

CONCLUSIONES

RESUMEN

En el presente trabajo se genera un marco referencial del orden jurídico mexicano en materia de discapacidad. Además, se genera una serie de recomendaciones para la redacción de instrumentos notariales que tiene como finalidad atender a las familias que tienen uno o varios de sus miembros con alguna discapacidad.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es el resultado de la práctica de la función notarial atendiendo a personas con discapacidad y a familias con alguno o algunos de sus miembros con discapacidad. En esta experiencia de casi 3 años he podido identificar los errores y los aciertos que cometemos los notarios al atender a las personas con discapacidad, así como a sus familias.

Durante este tiempo he podido generar un marco conceptual que permite identificar de manera práctica las necesidades que deben ser atendidas por los notarios.

El primer caso de este marco conceptual se trata de familas, normalmente madres jefas de familia que en las asesorias hacen la pregunta: "¿Cuándo yo falte qué va a pasar con mi hijo (a)?" Y la segunda pregunta más frecuente es: "¿Qué pasaría si yo no puedo cuidarlo?".

El segundo caso se trata de atender a las personas con discapacidad motrizo sensorial donde el notario y su personal debe tener la sensibilidad y la infraestructura para atender a las personas con este tipo de discapacidad en un marco de respeto y otorgándoles las facilidades para que puedan ejercer sus derechos en el marco de la justicia cotidiana.

El tercer caso es cuando quien viene a otorgar un acto es una persona que tienen una discapacidad mental o intelectual para lo cual he desarrollado una herramienta conceptual que permite al notario valorar su actuación.

En este trabajo me referiré al escenario número dos donde acude por lo general una madre de familia con el notario buscando tranquilidad y protección para ella y para su hijo o hijos con discapacidad, de tal manera que el lector tenga un marco conceptual, además de modelos de instrumentos notariales quepermitan atender esta necesidad.

No huelga resaltar que estos modelos de instrumentos son los que se han usado a lo largo de casi 3 años, donde he aprendido gracias a la licenciada Mariana Armendáriz Azuela quien me permitió escuchar a las familias con discapacidad y entender que el notario ante estas familias debe ser aún más empático.

Comprender que no todas las familias, ni todas las madres jefas de familia están listas para poder hacer un testamento o un instrumento de voluntad anticipada, aún no pueden superar la realidad de tener uno o varios hijos con discapacidad mental o intelectual.

Por lo tanto, se recomienda que la actuación notarial en este caso se dé en el marco de una Organización de la Sociedad Civil que dé el acompañamiento emocional a las madres y a la familia en general. Este acompañamiento emocional permite una correcta asesoría y poder generar soluciones reales al núcleo familiar.

1. Revisión del marco jurídico de las personas con discapacidad y con la condición dentro del espectro autista

Esta parte del ensayo tiene como finalidad revisar el marco jurídico constitucional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley General para la inclusión de las Personas con Discapacidad, la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista.

En ese orden de ideas iniciamos el marco jurídico con la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil Federal y el Código Civil del Estado de México.

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos

El 10 de junio del 2011 es una fecha inolvidable para los mexicanos, es en ese momento se modifica todo el orden jurídico nacional para dar cabida a los Derechos Humanos ya no como una mera abstracción que estaba contenida y plasmada en el orden jurídico nacional, sino como una norma viva que debe seraplicada por todas las autoridades del país.

El cambio se da al modificar el primer artículo de nuestra carta magna.

Capítulo I
De los Derechos Humanos y sus Garantías

Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011

Artículo 1o.

En los Estados Unidos Mexicanos ***todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.***

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con ***los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia****.*

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.*

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación *motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad,* ***las discapacidades****, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tengapor objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

Párrafo reformado DOF 04-12-2006, 10-06-2011
Artículo reformado DOF 14-08-2001

La modificación de nuestra Constitución es tan grande que aun hoy en día encontramos profesionales del Derecho y autoridades que no alcanzan a comprender los alcances de este cambio de un positivismo literal de las leyes a unneo constitucionalismo iusnaturalista que es objeto de estudio y reflexión pormaestros del derecho como Rodolfo Luis Vigo.[89]

Regresando a nuestro objeto de estudio y propuesta el Artículo 1º. constitucional consagra cuatro grandes pilares jurídicos en materia de discapacidad que son:

1. La igualdad ante la ley;

2. La aplicación directa de los tratados en materia de Derechos Humanosde los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte;

3. La imposibilidad de restringir en forma alguna estos derechos, salvoque la misma constitución así lo establezca;

4. Señala como una prohibición la discriminación motivada por discapacidad.

Estos cuatro pilares (La igualdad ante la ley, el respeto a los Derechos Humanos, la no restricción de derechos, la integración de las personas con discapacidad) son las bases en la que se construye una nueva realidad jurídica para las personas con algún tipo de discapacidad y modifican todo el ordenjurídico nacional.

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Por lo que es pertinente revisar puntualmente el orden jurídico iniciando por la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicadaen el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo del 2008[90].

En su Artículo 4º. inciso 1 letra b establece la necesidad de los Estados Parte de tomar las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

---

[89] Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo, coincidencias y diferencias, ed. Porrua 2016.

[89] El treinta de marzo de dos mil siete, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referéndum la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el trece de diciembre de dos mil seis

Artículo 4º. Obligaciones generales

1. Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Parte se comprometen a:

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

Este artículo señala expresamente la obligación de los Estados Parte de modificar el orden jurídico nacional, con la intención de asegurar que las personas con discapacidad tengan un trato igualitario, por lo que es pertinente señalar que nuestro país aún debe modificar los códigos civiles por lo que hace a los conceptos de capacidad y generar nuevas obligaciones a los tutores con la finalidad de que respeten los Derechos Humanos de sus pupilos.

De igual forma el Artículo 5º. en sus Numerales 2 y 3 señalan las obligaciones de los Estados Parte para garantizar el acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad.

Artículo 5º. Igualdad y no discriminación

1. *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;*

2. *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.*

Es de suma importancia el Artículo 12 en su Numeral 5 que modifica la realidad de las personas con discapacidad al hacerlos sujetos de pleno derecho para poder adquirir y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso al crédito hipotecario y otras modalidades de crédito. Con la obligación de velar que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Artículo 12
Igual reconocimiento como
persona ante la ley

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

Por lo que hace al acceso a la justicia el articulo 13 inciso 1 señala la obligación de los Estados parte de adecuar su sistema jurídico para que se tome en cuenta como participantes directos en los procesos judiciales donde sean parte, lo que modifica por completo las obligaciones del tutor como veremos puntualmente.

Artículo 13
Acceso a la Justicia

1. *Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.*

Los Artículos 15, 16 y 17 son de suma importancia para la función notarial pues aseguran que las personas con discapacidad no sufran malos tratos, penas crueles, inhumanos o degradantes o sean víctimas de explotación, violencia y abuso. Los notarios en el ejercicio de su función son un elemento de protección delas personas con discapacidad, por medio de su actuación fedante, a la que nos referiremos más adelante.

Artículo 15
Protección contra la tortura y otros tratos o penascrueles,
inhumanos o degradantes

1. *Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.*

2. *Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que seanefectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

Artículo 16
Protección contra la explotación,la violencia y el abuso.

1. *Los Estados Parte adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole quesean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.*

2. *Los Estados Parte también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Parte asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.*

3. *A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violenciay abuso, los Estados Parte asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.*

4. *Los Estados Parte tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violen-*

cia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. *Los Estados Parte adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad* sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Artículo 17
Protección de la integridad personal.

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete suintegridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

El Artículo 19 garantiza el derecho de las personas con discapacidad de vivir de forma independiente y que tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quién vivir, en igualdad de condiciones que los demás, y prohíbe a que se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida especifico. Nuevamente vemos como la convención establece obligaciones al tutor a garantizar la independencia e inclusión de su pupilo en la sociedad.

Artículo 19
Derecho a vivir de forma independientey a ser incluido en la comunidad

Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a) *Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;*

b) *Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;*

c) *Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.*

El Artículo 23 es un referente obligado que modifica la realidad jurídica nacional pues consagra los derechos de las personas con discapacidad a contraermatrimonio, a formar una familia, a tener relaciones personales sanas. Además, obliga a tutelar a los niños y niñas abandonados por razón de su discapacidad.

Artículo 23
Respeto del hogar y de la familia

1. *Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:*

a) *Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;*

b) *Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimientoy otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;*

c) *Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.*

2. *Los Estados Parte garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional. En todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.*

3. *Los Estados Parte asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Parte velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.*

4. *Los Estados Parte asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.*

5. *Los Estados Parte harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.*

La Convención obliga a los Estados Parte a generar un sistema de desarrollo de la personalidad por medio de educación, salud, cultura y trabajo a las personas con discapacidad.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

Ahora toca el turno de analizar a la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, donde integra nuevos conceptos que deben ser adoptados por todos los operadores jurídicos en su actuación.

En su Artículo 2 incisos IX, X, XI, XII, XIII, señala puntualmente los conceptos de: Discapacidad, Discapacidad Física, Discapacidad Mental, Intelectual y Sensorial.

Artículo 2º.
Para los efectos de esta ley se entenderá por:

IX. ***Discapacidad.*** *Es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

X. ***Discapacidad Física.*** *Es la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

XI. ***Discapacidad Mental.*** A *la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

XII. ***Discapacidad Intelectual.*** *Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir*

su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás;
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

XIII. ***Discapacidad Sensorial.*** *Es la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos, y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
Fracción adicionada DOF 22-06-2018

La importancia de estos conceptos es que el notario como profesional del Derecho debe adaptar su actuación, para poder garantizar el pleno ejercicio de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

El Artículo 4º. reafirma a la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto a ser considerados iguales frente a la ley y, por lo tanto, no deben ser discriminadas en forma alguna.

Por otro lado, el Artículo 5º. establece los principios de las políticas públicas y destaca el Numeral V donde se reafirma el respeto inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

Artículo 4º.

Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos que establece el orden jurídico mexicano, sin distinción de origen étnico, nacional, género, edad, o un trastorno de talla, condición social, económica o de salud, religión, opiniones, estado civil, preferencias sexuales, embarazo, identidad política, lengua, situación migratoria o cualquier otro motivo u otra característica propia de la condición humana o que atente contra su dignidad. Las medidas contra la discriminación tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación comparable.
Párrafo reformado DOF 12-07-2018

Las medidas contra la discriminación consisten en la prohibición de conductas que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona, crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo, debido a la discapacidad que ésta posee.

Las acciones afirmativas positivas consisten en apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural.

La Administración Pública, de conformidad con su ámbito de competencia, impulsará el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a través del establecimiento de medidas contra la discriminación y acciones afirmativas positivas que permitan la integración social de las personas con discapacidad.

Será prioridad de la Administración Pública adoptar medidas de acción afirmativa positiva para aquellas personas con discapacidad que sufren un grado mayor de discriminación, como son las mujeres, las personas con discapacidad con grado severo, las que viven en el área rural, o bien, no pueden representarsea sí mismas.

Artículo 5o.

Los principios que deberán observar las políticas públicas, son:

5. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de laspersonas.

El Artículo 18 es un eco del Artículo 12 de la Convención donde se establece la obligación de prestar subsidios y programas para la obtención de casas por parte de las personas con discapacidad, no obstante, es mi opinión que no están satisfechos los alcances de la convención en la ley.

Artículo 18

Las personas con discapacidad tienen derecho a una vivienda digna. Los programas de vivienda del sector público o sector privado deberán incluir proyectos arquitectónicos de construcciones que consideren susnecesidades de accesibilidad. Las instituciones públicas de vivienda otorgarán facilidades para recibir créditos o subsidios para la adquisición, redención de pasivos y construcción o remodelación de vivienda.

Artículo 12
Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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

2. *Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

3. *Los Estados 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.*

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

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

El Artículo 28 nuevamente es un pálido eco de la Convención no tiene, en mi opinión, los alcances del Artículo 23 ya señalados líneas atrás en el presente trabajo de investigación.

Artículo 28

Las personas con discapacidad tendrán derecho a recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales en que sean parte, así como asesoría y representación jurídica en forma gratuita en dichos procedimientos, bajo los términos que establezcan las leyes respectivas.

Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición delEspectro Autista.

Toca el turno de revisar la **Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista.**

La ley en su Artículo 3º. inciso XII define a las personas con la condición delespectro autista, no obstante, no determina un tipo de discapacidad, lo que consideramos un acierto pues el espectro autista tiene una infinidad de grados queen un momento pueden caer en un concepto de discapacidad intelectual o discapacidad mental.

Artículo 3.
Para los efectos de esta Ley se entiende por:

XII. Personas con la condición del espectro autista: Todas aquellas que presentan una condición caracterizada en diferentes grados por dificultades en la interacción social, en la comunicación verbal y no verbal, y en comportamientos repetitivos.

En su Artículo 6º. encontramos los principios que deben contener las políticas públicas y destacamos los numerales V, VI, VII que nuevamente son un reflejo de la Convención, pero que en nuestra opinión no plasman los alcances de la amplitud de derechos consagrados por la convención.

Artículo 6o.
Los principios fundamentales que deberán contener las políticaspúblicas en materia del fenómeno autístico, son:

V. ***Inviolabilidad de los derechos:*** *Prohibición de pleno derecho para que ninguna persona u órgano de gobierno atente, lesione o destruya los Derechos Humanos ni las leyes, políticas públicas y programas en favor de las personas con la condición del espectro autista;*

VI. ***Justicia:*** *Equidad, virtud de dar a cada uno lo que le pertenece o corresponde. Dar a las personas con la condición del espectro autista la atención que responda a sus necesidades y a sus legítimos Derechos Humanos y civiles;*

VII. ***Libertad:*** *Capacidad de las personas con la condición del espectro autista para elegir los medios para su desarrollo personal o, en su caso, a través de sus familiares en orden ascendente o tutores.*

El Artículo 10 es de suma importancia para la función notarial, pues nuevamente es el notario un elemento de certeza jurídica para hacer valer los derechos fundamentales de las personas con la condición del espectro autista y/o de sus familias, por medio de un acta donde se haga constar si estos derechos se cumplen o no.

Artículo 10.

Se reconocen como derechos fundamentales de las personas con la condición del espectro autista y/o de sus familias, en los términos de las disposiciones aplicables, los siguientes:

I. *Gozar plenamente de los Derechos Humanos que garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes aplicables;*

II. *Recibir el apoyo y la protección de sus derechos constitucionales y legales por parte del Estado Mexicano –federación, entidades federativas y municipios;*

III. *Tener un diagnóstico y una evaluación clínica temprana, precisa, accesible y sin prejuicios de acuerdo con los objetivos del Sistema Nacional de Salud;*

IV. *Solicitar y recibir los certificados de evaluación y diagnóstico indicativos del estado en que se encuentren las personas con la condición del espectro autista;*

V. *Recibir consultas clínicas y terapias de habilitación especializadas en la red hospitalaria del sector público federal, de las entidades federativas y municipios, así como contar con terapias de habilitación;*

VI. *Disponer de su ficha personal en lo que concierne al área médica, psicológica, psiquiátrica y educativa (al igual que de los certificados de habilitación de su condición) al momento en que les sean requeridos por autoridad competente;*

Fracción declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad DOF 27-05-2016 (En la porción normativa que indica "al igual que de los certificados de habilitación de su condición").

VII. *Contar con los cuidados apropiados para su salud mental y física, con acceso a tratamientos y medicamentos de calidad, que les sean administrados oportunamente, tomando todas las medidas y precauciones necesarias;*

VIII. *Ser inscritos en el Sistema de Protección Social en Salud, conformea lo establecido en la Ley General de Salud;*

IX. *Recibir una educación o capacitación basada en criterios de integración e inclusión, tomando en cuenta sus capacidades y potencialidades, mediante evaluaciones pedagógicas, a fin defortalecer la posibilidad de una vida independiente;*

X. *Contar, en el marco de la educación especial a que se refiere la Ley General de Educación, con elementos que faciliten su proceso de integración a escuelas de educación regular;*

XI. *Acceder a los programas gubernamentales para recibir alimentación nutritiva, suficiente, de calidad, y de acuerdo a las necesidades metabólicas propias de su condición;*

XII. *A crecer y desarrollarse en un medio ambiente sano y en armonía con la naturaleza;*

XIII. *Ser sujetos de los programas públicos de vivienda, en términos de las disposiciones aplicables, con el fin de disponer de vivienda propia para un alojamiento accesible y adecuado;*

XIV. *Participar en la vida productiva con dignidad e independencia;*

XV. *Recibir formación y capacitación para obtener un empleo adecuado, sin discriminación ni prejuicios;*

XVI. *Percibir la remuneración justa por la prestación de su colaboración laboral productiva, que les alcance para alimentarse, vestirse y alojarse adecuadamente, así como también para solventar cualquier otra necesidad vital, en los términos de las disposiciones constitucionales y de las correspondientes leyes reglamentarias;*

XVII. Utilizar el servicio del transporte público y privado como medio de libre desplazamiento;

XVIII. Disfrutar de la cultura, de las distracciones, del tiempo libre, de las actividades recreativas y deportivas que coadyuven a su desarrollo físico y mental;

XIX. Tomar decisiones por sí o a través de sus padres o tutores para el ejercicio de sus legítimos derechos;

XX. Gozar de una vida sexual digna y segura;

XXI. Contar con asesoría y asistencia jurídica cuando sus DderechosHumanos y civiles les sean violados, para resarcirlos, y

XXII. Los demás que garanticen su integridad, su dignidad, su bienestar y su plena integración a la sociedad de acuerdo con las distintas disposiciones constitucionales y legales.

Es de suma importancia la fracción XIX pues nuevamente vemos la obligación del tutor de dejar que la persona con la condición del espectro autista tome por sí mismo en su esfera jurídica y sea asistido por su tutor.

XIX. Tomar decisiones por sí o a través de sus padres o tutores para el ejercicio de sus legítimos derechos.

La Obligación de cumplir los derechos consagrados recae en las instituciones, federales, estatales y municipales, las instituciones públicas y privadas, los padres y tutores, los profesionales de la medicina y de todas las ramas.

El Artículo 17 señala las prohibiciones que existen para la atención y preservación de los derechos con la condición del espectro autista. Este artículoes de extrema utilidad en la función notarial pues es el marco jurídico de la actuación notarial que tenga como fin constatar el peritaje de un experto que señale alguna de las conductas señaladas en este artículo.

Artículo 17.

Queda estrictamente prohibido para la atención y preservación de los derechos de las personas con la condición del espectro autista y sus familias:

I. *Rechazar su atención en clínicas y hospitales del sector público y privado;*

II. *Negar la orientación necesaria para un diagnóstico y tratamiento adecuado, y desestimar el traslado de individuos a instituciones especializadas, en el supuesto de carecer de los conocimientos necesarios para su atención adecuada;*

III. *Actuar con negligencia y realizar acciones que pongan en riesgo la salud de las personas, así como aplicar terapias riesgosas, indicar sobre-medicación que altere el grado de la condición u ordenar internamientos injustificados en instituciones psiquiátricas;*

IV. *Impedir o desautorizar la inscripción en los planteles educativos públicos y privados;*

V. *Permitir que niños y jóvenes sean víctimas de burlas y agresionesque atenten contra su dignidad y estabilidad emocional por parte de sus maestros y compañeros;*

VI. *Impedir el acceso a servicios públicos y privados de carácter cultural, deportivo, recreativo, así como de transportación;*

VII. *Rehusar el derecho a contratar seguros de gastos médicos;*

VIII. *Denegar la posibilidad de contratación laboral a quienes cuenten con certificados de habilitación expedidos por la autoridad responsable señalada en esta Ley, que indiquen su aptitud para desempeñar dicha actividad productiva;*
Fracción declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad DOF 27-05-2016

IX. *Abusar de las personas en el ámbito laboral;*

X. *Negar la asesoría jurídica necesaria para el ejercicio de sus derechos;y,*

XI. *Todas aquellas acciones que atenten o pretendan desvirtuar lodispuesto en la presente Ley y los demás ordenamientos aplicables.*

Toca el turno a la revisión de los conceptos de capacidad y tutela conforme a la doctrina, marco jurídico, las tesis y jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Concepto de capacidad y tutela en la doctrina. Las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En esta parte del ensayo debemos adentrarnos en los conceptos de capacidad y tutela, su regulación su marco doctrinario, además de conocer las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La capacidad doctrinalmente la encontramos definida por el maestro Julien Bonnecase:

"*Noción de la capacidad de las personas. Esta noción se halla regida por la noción de persona y por las nociones de derechos familiares y de derechos patrimoniales, dividiéndose éstos, a su vez, en derechos reales y derechos de crédito u obligaciones. Anteriormente definimos a la persona o sujeto de derecho como un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica, y de sufrir también, eficazmente, su coacción y de cumplir sus mandamientos. Si se desea tener una idea exacta de la capacidad debe relacionarse la noción de personalidad con las de derechos familiares, y derechos patrimoniales*".

La doctrina clásica francesa viene a nuestro auxilio al darnos luz respecto a conceptos básicos que comprende la capacidad que son:

Primeramente, los Derechos Familiares, que comprenden temas tan relevantes para nuestro ensayo como son parentesco y filiación, alimentos, matrimonio y obviamente tutela a lo que el autor llama primer ciclo social.

En segundo término, pero no de menor importancia los Derechos Patrimoniales que los subdivide, a su vez, en derechos reales y derechos de crédito. Esta división toca temas torales como la propiedad y el otorgamiento de crédito, a lo que el autor llama segundo ciclo social.

Al primer ciclo de derecho de familia le da **un carácter exclusivamente personal** por lo que señala como ejemplos: La potestad marital o de patria potestad, y los demás de carácter patrimonial exclusivos. (Alimentos, usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos)

El segundo ciclo tiene como eje toral el patrimonio al que parafraseo como símbolo y expresión de la acción de cada individuo o colectividad sobre los recursos que le rodean, es decir, la acción de la persona sobre los bienes de los cuales se puede aprovechar.

Por otra parte y de manera contundente el maestro Bonnecase ilumina el principio pro persona al decir:

> "*...definimos a la persona o sujeto de derecho como un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica*" .

Esta claridad se manifestará más adelante en nuestro ensayo al aplicar de manera concreta en los instrumentos jurídico notariales el principio pro persona.

Pero regresemos al concepto de capacidad en palabras del maestro Bonnecase quien nos señala la diferencia entre la capacidad de goce y de ejercicio.[91]

> *"Es fácil, después de estas explicaciones, definir la capacidad. Este término designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida. La capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio".*

[91] Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México Edit. Harla 1997, Pag.163-164.

Continúo citando.[92]

> *"La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en unasituación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve ya reproducida, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de capacidad de goce se identifica pues, en el fondo, con la noción de personalidad".*

Por lo tanto, la capacidad de goce es inherente a la persona, intentar negar esta capacidad trae consecuencias tan graves como los genocidios ocurridos no solo en la Alemania Nazi[93], sino en diversas partes del mundo. Donde se despoja al ser humano de todo valor y, por lo tanto, no es sujeto de ninguna protección jurídica y menos al acceso a la justicia.

La capacidad de ejercicio es un concepto difícil y arbitrario, no tanto en la teoría sino en sus alcances legislativos como lo señala la doctrina clásica francesa en esta ocasión en palabras de Marcel Planiol y Georges Ripert.[94]

> *"...La incapacidad de una persona es a veces obra arbitraria de la ley, por ejemplo, la incapacidad de los condenados a una pena criminal que durante la pena se encuentran en interdicción legal, y también la incapacidad de la mujer casada o pródigo".*

Regresamos a Julien Bonnecase[95] que nos define con claridad la capacidadde ejercicio.

> *"La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma. Como hicimos tratándose de la capacidad de goce pode-*

---

[92] Idem pág. 164

[93] El genocidio nazi intento exterminar no solo a la comunidad judía, también intento el exterminio de gitanos, homosexuales y personas con discapacidad motriz, sensorial, intelectual y mental.

[94] Marcel Planiol & Georges Ripert Derecho Civil parte A, México Edit. Harla 1997, vol 3 pág. 250.

[95] Opcit Pag 8.

mos usar una fórmula más breve y decir que la capacidad de ejercicioes la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma".

La capacidad de ejercicio es la que se ve afectada directamente por el concepto de incapacidad jurídica, por lo tanto, debe ser revisado a profundidad, pues la incapacidad y sus causas son excepciones a la regla general del orden jurídico en un régimen democrático. En la doctrina francesa del autor en cita[96] encontramos tres categorías que hoy han sido superadas, pero que al estudiarlas encontramos directrices valiosas.

Causas de incapacidad. Estas causas se agrupan en tres categorías, según la idea de que se derivan y que las hace ser tomadas en consideración por el legislador.

1. La voluntad de proteger a la persona: La edad, la locura, la imbecilidad;

2. La idea de pena: Incapacidades accesorias a determinadas condenas penales;

3. La concepción de la organización familiar: Incapacidad de la mujercasada.

Las directrices que han tomado los legisladores se basan en las nociones de representación y de asistencia que se adaptan de acuerdo al grado de incapacidad que exista. Nuevamente retomo al maestro francés Julien Bonnecase[97] que nos ilustra.

"En efecto, según la causa de incapacidad y su grado, al incapaz se le deja aparte y quien obrará en su nombre será un organismo u otra persona (representación) o por el contrario, el incapaz podrá obrar por sí mismo, pero con la colaboración y bajo el control de un organismo o de una persona (asistencia)(...) Tenemos así dos categorías de instituciones en provecho de los incapaces: Unas se basan en la idea de la representación, las otras en la de asistencia: 1. Las instituciones que se basan en la idea de la representación son:

a) la patria potestad; b) la tutela bajo sus diversas formas; c) diversos organismos, como la administración provisional de los bienes del demente aun no declarado como tal jurídicamente. 2. Las instituciones que se basan en la idea de asistencia son: a) la curatela; b) el asesor judicial, c) la autoridad marital en la medida en quesubsiste la ley del 18 de febrero de 1938".

[96] Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México Edit. Harla 1997, Pág 165

[97] Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, México Edit. Harla 1997, Pag.166-167.

Esta diferenciación respecto al grado de incapacidad es reconocida por la doctrina francesa al generar casos donde se requiere la representación de una persona capaz y el otro grado es la necesidad de una asistencia especializada.

Los maestros franceses Marcel Planiol y Georges Ripert[98] a estas directrices les llaman medios, pues consideran que es la manera de cómo se concreta el derecho de las personas incapaces.

> *"La forma de protección empleada con los incapaces, depende de la extensión de su incapacidad. Ésta puede ser mayor o menor: puede existir en dos grados diferentes. Algunas personas están afectadas de una incapacidad tal, que nada pueden hacer por sí mismas. Están totalmente privadas de actuar jurídicamente. Por tanto, es necesario que los actos en que estén interesadas, se realicen en su nombre por una persona capaz, quien los representará, sin que los incapaces tomen parte en ellos... Menos intensa es la incapacidad respecto a otras personas. Hay incapaces que, en cierta medida pueden comprender elalcance de sus actos. Estos no necesitan ser representados por otra persona. Pueden actuar por sí mismos, y solamente necesitan ser autorizados por alguien que los asista o vigile. (...) Al que representa a los incapaces de la primera categoría se llama tutor o administrador. La tutela de los menores es el tipo de la forma adoptada para proteger a los incapaces que necesitan ser representados. La persona encargada de autorizar los actos celebrados por los incapaces de la segunda categoría se llama curador o asesor. El curador no administra y no obra por sí mismo, todo su papel se limita a dar o negar su consentimiento para los diferentes actos realizados por el incapaz".*

En la doctrina encontramos que en la normatividad canadiense existe la distinción por grado dependiendo de la persona, como señala el autor Eduardo García Villegas[99]

> *"La normatividad canadiense estipula que los incapaces deben ser informados y escuchados en cualquiera de los sistemas previstos en cuanto a la procedenciade la incapacidad, el tipo de régimen a aplicarse, la persona a la que se le encargará su representación o asesoramiento y las resoluciones que los afectarán. A continuación, enumeramos algunos de los rasgos más importantes del sistema canadiense: 1) Según el grado de incapacidad y las necesidades de cada presunto incapaz, el Estado puede ordenar: a) la curatela, como régimen extremo de representación; b) la tutela, como vía que permite conservar al incapaz cierta autonomía y que puede dictar para proveer a la representación de la persona y sus bienes; c) el consejero del mayor, que no ejerce la representación, sino sólo asistencia y asesoramiento por debilitamiento de las aptitudes psíquicas o prodigalidad y que, a su vez, puede limitarse en el tiempo a ciertos actos".*

[98] Marcel Planiol & Georges Ripert Derecho Civil parte A, México Edit. Harla 1997, vol 3 pag. 253

[99] Eduardo García Villegas, "La Tutela de la Propia Incapacidad", Edit. UNAM, MEXICO, 2007 Pag. 46

En el Estado de México, únicamente el tutor o quien lo sustituya debe tomaropinión al incapaz en ciertos asuntos que pueden afectar su patrimonio.

Artículo 4.294.

El tutor está obligado a:

IV. Administrar el patrimonio de los incapacitados**.** El pupilo será consultadopara los actos importantes de la administración, cuando tenga discernimiento. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él, por lo tanto, podemos decir que el Código Civil establece una graduación parcial, pero no contempla la graduación de una representación total a una representación parcial de consejero mayor.

En estas partes debemos adentrarnos en los conceptos de capacidad y tutela, su regulación su marco doctrinario, además de conocer las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (SCJ)

Cabe señalar como en el voto particular del Ministro de la Suprema Corte de Justicia Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la acción de inconstitucionalidad 89/ 2015 Promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el ministro señala la necesidad de adaptar el modelo jurídico a la persona y no la persona al modelo jurídico, como una manera de no discriminar.

> *"…que las personas con discapacidad tienen circunstancias especiales, pero finalidades o necesidades similares al resto de la población y, por tanto, la necesidad de ajustes razonables para lograr una nivelación de oportunidades de las personas y una igualdad material.* ***En este sentido, dentro del modelo social, no corresponde al individuo demostrar su aptitud para participar en sociedad, más bien es el entorno social el que debe establecer los ajustes razonables que permitan su participación****. Sólo así las políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación adquieren plena vigencia".*

En este sentido nos parece necesario establecer que el notario por medio de las reglas del tutor establecidas en el Artículo 4.250 del Código Civil del Estado de México, debe establecer las reglas mínimas para garantizar los derechosconsagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Como lo proponemos en los modelos de testamento y en el nombramiento de tutor ambos ante la propia incapacidad.

No hacerlo implicaría un tipo de discriminación como lo señala la tesis 1a. CCCLXXIV/2014 (10a.) que se lee bajo el rubro:

"DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O POR RESULTADOS. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN".

> *"Por otra parte, la violación al Derecho Humano de igualdad puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamientoa personas que están en situaciones diferentes, sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. Así, es dablecolegir que la discriminación indirecta se configura cuando:* ***(I)*** *existe una norma, criterio o práctica aparentemente neutral;* ***(II)*** *que afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social; y,* ***(III)*** *en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar".*

Una norma aparentemente neutra contenida tanto en el Código Civil Federal como en el Estado de México afecta de manera desproporcionalmente a un grupo social al englobar a las personas con discapacidad como incapaces sin ningún tipo de grado.

De esta forma el notario como operador jurídico cambia de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de asistencia en la toma de decisiones al que se refiere la Resolución del Amparo en Revisión 159/2013, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia donde establece lo siguiente:

> *"…que las instituciones mediante las cuales se regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se han clasificado de forma histórica en dos modelos: El modelo de* ***"sustitución en la toma de decisiones"*** *y el modelo de* ***"asistencia en la toma de decisiones".*** *Por lo que ve al modelo de* ***"sustitución en la toma de decisiones",*** *mediante el mismo, y una vez que el juzgador ha constatado la existencia de la diversidad funcional del individuo respecto al cual versa el asunto, se decreta que la voluntad de éste sea sustituida por la de alguien más, cuya labor consistirá en tomar las decisiones que representen el mejor interés de la persona cuya protección se le ha encomendado.*
>
> *Por su parte, el modelo de* ***"asistencia enla toma de decisiones"*** *implica un cambio de paradigma en la forma en que los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues mediante el mismo,* ***"la persona puede ser ayudada para adoptar decisiones, pero es ésta quien,***

en última instancia, toma las mismas"**. Es decir, **"la libertad de elección se protege y se garantiza por el juzgador acorde al grado de diversidad funcional que posee la persona de cada caso en concreto, fomentando así su participación y la asunción de responsabilidades".

En tal sentido, se concluyó que el esquema contenido en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagra el modelo asistencial antes referido, ello en la medida en que indica que las personas con discapacidad:

"Tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual será en igualdad de condiciones que los demás, debiéndose asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y preferencias de quien posee la diversidad funcional".

*"Así, acorde al modelo social de discapacidad, **"la determinación judicial que limite la capacidad jurídica deberá tomar en consideración la primacía de la autodeterminación libre de la persona",** por lo que no debe confundirse el principio de mayor protección de la persona con discapacidad en aras de su mayor interés, con la prohibición de que la persona con discapacidad decida qué es lo que le beneficia, situación que redunda de forma directa en el desarrollo libre de la personalidad, así como en el fomento de una vida autónoma y de una identidad propia".*

3. Instrumentos notariales a la luz de los derechos humanos

En esta parte del proyecto se proponen una serie de proyectos de documentos notariales que sirven como guía a la labor notarial.

No obstante, somos conocedores que el proceso notarial requiere individualizar las circunstancias correctas de las personas que acuden ante el fedatario.

Por lo que los documentos aquí sugeridos son una guía en la redacción de los mismos, contemplando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el marco jurídico ya revisado en el presente ensayo.

a) TESTAMENTO

C L Á U S U L A S.

PRIMERA. *- La* ***testadora*** *señora , instituye como su* ***única y universal heredera*** *de todos sus bienes presentes y futuros a su hija , con la obligación establecida en la declaración* ***tres*** *inciso* ***a).***

SEGUNDA. *- En caso de que fallezca anticipadamente la* ***heredera universal*** *instituida anteriormente, no acepte la herencia o esté impedida para hacerlo, instituye como* ***herederos sustitutos*** *de la porción que corresponda, a por partes iguales, con la misma obligación establecida en la declaración* ***tres*** *incisos* ***a).***

TERCERA. *- Nombra como* ***albacea*** *de esta sucesión a su hermana la señora y como* ***albacea sustituta*** *a la señora.*

CUARTA. *- Es voluntad de la* ***testadora*** *nombrar en caso de ser necesario como* ***TUTRIZ TESTAMENTARIA*** *de su hija a su madre la señora y como* ***TUTOR SUSTITUTO*** *a su hermano el señor.*

QUINTA. *- La testadora establece además de las obligaciones legales establecidas en el artículo cuatro puntos doscientos noventa y cuatro y en términos del artículo cuatro puntos doscientos cincuenta del Código Civil del Estado de México, la testadora establece las siguientes reglas al tutor o al tutor substituto:*

Que su menor hija no sea sometida a tortura, explotación, violencia física, psicológica, trabajo inhumano, abandono físico o psicológico.

A). -Que su menor hija no sea sometida en forma alguna a obstinación médica otratamiento o experimentación científica sin escuchar la voluntad de su hija.

B). -Que su menor hija pueda elegir su residencia, donde y con quien vivir, vivir en comunidad para evitar su aislamiento y que no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida especifico.

C.-Que tenga acceso en la medida de lo posible a servicios de asistencia médica, terapéutica, psicológica domiciliaria para facilitar su existencia.

D). - No ser molestada en su privacidad, en sus comunicaciones, en su imagen y en sus derechos sexuales o reproductivos.

E). -Reconozca el derecho si es posible a casarse y fundar una familia.

F). -A tomar opinión de su hija en todas las decisiones que afecten su patrimonio, imagen y reputación.

Este modelo de testamento establece las reglas del tutor o tutriz, pero requiere del notario aún más empeño, pues necesita usar una escucha activa con la finalidad que las reglas que se establezcan sean acordes al grado de la discapacidad de la persona que será objeto de tutela y, por tanto, las reglas sean un traje a la medida del receptor de la voluntad del autor del testamento.

b) TESTAMENTO CON PRESTACIÓN PERIÓDICA CONDICIÓN EN EL ESPECTRO AUTISTA

C L Á U S U L A S.

PRIMERA. *- La* ***testadora*** *señora,* *instituye como su* ***única y universal heredera*** *de todos sus bienes presentes y futuros a su hija,* *con la obligación establecida en la declaración* ***tres*** *incisos* ***a). CON LA CONDICIÓN DE DAR UNA PRESTACIÓN PERIÓDICA SUFICIENTE PARA GARANTIZAR LOS ALIMENTOS A Y LA ATENCIÓN MÉDICA, TERAPÉUTICA Y EDUCATIVA A POR TODO EL TIEMPO QUE ASI LO REQUIERA.***

SEGUNDA. *- En caso de que fallezca anticipadamente la* ***heredera universal*** *instituida anteriormente, no acepte la herencia o esté impedida para hacerlo, instituye como* ***herederos sustitutos*** *de la porción que corresponda, a* _____ *por partes iguales, con la misma obligación y condición establecida tanto en la declaración* ***tres*** *inciso* ***a)*** *como en el párrafo anterior.*

TERCERA. *- Nombra como* ***albacea*** *de esta sucesión a su hermana la señora y como* ***albacea sustituta*** *a la señora.*

CUARTA. *- Es voluntad de la* ***testadora*** *nombrar en caso de ser necesario como* ***TUTRIZ TESTAMENTARIA*** *de su hija a su madre la señora y como* ***TUTOR SUSTITUTO*** *a su hermano el señor.*

QUINTA. *- En términos del artículo cuatro puntos doscientos cincuenta del Código Civil del Estado de México, la testadora establece las siguientes reglas al tutor o al tutor substituto:*

a) *Que su menor hija no sea sometida a tortura, explotación, violencia física, psicológica, trabajo inhumano, abandono físico o psicológico.*

b) Que su menor hija no sea sometida en forma alguna a obstinación médica o tratamiento o experimentación científica sin escuchar la voluntad de su hija.

c) Que su menor hija pueda elegir su residencia, donde y con quien vivir, vivir en comunidad para evitar su aislamiento y que no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida especifico.

d) Que tenga acceso, en la medida de lo posible, a servicios de asistencia médica, terapéutica, psicológica domiciliaria para facilitar su existencia.

e) No ser molestada en su privacidad, en sus comunicaciones, en su imagen y en sus derechos sexuales o reproductivos.

f) Reconozca el derecho si es posible a casarse y fundar una familia.

g) A tomar opinión de su hija en todas las decisiones que afecten su patrimonio, imagen y reputación.

El testamento que establece una prestación periódica, configura la necesidad de satisfacer las necesidades de una persona con discapacidad al condicionar el haber hereditario, para cumplir con una obligación alimenticia, loque es acorde con la legislación civil en lo que hace a las obligaciones del tutor y es una forma de garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

c) VOLUNTAD ANTICIPADA

-JAAM. CLMM. ECO. 2019/

--ESCRITURA NÚMERO.

--VOLUMEN NÚMERO.

---FOLIO NÚMERO

-En Ecatepec de Morelos Estado de México a las_____horas con_____minutos del día _____del mes de_____del año dos mil_____, Yo, el notario en funciones Maestro en Derecho ***JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA, NOTARIO PÚBLICO NÚMERO SESENTA DEL ESTADO DE MEXICO****, hago constar:* ***LA ESCRITURA DE VOLUNTAD ANTICIPADA*** *que solicita la señora_____, con la comparecencia del señor_____por lo que redacto sus disposiciones como sigue.*

PROTESTA DE LEY

-Para los efectos de los artículos setenta y nueve, fracción ocho romano y ciento sesenta de la Ley del Notariado del Estado de México, la compareciente declara bajo protesta de decir verdad, que las declaraciones que hace en el presente instrumento son verídicas y que fue apercibida de las penas en que incurre quien declara falsamente.

DECLARACIONES

-Primera. - Declara la compareciente que otorga la presente escritura de VOLUNTAD ANTICIPADA, plenamente informada, de manera voluntaria, en forma clara y terminante, en pleno uso de sus facultades mentales y sin que medie ningún tipo de coacción física o moral, y que lo hace acompañada de su representante el señor.

Segunda. - Que su hijo de nombre "X" tiene una discapacidad intelectual por lo que debe garantizarse todos sus derechos en términos de la ley de la materia y la Convención Sobre los Derechos De las Personas con Discapacidad.

- Expuesto lo anterior, la compareciente otorga las siguientes:

CLÁUSULAS

- PRIMERA.- Manifiesta la compareciente señora , que en caso de que sea diagnosticada con una enfermedad en estado terminal y concurran situaciones clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad, y con la finalidad de evitar la obstinación terapéutica y procurar una muerte digna, RECHAZA desde ahora someterse a los medios, procedimientos, tratamientos y cuidados paliativos y RECHAZA también someterse a medidas diagnósticas, preventivas, terapéuticas, rehabilitatorias o paliativas con fines de investigación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables.

- SEGUNDA. - Que es su voluntad aceptar y por lo tanto da su consentimiento expreso, que después de perder la vida, se donen total o parcialmente sus órganos, tejidos y células para realizar trasplantes, en términos de lo dispuesto en la Ley General de Salud ydemás disposiciones en la materia.

-TERCERA. - Durante todo el tiempo que el otorgante no pueda manifestar su voluntad en la institución medica, solicita al representante o a quien en derecho lo sustituya, que: a) Que su hijo no sea sometida a tortura, explotación, violencia física, psicológica, trabajo inhumano, abandono físico o psicológico.

b) Que su hijo no sea sometido en forma alguna a obstinación médica o tratamiento o experimentación científica sin escuchar la voluntad de su hija.

c) Que su hijo pueda elegir su residencia, donde y con quien vivir, vivir en comunidad para evitar su aislamiento y que no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida especifico.

d) Que tenga acceso en la medida de lo posible a servicios de asistencia médica, terapéutica, psicológica domiciliaria para facilitar su existencia.

e) Que su hijo No sea molestado en su privacidad, en sus comunicaciones, en su imagen y en sus derechos sexuales o reproductivos.

f) Que a su hijo se le reconozca el derecho si es posible a casarse y fundar una familia.

g) A tomar opinión de su hijo en todas las decisiones que afecten su patrimonio, imagen y reputación.

CUARTA- Para dar pleno cumplimiento a lo establecido en la presente escritura y que se respete su voluntad, nombra como REPRESENTANTE al señor_____ el cual comparece en este acto, con la finalidad de aceptar en cargo conferido, protestando su leal, legal, puntual y cabal cumplimiento y comprometiéndose a verificar que se cumpla la VOLUNTAD de lacompareciente.

La otorgante nombra como REPRESENTANTE SUSTITUTO al señor

_____,

GENERALES

- Por sus generales los comparecientes manifiestan ser,

CERTIFICACIÓN.

*-Yo, el Notario, **CERTIFICO: I.-** Que tanto la otorgante como el compareciente en mi concepto tienen capacidad legal para este acto; **II.-** Que tanto la otorgante como el compareciente no tienen parentesco alguno con el Notario que autoriza; **III.-** Que todas y cada una de las formalidades exigidas por la Ley fueron llenadas y se practicaron en un acto continuo; **IV.-** Que solicité tanto a la otorgante como al compareciente se identificaron con la documentación oficial que les fue requerida, cuya copia fotostática firmaron ante mí, estampando también su huella digital para constancia, agregándose al apéndice de este instrumento bajo su número y con la letra que corresponda, reconociendo como suya la fotografía que aparece en la identificación que presentan; **V.-** Que les leí en alta y clara voz a la otorgante este instrumento en presencia de su testigo; **VI.-** Que les expliqué el contenido del aviso de privacidad, en términos de la ley de la materia, así como el procedimiento para ejercer su derecho para acceder, rectificar, cancelar u oponerse al manejo de los mismos y, bien enterados de los mismos, lo firman ante mí para ser agregado al apéndice de este instrumento bajo su número y letra correspondiente; **VII**.- Que le expliqué a la otorgante la fuerza y contenido de este instrumento, por lo que conforme con su tenor lo ratifica y firma ante mí, junto con el compareciente, a las trece horas del día mismo del mes y año de su otorgamiento.- Doy Fe.*

La escritura de voluntad anticipada contempla una situación especial pues recordemos que tiene como finalidad suplir la voluntad del paciente por medio de un representante, quien tomará las decisiones que están establecidas en el mismoinstrumento.

Pero cuando se trata de una persona que tiene a uno o más hijos con discapacidad, instruye al representante que vigile el cumplimiento de las garantías mínimas de la persona con discapacidad. Esta disposición puede ser vista por el Derecho como una serie de obligaciones que nacen entre el otorgante del instrumento y el representante en un convenio innominado, que está sujeto a las condiciones siguientes:

1. Que el otorgante siga en el ejercicio de la patria potestad o tutela de lapersona con discapacidad,

2. Que el otorgante esté en una institución de salud donde no puedamanifestar su voluntad respecto a sus derechos como paciente y menos respectoa la forma de garantizar los derechos de su hijo con discapacidad.

3. El representante sólo podrá actuar durante todo el tiempo que el otorgante no pueda manifestar su voluntad y se encuentre en la institución de salud.

4. Si el otorgante tuviera una condición permanente o de carácter incierto como es un estado de coma, el representante debe garantizar su actuación respecto al otorgante y garantizar los derechos de la persona con discapacidad hasta en tanto se le nombre un tutor o tutriz.

Este documento notarial es un ejemplo donde la actuación del notario se ciñe al principio pro persona, pues en todo momento garantiza la dignidad tanto del otorgante como de la persona con discapacidad, con lo que nuevamente se aplica como norma superior la Declaración Universal de los Derechos Humanos tomada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 pues recordemos que sus Artículos 1 y 2[100] consagran la dignidad humana y garantizan todos los derechos a todas las personas sin distinción o condición.

[100] Ratificada por el Estado Mexicano el dos de mayo del año dos mil ocho. Organización de las Naciones Unidas. (2006, 13 diciembre). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcconvs.pdf.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

1. *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados enesta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

2. *Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

d) FE DE HECHOS

---ACTA NÚMERO---

---VOLUMEN NÚMERO---

---FOLIO NÚMERO.--

- En Ecatepec de Morelos, Estado de México, a los días del mes de del año dos mil diecinueve, Yo, el Notario en funciones, Maestro en Derecho ***JOSÉ ANTONIO ARMENDÁRIZ MUNGUÍA, NOTARIO PÚBLICO NÚMERO SESENTA DEL ESTADO DE MEXICO,*** *con residencia en esta Ciudad, hago constar: Que la señora solicita que se dé fe de la revisión médica que realizará el doctor "X" a su hijo de nombre "Y" con la finalidad de constatar el estado de salud del mismo.------------------------------*

DECLARACIONES

La señora declara bajo protesta de decir verdad lo siguiente:

Primera.- Que es madre de "X" como lo acredita con el acta de nacimiento que paramayor abundamiento se manda al apéndice de esta acta bajo su número y la letra "A". - Segunda.- Que su hijo de nombre "Y" tiene una discapacidad intelectual, por lo tanto esatendido por el personal de la institución denominada "N"; siendo responsable el señor

_____. Tercera.- Que el doctor "H" acredita su calidad de médico con la cedula profesionalnúmero 78654534 que para mayor abundamiento se manda al apéndice de esta actabajo su número y la letra "B". El notario aceptando a lo solicitado hago constar que se me constituyó en la calle SiempreViva treinta y dos, Colonia la Esperanza, municipio de Ecatepec de Morelos, Estado deMéxico, donde me cercioré de ser esta la ubicación por la señalización urbana, por así estar indicado en la fachada del edificio, además por lo declarado por la solicitante, quienestuvo presente en todo momento durante la realización de la presente diligencia. En este lugar se apersona ante el suscrito notario el señor "H" en su calidad de médicotratante del señor "Y", ante quien me identifico en mi calidad de notario, con la credencialemitida por el Colegio de Notarios del Estado de México. Acto seguido el doctor "H" me declara bajo protesta de decir verdad que conoce el padecimiento de su paciente y tienesu expediente médico por lo cual puede emitir su revisión médica. Acto seguido tocamos la puerta del_donde somos atendidos por___antequien me identifico en los mismos términos establecidos líneas arriba y explico la razón de mi presencia. De forma inmediata se nos conduce hasta donde se encuentra el señor "Y" quien reconoce a su señora madre y al doctor "H", por lo que el doctor "H" le explica la razón de nuestra presencia; para acto seguido iniciar con la revisión médica la cual es hecha por el doctor "H" asistido por la solicitante ante mi fe.

Una vez terminada la revisión médica el doctor "H" declara ante mi fe que el estado desalud del señor "Y" es .... Por lo que procederá a emitir su opinión médica, que solicitaforme parte de la presente acta, por lo que se manda al apéndice de este instrumentobajo la letra "C" y que se tiene por puesta a la letra para todos los efectos legales quehaya lugar.

Con lo anterior se da por terminada la presente diligencia siendo las horas con trece delmismo día, mes y año de su otorgamiento; para mayor abundamiento se manda alapéndice de este instrumento bajo su número y la letras "D", las fotografías tomadas en eltranscurso de esta diligencia.-

De todo lo cual Doy Fe.

La propuesta de un documento donde se aplique la fe notarial directa al ver cómo un profesional de la salud realiza un peritaje médico, tiene una gran relevancia para las familias que tienen a uno de sus integrantes dentro de una institución de salud, debido a las mismas necesidades de atención de la persona con discapacidad. Pues el principal temor de estas familias es que su familiar sea objeto de abusos o vejaciones, debido a su condición no puede verbalizar si es víctima de algún abuso.

Además, el documento notarial sirve para que la persona con discapacidad continúe gozando de la pensión que en su caso le corresponda por parte de las instituciones de seguridad social.

Por otra parte, en una instrumentación jurídica notarial aún más profunda se puede condicionar alguna prestación periódica a que la persona con discapacidad esté en las mejores condiciones de vida y garantizados sus derechos. Por lo tanto, la fe de hechos es el documento idóneo para garantizar el cumplimiento de la obligación.

e) NOMBRAMIENTO TUTOR

C L Á U S U L A S

PRIMERA. *- La señora_____, manifiesta de manera anticipada, clara, libre einformada, que llegado el caso de ser declarada incapaz legalmente nombra como su TUTRIZ, a su hija la señora_____ _____, quien ejercerá de forma voluntaria y sin ninguna retribución por parte de la otorgante las siguientes facultades:*

A).- *Las de* ***PLEITOS Y COBRANZAS,*** *las generales y las especiales que requieran cláusulas especiales conforme a la ley, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 7.771(siete punto setecientos setenta y uno) del Código Civil vigente en el Estado de México,del Código Civil Federal y sus correlativos en todos y cada uno de los Códigos Civiles delos Estados de la República Mexicana y para el Distrito Federal, entre las que de una manera enunciativa, pero no limitativa se citan las siguientes: Ejercitar toda clase de derechos y acciones ante cualquier autoridad de la Federación, del Distrito Federal, de losEstados y de los Municipios ya sea en jurisdicción voluntaria, contenciosa o mixta y se trate de autoridades civiles, judiciales, administrativas, penales o bien del trabajo, seanestas locales o federales; para contestar demandas, oponer excepciones y recon-*

vénciones, para someterse a cualquier jurisdicción, y en ese caso articular y absolver posiciones, recusar magistrados, jueces, secretarios, peritos y demás personas que en Derecho sean recusables, desistirse de lo principal, de sus intereses, de cualquier recurso e inclusive del juicio de amparo; rendir toda clase de pruebas; reconocer firmas y documentos, objetar éstos y redargüirlos de falsos; en su caso, transigir y comprometer en árbitros; asistir a audiencias, juntas y diligencias de cualquier índole; hacer posturas, pujas y mejoras; obtener la adjudicación de toda clase de bienes y por cualquier título; hacer subrogación de derechos; formular acusaciones, denuncias y querellas de carácter penal y constituirse en parte en causas criminales o como coadyuvante del Ministerio Público, en las cuales podrán ejercitarse las más amplias facultades que el caso requiera.

B).- *Las de* ***ADMINISTRACIÓN DE BIENES*** *a que se refiere el segundo párrafo del artículo 7.771 (siete punto setecientos setenta y uno) del Código Civil vigente en el Estado de México del Código Civil Federal y sus correlativos en todos y cada uno de los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana y para el Distrito Federal, facultando la celebración de contratos, ya sea de arrendamiento, comodato, obras, construcciones, prestaciones de servicios, de trabajo individual, o colectivo o de cualquier otra índole que demande el ejercicio de las más amplias facultades administrativas, recibir y hacer pagos, otorgar recibos finiquitos y firmar todos los documentos e instrumentos en que se haga constar todos y cada y uno de los actos que ejecuten, con las cláusulas, plazos, precios y demás condiciones que se estime convenientes.*

C).- *Las de* ***ACTOS DE DOMINIO*** *a que se refiere el tercer párrafo del artículo 7.771 (siete punto setecientos setenta y uno) del Código Civil vigente en el Estado de México, del Código Civil Federal y sus correlativos en todos y cada uno de los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana y para el Distrito Federal con todas y cada una de las facultades de dueño, entre las que de una manera enunciativa pero no limitativa, se mencionan las de celebrar toda clase de contratos incluyendo de manera expresa el contrato de donación y realizar cualquier acto aun cuando implique disposición o gravamen.*

D).- *Las de Otorgar y Suscribir* ***TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO*** *de conformidad con lo dispuesto en el artículo noveno de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.*

E).- *Con fundamento en el citado artículo 7.771 (siete punto setecientos setenta y uno) y el artículo 7.777 (siete punto setecientos setenta y siete),* LA OTORGANTE *faculta* ***EXCLUSIVAMENTE*** *a* ***SU TUTRIZ*** *para desempeñar este mandato tratándose en su propio nombre, por lo que podrá recibir directamente en su caso, el pago del precio o el beneficio que pueda obtenerse en cualquier obligación: en dinero, en especie o mediante títulos de crédito, mismos que podrá endosar y/o cobrar en nombre propio o en representación de la otorgante.*

SEGUNDA.- *En términos del artículo 4.250 (cuatro punto doscientos cincuenta) del Código Civil del Estado de México, la señora establece las siguientes reglas al tutor o altutor substituto: .....*

A).- Que ella y su hija de nombre no sean sometidas a tortura, explotación, violencia física, psicológica, trabajo inhumano, abandono físico o psicológico.

B).- Que ella y su hija de nombre no sean sometidas en forma alguna a obstinación médica o tratamiento o experimentación científica sin escuchar su voluntad.

C.- Que ella y su hija de menor puedan elegir su residencia, donde y con quien vivir, vivir en comunidad para evitar su aislamiento y que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida especifico.

D).- Que ambas tenga acceso, en la medida de lo posible, a servicios de asistencia médica, terapéutica, psicológica domiciliaria para facilitar su existencia.

E).- Que ambas no sean molestadas en su privacidad, en sus comunicaciones, en su imagen y en sus derechos sexuales o reproductivos.

F).- Tomar opinión de ambas en todas las decisiones que afecten su patrimonio, imagen y reputación.

TERCERA*. - Además la señora instruye a su tutriz y a quien en derecho la sustituya lo siguiente:*

A).- Que la totalidad de sus bienes sean usados para su manutención y tratamiento médico hasta su natural deceso y, en su caso, el de su menor hija.

B).- Que, llegado el caso, su tutriz o quien en derecho la supla, informe de la existencia legal del presente instrumento, así como de su testamento público abierto y de su Escritura de Voluntad Anticipada a las autoridades correspondientes, con la finalidad que la totalidad de sus disposiciones sean respetadas conforme a su voluntad.

CUARTA*.- Nombra como tutor sustituto a su hijo el señor_____ quien tendrá las mismas obligaciones y facultades antes descritas para la tutriz nombrada.*

QUINTA*.- La otorgante se reserva en todo tiempo el derecho de revocar por cualquier medio legal, de manera total o parcial, el contenido de la presente escritura.*

El nombramiento anticipado de Tutor o Tutriz bajo la perspectiva del presente ensayo, es garantizar la dignidad tanto del otorgante como la dignidad de la persona que tiene una discapacidad, por lo tanto, establece las reglas a las que debe sujetarse el tutor tanto para el otorgante como para la persona que previamente ya tenía una discapacidad.

Además en estos casos el notario debe contemplar los posibles escenarios, pues puede darse casos donde:

a) Deba contemplar la aplicación de un sistema de asistencia en la toma de decisiones de la persona con discapacidad y para el otorgante del documento notarial.

b) Deba contemplar un sistema de sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad y para el otorgante del documento notarial.

c) Deba contemplar la aplicación de un sistema de asistencia en la toma de decisiones de la persona con discapacidad y un sistema de sustitución en la toma de decisiones.

d) Deba contemplar la aplicación de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad y un sistema de asistencia en la toma de decisiones del otorgante.

f) CONVENIO DE MEDIACIÓN ANTE NOTARIO.

Recordemos que una de las funciones del notario en el Estado de México es la fungir como mediador privado certificado por el Poder Judicial del Estado de México, por lo tanto, los convenios elaborados tienen el carácter de cosa juzgada y pueden servir para resolver un conflicto o prevenir un conflicto.

Estos acuerdos elevados a convenio deben, además de cumplir con los requisitos que marca la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social, consideramos que debe tener cuatro condiciones en el caso de que uno de sus miembros tenga una discapacidad. Estas condiciones son:

a) Que pongan en el centro el desarrollo PLENO de cada uno de los miembros del núcleo familiar;

b) Que se satisfagan las necesidades de cada uno de los miembros de la familia;

c) Que sean acuerdos tomados conforme a la realidad y posibilidades de cada uno de los miembros al momento de ser tomados;

d) Que exista la suficiente flexibilidad de poder volver a retomar los acuerdos cuantas veces sea necesario, conforme se vaya modificando las condiciones de las familias.

No huelga repetir que el convenio debe respetar en todo momento el orden jurídico revisado en este ensayo. Además, el convenio de mediación puede ser la fuente de los demás instrumentos notariales, si es que derivado del proceso se contemplan como una forma de prever un conflicto.

CONCLUSIONES

La función notarial es una función eminentemente social, donde tiene una gran relevancia para proteger el patrimonio y la integridad de las personas en general. El notario al atender a las familias donde uno o varios de sus miembros tiene una o varias discapacidades del tipo intelectual o mental, apoya a generar certidumbre y tranquilidad en esa familia, su intervención se ve reforzada con el debido acompañamiento emocional que proporcionan las organizaciones de la sociedad civil.

De esta alianza entre notarios y organizaciones de la sociedad civil es como se puede otorgar escrituras y actas como son los testamentos, la escritura de voluntad anticipada, el nombramiento de tutor o tutriz y los convenios de mediación en sede notarial donde las familias tienen el espacio de hablar, de escuchar y de atender las necesidades de cada uno de sus miembros y poder acordar las mejores soluciones para cada uno de sus miembros.

Tiene especial relevancia la intervención del notario por medio de la realización de fe de hechos que tengan como fin verificar la intervención de un profesional de la salud que realiza una valoración integral de las personas que están viviendo en alguna institución donde pueden ser objeto de abusos de todo tipo.

En este último caso mi experiencia ha sido que gracias a la intervención notarial se han emitido manuales y procedimientos que garanticen que las personas con discapacidad mental o intelectual (en el caso concreto de unapersona que tiene un trastorno severo dentro del espectro autista) no sean víctimas de abusos sexuales, mentales o psicológicos.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA PROPUESTA DE LEGE FERNANDA

ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES
NOTARIO NUMERO 7 PÚBLICO ADSCRITO.
SAN LUIS POTOSÍ, MÉXICO

Sumario

RESUMEN
1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
2. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Abreviaturas:

CCSLP. Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.
CDPD. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

RESUMEN

Es responsabilidad del notario público fungir como asesor imparcial de los comparecientes y, además, es su deber poner especial cuidado en que su consejoy asistencia se dé en todo momento, utilizando un lenguaje y terminología adecuados al nivel social, educativo y cultural de los comparecientes. Procurando que en cada una de sus actuaciones éstas tengan una función equilibradora que permita a los ciudadanos capaces manifestar su voluntad, controlar y obligarse en igualdad de condiciones.

En la actualidad, y a resultas de la firma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[101], el Notariado mexicano se enfrenta a la necesidad de plantear las reformas legislativas necesarias que le permitan salvaguardar su Fe Pública y, al mismo tiempo, cumplir con el compromiso de asesorar y ejercer como apoyo institucional para que la persona con discapacidad cognitiva o psicosocial reciba toda la información y recomendaciones que le permita ejercer su capacidad legal en términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del mismo modo que hasta ahora lo ha venido haciendo con las personas capaces.

En ese sentido, esta breve intervención tiene por objeto armonizar la Leydel Notariado para el Estado de San Luis Potosí, con las bases generales y procedimientos que establece la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

---

[101] Ratificada por el Estado Mexicano el dos de mayo del año dos mil ocho. Organización de las Naciones Unidas. (2006, 13 diciembre). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tcconvs.pdf.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las afirmaciones que realiza el notario en los instrumentos que ante su fe se formalizaron no son un acto subjetivo de fe, sino afirmaciones que la sociedad está obligada a aceptar como verdaderas y que se traducen en juicios de legalidad, capacidad y legitimación.

De ahí que valorar la capacidad de las partes que concurren ante supresencia sea una potestad del notario. Toda vez que del análisis que éste realice sobre la capacidad de las partes, resultará la formalización o no de un acto ohecho jurídico, que estará dotado de la certeza jurídica que le otorga el juicio de capacidad pronunciado por el fedatario.

Hablando de capacidad y sin entrar en honduras, es importante señalar que la capacidad a la que me refiero a lo largo de este trabajo, es la capacidad de ejercicio, la capacidad del individuo de obligarse y ejercitar sus derechos per se[102].

La doctrina y la legislación nos dicen que sólo las personas capaces pueden protagonizar un acto o hecho jurídico. El texto del Artículo 77 de la Ley de Notariado para el Estado de San Luis Potosí, que se repite en 30 de las 32 Leyes del Notariado vigentes en el país dice:

Artículo 77

Para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad legal, bastará con que en ellos no se observen manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.

El texto del numeral 77 de la Ley del Notariado, únicamente habla de personas capaces o incapaces, sin matizar el grado de capacidad o competencias que una persona tiene cuando de capacidad legal se trata.

Mientras que el 74 fracción XII a)[103] y el 95 fracción II[104] del mismo ordenamiento, señalan que es el notario el que haciendo un juicio de valor hará constar bajo su fe la capacidad legal de las partes.

---

[102] ART. 17.1. Sólo a la ley le corresponde regular la capacidad e incapacidad de las personas. Habrá capacidad de goce, cuando se tiene la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y, capacidad de ejercicio cuando se tiene la aptitud para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones. Ley del Notariado para el estado de San Luís Potosí, México, 2020, Artículo 17.1

Lo que a la luz de la CDPD puede resultar en un acto de discriminación y una barrera a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad.

La Ley del Notariado limita la libertad de actuación del notario y es que, aunque el notario quisiese otorgar libertad a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, no existe fundamento legal que le permita recibir su comparecencia.

Por otro lado, el notario únicamente cuenta con lo que sus sentidos pueden percibir para emitir tal juicio y, por ende, resulta altamente arriesgado legitimar la capacidad legal del compareciente sabiendo que al pasar de los días su actuación pueda ser tildada de nula por falta de capacidad de las partes[105] o que en el peor de casos resulte en un daño patrimonial o personal al compareciente.

Siendo muy optimista, quizá podríamos pedir al fedatario que tuviera conocimientos médicos o que el mismo recibiera el parte de los médicos encargados del tratamiento de la persona discapacitada.

Sin embargo, el Código Civil vigente en el Estado establece que sólo la ley puede regular la capacidad o incapacidad de las personas y para mayor claridad el Artículo 17.2 somete expresamente a las personas incapaces a un régimen de sustitución legal, lo que nuevamente imposibilita al fedatario de cumplir con los lineamientos establecidos en la CDPD.

En conclusión, la reforma que propongo a los artículos 77 y 79 de la Ley del Notariado de San Luis Potosí, es urgente y necesaria. Además, con la armonización de la Ley con la CDPD, se ofrece una hoja de ruta que le da al Notariado la posibilidad de otorgar un espacio para que las personas con discapacidad puedan autogobernarse en los términos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

---

[103] Artículo 74 frac XIII. Hará constar bajo su fe: a) Que se aseguró de la identidad de los comparecientes y que, a su juicio, tienen capacidad legal. Ley del Notariado para el estado de San Luis Potosí, México, 2020, Artículo 74.

[104] Artículo 95. Entre los hechos que debe consignar el notario en actas, se encuentran los siguientes: I (...) II. La existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas identificadas por el notario. Ley delNotariado para el ESTADO DE San Luis Potosí. México, 2020, Artículo 95.

[105] El Artículo 163.1 del Código Civil para el estado de San Luis Potosí señala que el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas. La Ley del Notariado para el estado de San Luís Potosí, México, 2020.

La reforma planteada encuentra su fondo en la CDEPD y en el Amparo en Revisión 159/2013[106]. El Amparo en Revisión 159/2013 establece lineamientos concretos que deberán regir cuando la autoridad jurisdiccional trate de regular la capacidad e incapacidad de las personas.

Creo que el más importante, desde el punto de vista del Notariado y desde el propio interés de los interesados, es que en todo juicio de interdicción se tome como punto de partida el tipo de diversidad funcional del caso en concreto, permitiendo que, primero, se declarare el estado y el grado de capacidad de la persona y acto seguido se declare la tutela.

Gracias a lo anterior, de la sola lectura de la resolución dictada en juicio de interdicción, el notario podrá, en todo momento, establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en cuáles deberá intervenir el tutor.

Esto no exime al notario de emitir un juicio de capacidad en cada una de las actuaciones que consigne en su protocolo. Y tampoco lo exime de ajustar sus protocolos de actuación a la CDPD, de tal manera que la asesoría que brinda a las personas con discapacidad sea tan cuidada y diligente como lo hace con cualquierpersona.

No podemos perder de vista que cuando hablamos de personas con discapacidad hablamos de personas con discapacidad intelectual, psicosocial,sordas, hipoacúsicas, sordociegas o de edad avanzada con deterioro cognitivo, por tanto, tendrán necesidades específicas y, en consecuencia, en algunos casos el notario tendrá la necesidad de contar con la asistencia de traductores, mediadores, peritos, intérpretes en lenguajes de señales y, en general, de todos los medios humanos y tecnológicos que permitan que el comparecientecomprenda las consecuencias jurídicas de los actos celebrados.

El notario tendrá también que asegurarse de tener una comunicación efectiva en los términos o necesidades que presente la persona con discapacidad;realizar en todo momento la escucha activa de la persona; utilizar un lenguaje sencillo con frases cortas; crear un espacio seguro.

---

[106] Ampara en Revisión 159/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de octubre de 2013. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; Secretario: Javier Mijangos y González, pp. 6-9.

Y, por último, y como pieza clave de las pautas marcadas por la Convención, el notario público deberá generar un formato de lectura fácil de la escritura pública autorizada.

En un futuro cercano, espero que sobre la mesa estén las reformas de los artículos relativos a la incapacidad legal de las personas tanto en el CCSLP, comoen el Código de Familia del Estado.

Con una reforma que plantee la evolución del modelo de sustitución que impera en la legislación mexicana hasta asimilarse al sistema mixto que impera enlos Estados Unidos de América, en el que se acepta un sistema de sustitución, pero también uno de asistencia en dos modalidades: Guardianship of the person &Guardiship of the property.

Un sistema que haga una distinción del tipo de diversidad funcional de cadacaso en concreto, y permita establecer un régimen de asistencia o sustitución en función del estado y grado de discapacidad de la persona.

II. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Ley del Notariado de San Luis Potosí

Texto vigente	Reforma
Artículo 77. Para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad legal, bastará con que en ellos no se observenmanifestaciones deincapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.	**Artículo 77**. Para que el notario haga constar que el otorgante tiene capacidad legal, bastará con que de la conversación que sostenga con el compareciente, el notario llegue a la convicción de que el otorgante es capaz, ya que comprende cuanto se le comunica, no revela ningún dato que haga sospechar sobre su capacidad de entendimiento y manifiesta entender las consecuencias legales del acto o hecho jurídico que va a celebrar.

	En los casos en que el notario tenga conocimiento de que el compareciente está sujeto a un régimen de sustitución o tenga elementos suficientes para sospechar falta de capacidad, el notario se abstendrá de autorizar instrumentos en los que sujetos con incapacidad legal intervengan.
Artículo 79. Si alguno de los otorgantes fuere sordo, leerá por sí mismo la escritura. Si alguno declarare no saber ono poder leer, designará a unapersona que la lea y le dé a conocer el contenido de la escritura. El notario hará constar la forma en que los otorgantes se impusieron del contenido de la escritura.	**Artículo 79**. Si alguno de los otorgantes estuviere sujeto a un régimen de asistencia por resolución judicial, el notario deberá actuar tomando en consideración el grado de diversidad funcional que posee la persona con discapacidad y en todo momento: 1. *Utilizar lenguaje sencillo;* 2. *Solicitar información sobre el modo en que el comparecienterequiere o prefiere recibir información;* 3. *Consultar si necesita algún tipo de apoyo y de qué tipo;* 4. *Presentar al compareciente un documento en formato de lectura fácil;* 5. *Expedir una versión de lectura fácil con su versión original;* 6. *Si la persona con discapacidad lo desea o el notario lo encuentra necesario, se requerirá de una persona de confianza que asista al compareciente, en cuyo caso los datosgenerales del asistente se harán consta en el cuerpo delinstrumento.* En todos los casos, el Notario hará constar la forma en que los otorgantes manifestaron su voluntad y consentimiento, y tomarán conocimiento del contenido de la escritura y de sus consecuencias jurídicas.

CONCLUSIONES

Primera. La función notarial está en constante cambio y requiere de investigación y diálogo para poder responder a las necesidades sociales.

Segunda. El notario es un actor fundamental en el contexto de hacer válida la justicia cotidiana a todos los miembros de una sociedad que aspira ser másjusta y equitativa.

Tercera. En no pocos referentes jurídicos encontramos confusión en los términos de capacidad, incapacidad y discapacidad, por lo que es necesario que el notario tenga claro estos conceptos.

Cuarta. La autogobernanza es un elemento esencial en la configuración notarial, cuando el solicitante padece de una discapacidad mental o intelectual.

Quinta. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es de carácter vinculante para todos los actores jurídicos y el Notario mexicano está obligado a modificar su actuación generando los apoyos necesarios al caso concreto.

Sexta. No existe un derecho superior de la discapacidad, cada uno de los casos debe ser analizado por el notario quien debe valorar su adecuada intervención.

Séptima. La argumentación jurídica es una herramienta útil para resolver casos complejos como la configuración y clasificación de los casos difíciles en materia de discapacidad.

Octava. El notario de tipo latino ante la discapacidad requiere desarrollar habilidades como son: La empatía, la escucha activa, la neutralidad en el lenguaje y el respeto a la diferencia.

Novena. El notario debe acompañarse de las organizaciones de la sociedad civil para facilitar su actuación.

Decima. Los instrumentos notariales son el elemento idóneo paragarantizar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estos pueden y deben ser elaborados en formatos de fácil lectura cuando uno de los compa-recientes tenga alguna discapacidad intelectual omental.

Decima Primera. El Notariado mexicano debe impulsar los cambios legislativosque generen certeza a los notarios en su actuación.

BIBLIOGRAFÍA DE AUTORES



RICARDO GUTIÉRREZ PÉREZ

- Cursó la licenciatura en la Escuela Libre de Derecho.
- Cursó la Maestría en Ciencias Jurídicas en la Universidad Panamericana.
- Actualmente doctorando en la Escuela Libre de Derecho.
- Ha trabado en el Notariado de la Ciudad de México desde hace 31 años.
- Es titular de la Notaría 68 de la Ciudad de México.
- Ha formado parte de varias Comisiones del Colegio de Notarios de laCiudad de México.
- Fue presidente de la Comisión de DGRT de dicho Colegio.
- Y consejero en el bienio 2019-2021.
- Organizó y coordinó durante 2020 las conferencias y foros nacional e internacional sobre la Implementación de la Convención Sobre losDerechos de las Personas con Discapacidad en México, en algunos lugaresde Latinoamérica y en España que se impartieron telemáticamente.



M.D. JOSE ANTONIO ARMENDARIZ MUNGUIA

ESTUDIOS:

- Licenciatura
- Universidad Iberoamericana. - Licenciatura en Derecho titulado con la tesis
- “La Función Notarial en la Contratación Electrónica”
- Posgrado
- Universidad de Estudios de Postgrado en Derecho;
- Maestría en Derecho titulado con la tesis “El Notario ante el arbitraje”
- Instituto de Estudios Notariales del Estado de México. –
- Maestro en Derecho Notarial, primera generación.
- Universidad Anáhuac / Universidad Complutense de Madrid.-
- Doctorando en Derecho de la Empresa por ambas universidades.

ESPECIALIDADES:

- Centro de Estudios de Postgrado en Derecho; Diplomado en DerechoNotarial.
- Centro de Estudios de Postgrado en Derecho; Diplomado en DerechoRegistral.

- Centro de Estudios de Postgrado en Derecho; Diplomado en DerechoInmobiliario.
- Colegio de Notarios del Estado de México; Curso de Aspirante a Notario.
- Universidad Tecnológica de México/ Fundación EOI de Madrid España.- Especialidad y Master en Dirección de Empresas Industriales.

NOTARIA 60 DEL ESTADO DE MÉXICO

- Notario Titular número 60 del Estado de México por oposición.
- Notario mediador por parte del Poder Judicial del Estado de México, primera generación.
- COLEGIO DE NOTARIOS DEL ESTADO DE MÉXICO.
- Director del curso de Formación de aspirantes del Colegio de Notarios.
- Director Académico del Colegio de Notarios.
- Miembro del Comité Académico del Colegio de Notarios.
- Miembro de la Comisión Encargada de la Redacción del Reglamento de Arbitraje Notarial.
- Miembro de la Comisión Encargada de la Redacción del Reglamento de Mediación Notarial.
- Instituto de Estudios Notariales del Estado de México.
- Primer director del Instituto de Estudios Notariales en el Estado de México.
- Miembro del Comité Académico
- Coordinador de Posgrado

ASESOR CORPORATIVO:

- Presidente de la Comisión de Cabildeo de la Coparmex zona Oriente del Estado de México.
- Miembro del Ilustre y Nacional del Colegio de Abogados de México.
- Abogado Consultor de la Asociación de Industriales del Estado de México capítulo Ecatepec de Morelos.
- Presidente de la Comisión de Seguridad Jurídica de la Unión de Empresarios e Industriales del Estado de México.

CONSULTOR EXTERNO:

- Muros de México S de RL de C.V.
- Athanor Escenico S de RL de C.V.
- Athanor Diseño y Comunicación. S de RL de C.V.

PONENCIAS

- Ponente invitado en la sesión ordinaria de la asociación de industriales del estado de México con el tema “seguridad jurídica como forma de atraer la inversión municipal”.
- Ponente invitado en los foros organizados por México emprende de la secretaría de economía en el estado de México.
- Ponente en el curso de formación de aspirantes en los años 2007,2008, 2011.
- Ponente invitado en el foro internacional Found Raising 2016 organizado por la Fundación nosotros los Jóvenes y la Fundación vamos México.


LEX EST QUODCUMQUE NOTAMUS
UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

UNM

Universidad del Notariado Mundial



1



PALABRAS DE BIENVENIDA

UNIVERSIDAD DEL NOTARIADO MUNDIAL
JEAN PAUL DECORPS - UNM 2020-2022
5 DE JULIO DE 2021

NOT. DRA. CRISTINA N. ARMELLA - PRESIDENTA DE LA UINL

Les doy la bienvenida a esta novena edición de la **"Universidad del Notariado Mundial"** que organiza la UINL bajo la designación del **Profesor Jean Paul Decorps.**

El darnos cita en este "webinario" es un acto trascendente para la vida de nuestra organización internacional y todos nosotros sentimos el orgullo de ser protagonistas.

La UINL reconoce su origen en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, realizado en Buenos Aires, Argentina, en octubre de 1948. Este año cumpliremos 73 años de existencia. Y quizás, muchos de Uds. hoy se acercan por primera vez al mundo notarial internacional.

Y utilizo la palabra mundo porque son ochenta y nueve notariados de cinco continentes los que integran la organización, de los cuales uds. representan a treinta y tres de ellos. Y han tomado el compromiso de participar, de profundizar sus estudios y lo que es más importante, de incorporarse definitivamente a una realidad sin fronteras.

Esta organización internacional, que renueva sus autoridades democráticamente cada tres años, reconoce un sistema presidencialista, siendo sus directivos la presidencia, cinco vicepresidencias, una secretaría y una tesorería. La gestión se distribuye además en el Consejo de Dirección y el Consejo General. Hay cuatro Comisiones continentales (América, Europa,

África y Asia), siete Comisiones intercontinentales y seis grupos de trabajo. Una enorme cantidad de hombres y mujeres de derecho se esfuerzan, cotidianamente, dentro de los cuadros de la UINL, con dedicación y generosidad, cada uno en sus funciones y competencias, para consolidar la sustentabilidad de los objetivos estatutarios y reglamentarios.

Y los alumnos podrán preguntarse, ¿de qué se ocupa la UINL?

Lo fundamental es la consolidación de los principios y fundamentos del notariado de tipo latino en todos los notariados que la integran y en aquellos que en el futuro se incorporen.

Y estoy convencida que es necesario hacerles saber lo siguiente.

En esta legislatura la experiencia pandémica nos ha obligado a ocuparnos prioritariamente del ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual, por la necesidad de la incorporación de las herramientas tecnológicas en el quehacer funcional. Es por ello que hemos dictado un decálogo con las directrices que deben guiar el ejercicio notarial en esta materia, como documento inicial para el estudio profundizado, cuyos avances serán tema de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana, en San Juan de Puerto Rico del 20 al 22 de octubre de 2021, en forma presencial y mixta y en el XXX Congreso Internacional del Notariado, a celebrarse en la Ciudad de México, en noviembre de 2022.

Por su parte, los efectos adversos de la pandemia en las economías nacionales marcaron la necesidad del estudio pormenorizado de las sociedades comerciales como motores del desarrollo productivo en postpandemia, como así también a ocuparnos de los emprendedores y las pequeñas y medianas empresas, en el derecho comparado, contando ya con las primeras conclusiones en vías de avance, que evidencian la importancia de la intervención notarial en esta materia.

Seguimos trabajando en la prevención del delito del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y la creación de armas de destrucción masiva, principalmente participando del proyecto "LIGHT" 2020/21 que se ocupa de la formación de formadores en Europa, del cual la UINL forma parte; también en los estándares que deben ostentar los Órganos Centralizados de Prevención del Blanqueo en manos del notariado, que ya reconocen ejemplos exitosos en el Notariado de España y Perú; participamos en la presentación que ha efectuado la Unidad de Información Financiera del Estado Plurinacional de Bolivia del instructivo dictado para el notariado en su condición de sujetos obligados, en cumplimiento del convenio que une a ambas instituciones y seguimos difundiendo el documento sobre las "Buenas prácticas notariales" en la materia, que se aprobó bajo la Presidencia del Notario Marqueño de Llano, entre muchas otras gestiones que nos vinculan a organismos internacionales como por ejemplo GAFI y GAFI LAT y otros.

Mantenemos un interés puntal en la difusión de las Buenas Prácticas aprobadas por la UINL con relación a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, razón por la cual la problemática del discernimiento será abordado, también, en la XVIII Jornada Iberoamericana ya mencionada. Intervinimos por intermedio de la Comisión de Derechos Humanos en el Programa de la Unión Europea de "Just 4 All". Otros temas vinculados son la preocupación constante por el acceso a la justicia de las personas humanas y también el acceso al notariado como garante del ejercicio de los derechos en normalidad.

Hemos instituido el primer sábado de octubre, como el "Día Internacional del Asesoramiento Notarial de Puertas Abiertas" el que podrá realizarse presencialmente o por vía virtual, con la finalidad de promover el acercamiento de las personas del común a los notarios en un mismo día y bajo el auspicio de la UINL, con fines comunicacionales globales. Hemos creado un espacio de "Diálogo y Reflexión" con respecto al Día Internacional de la Mujer a los efectos de obtener conclusiones del rol de las notarias en el siglo XXI, proyecto que pretende visibilizar el principio de igualdad de género. Hemos suscripto un acuerdo de entendimiento con UNICEF global con la finalidad de fortalecer el rol del notariado en el asesoramiento brindado a los testadores para que sepan que pueden legar recursos económicos a este Fondo de Naciones Unidas dedicado a la protección de los niños, niñas y adolescentes en 190 países.

Estamos trabajando con ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), comprometiéndonos a proveer información y capacitación por medio de la plataforma en apoyo de las Pymes en América Latina.

Estamos ocupándonos de la redacción de una "Ley Notarial Modelo", que, como texto ideal, pueda servir de base tanto para los futuros notariados que se integren a la UINL como para todos aquellos que necesiten modernizar sus leyes vigentes.

También hemos encarado el compromiso institucional de redactar íntegramente un nuevo Estatuto y nuevo Reglamento para la UINL, que incorpore los avances tecnológicos y que se adapte a los estándares del siglo XXI.

Continuamos con los premios a la producción científica, en esta ocasión convocando al estudio de tres temas distintos, a elección de los autores, con el Premio Ducret del Congreso Internacional y hemos creado un nuevo premio para las Jornadas Iberoamericanas.

Hemos remozado la RIN (Revista Internacional del Notariado) en su formato digital que edita ONPI (Oficina Notarial Permanente Internacional) a la que le hemos encargado una publicación especial con respecto a la trayectoria de los veintiocho presidentes honorarios de nuestra organización.

Estamos desplegando una política expansiva en todos los continentes a los efectos de incor-

porar a notariados que aun no integran nuestra organización, como así también una política de fortalecimiento de aquellos notariados que ya la integran y que no son tan participativos.

Además, y muy importante, por el rol que les tocará desempeñar de todos Uds. los alumnos de la Universidad Mundial, implementamos el proyecto "Mundialización del movimiento del notariado novel", que ya existe en América, con muy buenos resultados, para extenderlo a los demás continentes.

Estos son solo algunos de los proyectos que motoriza la Unión, sin dejar de considerar que nuestros temas de todos los días son la persona humana, sus derechos fundamentales, la vulnerabilidad, la discapacidad, los temas de género, la violencia en todas sus manifestaciones, la igualdad, el acceso a la justicia y al notariado, el medio ambiente, el acceso a la tierra y a la vivienda, lo que evidencia el rol del notario y la notaria en la sociedad del siglo XXI, sin olvidar que debemos garantizar el seguridad jurídica y la paz social a las dos terceras partes de la población mundial a la cual le ofrecemos nuestros servicios para el desarrollo de sus derechos en normalidad. Y todo ello en interrelación con otros organismos internacionales como son, solo a manera de ejemplo, Naciones Unidas, FAO, UNCITRAL, OEA y Banco Mundial. Y lo más trascendente es nuestro acompañamiento a todas las organizaciones políticas notariales de los ochenta y nueve notariados miembros ante cualquier medida estadual gubernamental, administrativa o legislativa, que pueda impactar desfavorablemente en la función notarial.

Además, entre los objetivos de la UINL está la promoción, organización y desarrollo de la formación profesional de los notarios y notarias y el apoyo a los trabajos científicos en el ámbito notarial.

A los efectos de fortalecer los medios para cumplir con esos objetivos, introduje en mi plan de acción de esta legislatura 2020 – 2022 la construcción de la plataforma educativa virtual, que conjuntamente con la labor de las Academias continentales, las ya existentes en América y Europa y las que se están organizando en África y Asia y con la Universidad del Notariado Mundial, conforman una sólida estructura de transmisión del conocimiento científico específico en el área de nuestra incumbencia.

Contamos con los más destacados notarios, investigadores y profesores, de cada uno de los continentes y así nuestra UINL se convierte en un repositorio de información actualizada y que nos coloca a la vanguardia de los temas jurídicos no solo para el ejercicio de la función pública notarial, sino de interés para las comunidades en las cuales brindamos nuestro servicio.

La declaración de pandemia el 11 de marzo de 2020 por parte de la Organización Mundial de la Salud, Agencia de las Naciones Unidas, a partir de la aparición del COVID 19, y el con-

secuente aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por los Gobiernos, nos ha obligado a reconvertir toda la actividad de la UINL de presencial en virtual.

Desde su inicio esta oferta académica fue presencial, un año en Roma y un año en Buenos Aires. Solo se suspendió en 2019. Y en esta legislatura se reeditó en su versión virtual. Los resultados de la cohorte 2020 han sido muy exitosos, en especial si consideramos que fue la primera experiencia al respecto. Para este año auguro un resultado superador, en especial porque esta legislatura concluirá con una sesión especial de los alumnos en el Congreso Internacional de México, como se les irá informando.

El año pasado abrigamos la esperanza de poder volver a la presencialidad. No obstante, todavía no hemos podido vencer los efectos no deseados de la pandemia. Las pérdidas afectivas y materiales conforman un panorama desolador, una realidad distinta e inédita que se extiende por más tiempo que el deseado, con la sola esperanza de la vacunación masiva. No podemos darnos por vencidos. Debemos capitalizar lo sucedido, honrar a quienes nos han dejado y proyectarnos con fuerza hacia un futuro mejor.

Por ello, por nuestro poder de adaptación, resiliencia y férrea voluntad, hoy, una vez más, iniciamos una nueva edición de nuestra Universidad del Notariado Mundial, que generará en todos los alumnos un sentimiento de pertenencia que no se limitará a los meses de duración de esta oferta educativa, sino que, sin lugar a dudas, será una marca indeleble en su formación profesional y en la excelencia en la prestación del servicio de la función pública notarial. Formarse tempranamente no solo en el conocimiento del derecho nacional, sino también del derecho comparado e internacional privado les enriquecerá en lo personal y profesional.

La Universidad del Notariado Mundial les ofrece capacitación científica de calidad, entrenamiento en la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación, conocimiento de las herramientas que provee la UINL como su página web y su plataforma educativa virtual y lo que no es menor, conformar equipo con sus compañeros, con el Director Científico, con nuestro inspirador el Presidente Honorario Jean Paul Decorps y con el grupo de gestión institucional. Y la tecnología lo hace posible.

Para finalizar, solo me resta reiterarles lo que les dije el año pasado, a los alumnos de aquella promoción.

"Tratemos todos de desarrollar en la vía virtual los mismos valores de la actividad presencial. Reúnanse virtualmente para preparar sus investigaciones, generen un sólido compañerismo y consoliden una red de pertenencia como alumnos de la Universidad del Notariado Mundial. Profundicen sus estudios, interésense por el derecho que rige en otros países, sean observadores críticos de los aspectos prácticos de los requerimientos notariales y agudicen sus habilidades al tiempo de redactar los actos auténticos. Sus profesores los estaremos acompañando.

El *"lei motiv"* de mi Presidencia es *"innovar, sin perder la esencia"*. Y es lo que estamos haciendo.

Ahora los agradecimientos.

Gracias. A quien fuera el inspirador de esta oferta educativa que sabemos mantener vigente, a nuestro querido Presidente Honorario Jean-Paul Decorps.

Al Director Científico el Profesor Thierry Vachon, por enunciar las directrices de investigación.

A nuestros Profesores Christine Morin, Michel Grimaldi y Luc Weyts, por brindarnos todos sus saberes.

A nuestros alumnos, en tanto sin su entusiasmo, no existiría la Universidad del Notariado Mundial.

Y a todo nuestro sostén administrativo de la Secretaría de Roma, Elena Bevilaqua, Rita Caffelli y Elodie Letouche, en Singapur, por su esfuerzo incondicional.

A los intérpretes.

Gracias a todos nuevamente.

Doy así por iniciada esta novena edición de la Universidad del Notariado Mundial para el período 2020-2022 que abordará el tema de: "***El notario: un actor importante de seguridad en el Derecho Continental: Protección del ciudadano - Protección de la sociedad."*** Y en este año 2021 ***trataremos la función notarial y el acto auténtico del notario en el entorno digital".*** Les deseo el mayor de los éxitos.

Not. Dra. Cristina N. Armella
Presidenta de la UINL

2



MOTS DE BIENVENUE

OUVERTURE UNM 5 JUILLET 2021

THIERRY VACHÓN

Merci Élodie,

Merci Madame la présidente, chère Christina, pour vos chaleureux mots de bienvenue et d'ouverture de cette nouvelle (la 9ème) édition de l'université du notariat Jean-Paul Decorps.

Vous avez tout dit, mais je me permettrai de compléter votre intervention de quelques propos personnels.

Vous venez de l'affirmer avec force, et vous l'avez parfaitement souligné, la formation est pour notre Union un vecteur essentiel de notre action, et notre Université Mondiale est incontestablement un temps fort de cette mission, tellement essentielle, que nous nous sommes fixés.

Aussi, je suis donc particulièrement heureux d'accueillir sur cette plateforme près de 95 étudiants, représentant 33 pays du monde situés sur 4 continents.

Bien sûr nous préférerions être ensemble à Rome ou à Buenos-Aires pour inaugurer une semaine de travaux en présentiel, pour nous rencontrer en chair et en os, échanger nos idées, confronter nos opinions et, en un mot, vivre ces quelques jours ensemble.

Cette année encore, malheureusement, ce temps n'est pas encore venu, mais nous souhaitons tous que l'année 2022 soit enfin celle d'un retour à la vie normale et à la chaleur humaine partagée.

Malgré la crise sanitaire, et à l'image de notre profession, notre Université s'adapte et continue à vivre ses projets ;

Grâce aux nouvelles technologies nous voici donc à nouveau réunis, pour la 2e fois, pour une 9ème édition, entièrement digitale, de notre université.

Avant de vous présenter les professeurs qui vont nous accompagner pendant vos travaux, je voudrais brièvement vous rappeler les objectifs de ces journées universitaires de forma -tion, en soulignant plus particulièrement les 3 axes majeurs qui vont traverser nos travaux :

Celui du Droit Continental tout d'abord ;
Celui de la grande diversité de nos droits, ensuite ;
Et enfin, fort de ce constat, celui de la nécessité de travailler ensemble.

Ce sera bien autour de ces trois axes que nous pourrons découvrir toute la richesse de nos échanges.

Le premier axe de nos travaux est donc celui du Droit Continental : ce patrimoine commun reçu en héritage dans les systèmes juridiques de tous les pays membres de notre union, et même au-delà, puisqu'en réalité il est présent dans plus de 121 pays regroupant plus des deux-tiers de la population mondiale.

Le thème de travail retenu pour notre Université :

> *Le Notaire : un acteur majeur du Droit Continental :*
> *Protection du citoyen – protection de la Société*

est directement issu de cette tradition juridique multiséculaire et dans laquelle l'institution notariale occupe une place unique, à la fois située en frontière des intérêts privés et de l'intérêt général, mais aussi chargée d'une mission singulière au service du citoyen tout autant qu'au service de l'état.

L'intervention du notaire, son rôle, son statut, ses missions, constitueront le fil rouge qui traversera les interventions de chaque professeur et qui mettra en lumière les raisons de l'utilité de cette institution dans nos droits mais aussi son adaptabilité remarquable, qui lui réserve une place de choix dans le monde digitales d'aujourd'hui ainsi que la crise sanitaire a pu le démontrer.

Les expériences digitales diverses menées depuis de le début de la crise sanitaire devront plus particulièrement guider nos travaux, la mission du notaire devant être plus particulièrement envisagée dans le contexte particulier de l'utilisation des nouvelles technologies.

Mais face à cet héritage commun, vous aurez aussi à vous confronter à la diversité de vos droits.

Si le Droit Continental est bien notre tradition commune, et si le notaire en est l'un des acteurs pivots, vous aurez l'occasion de constater que nos droits nationaux, à travers leurs choix historiques, éthiques, moraux, sociaux, parfois religieux, ont donné des contenus parfois bien différent à cet héritage dans chacun de nos états.

Durant ces journées, vous aurez alors à examiner les raisons de ces choix et de ces évolutions, mais aussi à vous interroger sur la place réservée aux notaires dans vos législations pour tenter d'y déceler les motifs profonds ou les raisons intimes pour lesquels l'intervention de ce professionnel aura (ou non) été jugée essentielle pour l'application de la règle de droit.

Ce travail vous permettra certainement de constater que la mission du notaire dépasse la simple sécurité juridique pour revêtir un véritable rôle de médiateur au service de la paix sociale.

Enfin pour permettre la réalisation de ces 2 premiers objectifs le 3e vous sera indispensable : vous aller devoir travailler ensemble, confronter vos idées, étayer vos réflexions communes, en rechercher la synthèse.

Bien sûr, ici sera donc le rôle essentiel d'accompagnement de nos professeurs :

- chargés de structurer et de faire avancer vos travaux sans pour autant rien vous imposer dans vos réflexions ou dans vos conclusions

- chargés de ce rôle de guide qui conduira à la confrontation heureuse de vos travaux et de révélateur des résultats fructueux que vous nous présenterez ensemble lors de nos journées finales.

Vos professeurs sauront vous faire travailler pour mettre en lumière les différences de vos droits mais aussi les fondamentaux communs de votre fonction.

La crise sanitaire qui sévit depuis 18 moins, les multiples expérimentations digitales qui se sont développées pour y faire face seront également l'occasion unique de nous interroger sur nos droits qui ont dû s'adapter et évoluer très vite et sur la place que notre profession a su prendre dans ce grand bond en avant qui bouleverse bien des habitudes et pose bien des questions sur l'avenir de nos pratiques.

Nos objectif étant ainsi rappelés, j'ai le plaisir de vous présenter les 4 professeurs qui vont vous accompagner pendant ces magnifiques journées :

Je commencerai par notre consœur Christine Morin tout d'abord, notaire émérite à Québec, elle est professeure de Droit Civil à l'université Laval de Québec et plus particulièrement impliquée au sein de la chaire de Droit des Aînés ; elle nous accompagnera dans des travaux plus particulièrement orientés autour des questions posées en Droit de la Famille et particulièrement en examinant le Droit des Personnes.

Michel Grimaldi est quant à lui professeur émérite à la faculté de Droit de l'université Paris II Panthéon-Assas ; professeur associé et docteur *Honoris Causa* de nombreuses universités à travers le monde, il nous accompagnera également sur le thème du droit de la famille en abordant plus particulièrement le thème des Successions et des Libéralités.

Luc Weyts, Notaire Emérite ayant exercé à Mechelen en Belgique, professeur à l'Université Catholique de Louvain (Leuven), guidera vos pas et vos travaux sur les chemins du Droit du Patrimoine.

Enfin, *last but not least*, notre présidente : La présence de Christina Noemi Armella nous rappellera que, à côté de sa fonction de notaire à Buenos Aires, et aujourd'hui de son mandat de présidente de l'Union Internationale du Notariat, elle a toujours mis en avant l'enseignement comme clef de voute de notre profession. Toujours passionnée par la transmission du savoir et l'enseignement, elle a été professeure puis recteure de l'Université Notarial argentine de Buenos Aires ; elle nous fait l'honneur de consacrer un peu de son temps à notre Université.

Et puis, je ne peux pas conclure cette présentation de notre corps enseignant sans évoquer la présence parmi nous, aujourd'hui et lors de nos travaux de clôture, du fondateur de notre Université, président honoraire de notre Union, tout à la fois notaire exemplaire et enseignant universitaire dévoué, j'ai nommé Jean-Paul Decorps ; notre université porte bien légitimement son nom et cette année encore nous aurons la chance de l'entendre dans deux *lectio magistralis*, à travers lesquelles il partagera avec nous sa longue expérience du notariat et sa vision pour l'avenir de notre profession.

Par avance je remercie tous nos professeurs pour leur implication et leur générosité pour faire vivre notre belle aventure ; je sais leur dévouement sans faille, leur sens de la pédagogie remarquable, et leurs analyses passionnantes ; ce sont eux qui vous permettront de vivre de merveilleux moments de réflexion et d'apprentissage sur notre profession.

Dans quelques instants Élodie, notre coordinatrice générale, va vous détailler les modalités pratiques de votre travail et de vos échanges avec les professeurs, mais, avant de laisser chacun des professeurs présenter leurs thèmes de travail, Elodie et moi avons souhaité laisser un instant la parole à trois de nos étudiantes, qui, tellement passionnées par notre session de l'an dernier ont souhaité se réinscrire pour notre 9ème édition ; je vais leur demander en 2mn maximum de partager avec nous leur expérience d'étudiante au sein de notre université.

Je redonne donc la parole à Elodie qui va les inviter à prendre brièvement la parole. A nouveau je vous souhaite la bienvenue à tous, et des travaux aussi passionnants que fructueux.

3



WEBINAIRE D'OUVERTURE

UNIVERSITÉ DU NOTARIAT - 5 JUILLET 2021
MODULE 2 « LA PERSONNE »

PROFESSEURE CHRISTINE MORIN, QUÉBEC (CANADA)

Je suis heureuse de pouvoir participer à cette nouvelle édition virtuelle de l'Université du notariat mondial avec vous tous, à partir de mon bureau à la Faculté de droit de l'Université Laval dans la province de Québec, au Canada.

Pour cette édition 2021 de l'Université du notariat sur « La fonction notariale et l'acte authentique du notaire dans un contexte numérique (ou *digital*) », je suis la professeure responsable du Module 2 qui porte sur « La personne ». Je travaillerai, de façon plus étroite, avec les étudiantes et les étudiants du groupe francophone A.

C'est connu, parce qu'il est un conseiller juridique impartial et un officier public, le notaire se doit de conseiller toutes les parties pour qu'elles puissent exercer leurs droits et consentir à des actes juridiques de façon libre et éclairée. Au sein du Module 2 « La personne », les étudiantes et les étudiants seront amenés à réfléchir au rôle du notaire dans l'accompagnement de ses clients dans un contexte numérique, c'est-à-dire lorsque le notaire instrumentalise un acte à distance via une plateforme numérique, qu'il s'agisse de Zoom, Teams, Google Meet ou de toute autre plateforme numérique semblable. Il sera question du rôle du notaire en contexte numérique de façon générale, mais aussi, plus précisément dans chacun des notariats des participant(e)s.

Nous allons discuter de l'accompagnement des parties par le notaire dans trois types de situations :

La première, celle où le notaire reçoit un acte juridique ou un contrat à distance avec un ou plusieurs clients qui sont tous juridiquement capables et dont l'aptitude à consentir n'est pas remise en question. Autrement dit, nous discuterons du rôle du notaire auprès des parties dans les situations qui sont les plus courantes.

Nous nous intéresserons ensuite à l'instrumentalisation à distance lorsque l'une des parties est en situation de vulnérabilité, que ce soit en raison de son âge, de son sexe, d'un handicap, d'une maladie ou pour une combinaison de facteurs. On sait que, lorsqu'une partie est en situation de vulnérabilité, le rôle du notaire est d'autant plus important qu'il doit offrir un plus grand accompagnement à cette partie afin de s'assurer qu'elle puisse effectivement jouir de ses droits et les exercer pleinement.

Finalement, nous discuterons d'un troisième type de situations, celle de la réception d'un acte à distance lorsqu'une partie a été déclarée inapte – qu'elle est juridiquement incapable – et qu'une autre personne doit l'assister ou la représenter dans l'exercice de ses droits civils. On peut songer ici aux personnes qui bénéficient d'une curatelle ou d'une tutelle.

Dans les trois cas – personnes capables / personnes en situation de vulnérabilité / personnes incapables – nous tenterons de dégager les risques réels ou appréhendés de recevoir un acte notarié à distance. On peut, par exemple, penser au risque de fraude, au vol d'identité, à l'influence indue, à la captation ou à tout autre procédé qui est susceptible de vicier le consentement d'une personne.

Nous traiterons également de la gestion de ces risques par le notaire. Nous essaierons de voir comment, dans un contexte numérique, le notaire peut adopter une approche qui soit sécuritaire pour toutes les parties.

Nous discuterons finalement des avantages et des inconvénients de la réception des actes notariés à distance, en ayant à l'esprit la sécurité juridique en général, mais aussi la protection des droits de toutes les parties concernées.

Dans le cadre de nos discussions, il sera question de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, une convention qui a influencé l'activité notariale dans plusieurs pays depuis son entrée en vigueur en 2008. Nous traiterons aussi du guide qui a été adopté par l'UINL à la suite de la convention *(Recommandations sur le rôle du notaire comme prestataire d'accompagnement institutionnel à la personne handicapée)*. Nous verrons comment la Convention internationale et le Guide de l'UINL invitent les notaires de tous les pays à adapter leur pratique (en présence et à distance), de manière à favoriser la pleine participation sociale de toutes les personnes, ainsi que le respect de leurs droits. Par ailleurs, comme il est question de contexte numérique, les recommandations du Groupe de travail de l'UINL sur les nouvelles technologies – désignées *Décalogue sur les actes à distance* – seront aussi présentées brièvement.

Pour conclure et résumer simplement à propos du Module 2 : ensemble, nous tenterons de dégager comment, grâce à la technologie, le notaire facilite ou pourrait faciliter l'accès au droit et à la justice pour toutes les personnes, et ce, quelle que soit leur situation.

À la suite de ce webinaire, les étudiantes et les étudiants du groupe francophone A recevront le questionnaire que j'ai préparé. Nous aurons l'occasion d'en discuter plus en détail le mardi 20 juillet et le mardi 5 octobre. Nous reviendrons ensuite en discuter avec tous les participant(e)s de l'Université du notariat, sur Zoom, les 26 et 27 octobre. Finalement, avec un peu de chance, nous devrions pouvoir en parler tous ensemble, en personne, à Mexico City lors du Congrès de l'UINL à l'automne 2022.

Si le « numérique » a assurément des avantages, comme nous aurons l'occasion d'en discuter pendant cette édition virtuelle de l'Université du notariat, le « présentiel » offre également de nombreux aspects positifs. J'espère que nous pourrons en profiter en 2022. Je nous le souhaite sincèrement.

4



WEBINAIRE D'OUVERTURE

UNIVERSITÉ DU NOTARIAT MONDIAL - 5 JUILLET 2021

LE NOTAIRE : UN ACTEUR MAJEUR DE LA SECURITE DANS LE DROIT CONTINENTAL : PROTECTION DU CITOYEN - PROTECTION DE LA SOCIETE

LA FONCTION NOTARIALE ET L'ACTE AUTHENTIQUE DU NOTAIRE DANS UN CONTEXTE DIGITAL

SUCCESSIONS

PROFESSEUR MICHEL GRIMALDI - UNIVERSITÉ PARIS II

PRESENTATION GENERALE DU THEME

1. Le notaire est un **officier** public délégataire d'une double mission de service public : une mission d'**authentification** et une mission de conseil.

D'une part, il authentifie les conventions des particuliers en les constatant dans un acte qui est doté d'une force probante particulière et, souvent, de la force exécutoire, qui est seul éligible à la publicité foncière et dont la conservation est assurée.

D'autre part et en amont, il doit aux parties – et à toutes les parties – avant qu'elles ne consentent un conseil absolument impartial qui les éclaire sur le sens et la portée de leurs engagements. Le notaire – dit-on – est l'homme, non pas de l'une ou l'autre des parties, mais de l'acte qu'il reçoit.

2. Cette double mission est sans nul doute d'une importance particulière en **matière successorale**. Le devoir de conseil et le devoir d'authentification – pour prendre les choses dans l'ordre chronologique – y revêtent une importance particulière :

Le devoir de conseil

• En premier lieu, lorsque, par une disposition à cause de mort, tel un testament ou institution contractuelle, une personne entend régler sa succession pour le jour où elle s 'ouvrira, elle s'exprime en contemplation de sa propre finitude et souvent à un moment proche du terme de sa vie.

Or cette perspective peut, sur le fond, troubler son discernement, conduire à des exclusions ou des élections déraisonnables. Aussi est-il bon qu'un professionnel accoutumé à la réception des dernières volontés lui fasse prendre une claire conscience de la portée de celles-ci au fil d'un dialogue conduit avec tact et délicatesse.

En outre, cette même perspective peut, en la forme, troubler l'expression de sa volonté, formulée en des phrases obscures, confuses voire contradictoires (qui ne connaît

l'inépuisable contentieux de l'interprétation des testaments olographes). Aussi est-il utile que ce même professionnel l'aide à formuler clairement ses volontés, celles-ci une foi arrêtées.

• En second lieu, celui qui règle sa succession – que ce soit pour l'heure de sa mort (par des dispositions de dernière volonté) ou par anticipation (par des dispositions entre vifs : donations ou pactes successoraux) – le fait pas des actes dont les effets sont d'une grande complexité et d'une technicité parfois redoutable : le rapport à fin d'égalité, la réduction pour atteinte à la réserve, la libéralité transgénérationnelle, la libéralité graduelle (ou substitution) ou résiduelle (ou de *residuo*) supposent une compétence juridique éprouvée. L'assistance d'un professionnel est nécessaire à une bonne compréhension de tels actes.

Ajoutons que ce devoir de conseil, au fond et en la forme, est d'autant plus important que le règlement successoral ne sort ses pleins effets qu'après la mort du de *cujus* : à un moment, donc, où celui-ci n'est plus là pour corriger ou expliquer ce qu'il a voulu... L'injustice ou l'incertitude du règlement qu'il a maladroitement aménagé alimentent alors un contentieux d'autant plus redoutable que, derrière les intérêts patrimoniaux, ce sont des rancœurs et des rancunes familiales qui s'expriment : le patrimoine est l'exutoire de frustrations personnelles, le ressentiment affectif l'emporte sur la rationalité économique. C'est ce contentieux à rebonds que l'intervention notariale permet de prévenir. Ici plus qu'ailleurs, le notaire est l'agent d'un service public de la prévention des litiges, grâce auquel les tribunaux, chargés du service public de la résolution des litiges, sont pour une large part désencombrés.

Le devoir d'authentification

Si, en matière successorale, le devoir d'authentification est particulièrement précieux, c'est principalement pour la raison qui vient d'être dite à propos du devoir de conseil : à l'heure

du règlement successoral, le de cujus n'est plus là pour dire s'il est ou non l'auteur du testament brandi par un soi-disant légataire ou encore pour départager ses enfants sur l'existence controversée d'un don manuel qu'il aurait fait à l'un d'eux. Il est donc particulièrement opportun que le règlement successoral soit constaté dans un acte dont la force probante soit suffisante et la conservation assurée : deux qualités qui sont celles de l'acte notarié.

Songeons au testament. S'il est olographe, il n'est qu'un acte sous signature privée : comme tel, il ne fait pas foi de son origine (les héritiers pourront dénier la signature de leur auteur et ce sera au légataire d'établir que le testament est bien l'œuvre du de *cujus*), et il est exposé au risque de perte fortuite par le testateur lui-même (qui l'égare parmi ses papiers domestiques ou le supprime par inadvertance) ou de destruction frauduleuse par les héritiers auxquels il préjudicie. Si, en revanche, il est authentique, il fait foi de son origine jusqu'à inscription de faux et il est conservé par le notaire au rang de ses minutes.

3. La numérisation des actes et la dématérialisation des biens. Il convient ici de distinguer les deux phénomènes.

a. La numérisation des actes désigne la transformation du support de l'écrit : le passage du support papier au support numérique.

Le notariat ne saurait être suspecté de bouder cette mutation.

Dans un premier temps, en effet, il a parfaitement su adapter l'établissement de ses actes à la numérisation : dans la plupart des pays de l'Union Internationale du Notariat, l'acte notarié peut être dressé sur support papier ou sur support électronique, et chaque notaire est ainsi doté d'une signature électronique qui lui permet de conférer l'authenticité aux actes sur lesquels il l'appose. La dématérialisation de l'ensemble des actes instrumentaires a même été parfois l'occasion de rehausser la valeur de l'acte authentique : c'est ainsi qu'en France le principe de l'équivalence entre l'acte sur support papier et l'acte sur support électronique est absolu pour l'acte notarié alors qu'il souffre des exceptions pour l'acte sous seing privé, qui, en matière familiale, doit être fait sur support papier. Et cet acte notarié numérisé a rendu et rend déjà de notables services : la conservation, ou plutôt le stockage en est facilité dans des minutiers eux-mêmes dématérialisés ; la circulation en est fluidifiée sur des réseaux sécurisés qui relient les études aux registres de la publicité foncière, dont il a ainsi permis la dématérialisation ; et puis enfin l'acte notarié peut être établi entre parties distantes l'une de l'autre, car l'avantage majeur de l'acte sur support électronique est précisément de faciliter la conclusion de contrat à distance (entre parties présentes, l'ordinateur n'est qu'une machine à écrire perfectionnée…). Mais dans ce scenario, chacune des parties consent en présence d'un notaire, de sorte que si l'établissement de l'acte obéit certes à des règles nouvelles, notamment en ce qu'il implique l'intervention de deux notaires (d'autant de notaires qu'il existe de parties distantes), sa réception ne se trouve pas altérée : chacune des parties est accueillie à l'étude d'un notaire et l'officier public y recueille son consentement après l'avoir éclairé et contrôlé sa

réalité et sa qualité, avant de clore la cérémonie par l'apposition de sa signature qui fait de l'acte un acte public. Simplement, la cérémonie se trouve dupliquée : le conseil, qui éclaire le consentement, et l'authentification, qui le constate, sont l'œuvre de deux notaires distants.

Mais, dans un second temps, qui est celui où nous nous trouvons, il est proposé d'aller plus loin, et même beaucoup plus loin. Il est suggéré de permettre un acte notarié, non plus seulement entre parties distantes l'une de l'autre, mais entre des parties distantes du notaire. Ce n'est plus alors seulement l'établissement de l'acte qui est en cause, c'est sa réception proprement dite : c'est la façon dont le notaire s'acquitte de son double devoir de conseil et d'authentification ; et comme ce double devoir justifie les effets spécifiques de l'acte notarié (force probante, force exécutoire, accès au registre foncier), ce sont finalement les fondements mêmes de l'authenticité et donc le service public notarial qui se trouve au cœur du débat. Ce débat a été évidemment ravivé par la pandémie qui a entravé la circulation des personnes et provoqué une large substitution (temporaire ?) du distanciel au présentiel.

Il conviendra de rechercher si cette mutation, l'une achevée (premier temps), l'autre entamée ou simplement envisagée (second temps), présente une spécificité en matière successorale, compte tenu de la nature et de l'objet des actes que le notaire dresse lors de la préparation d'une succession future ou du règlement d'une succession ouverte.

b. La dématérialisation des biens désigne soit la perte de corporalité qui affecte certains biens, soit l'apparition de nouveaux biens qui sont incorporels. Ainsi, d'un côté, la monnaie ou les valeurs mobilières se sont dématérialisées avec l'apparition de la monnaie scripturale (substituée à la monnaie métallique ou à la monnaie papier) et des valeurs mobilières inscrites en compte (et la disparition corrélative des titres au porteur). Et, d'un autre côté, des biens sont apparus au fil du temps, certains depuis de nombreuses années, qui sont dépourvus de corporalité : il peut s'agir de biens qui sont dans le commerce, tels le fonds de commerce, les droits de propriété intellectuelle, les gains enregistrés sur des jeux numériques ; il peut aussi s'agir de biens (*lato sensu*) dont la valeur est extrapatrimoniale, telle l'identité numérique, qui désigne les données personnelles stockées sur le net.

Il s'agira ici de rechercher si et comment ces biens sont appréhendés par le droit des successions et des libéralités. Leur transmission à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, obéit-elle à des règles particulières ? Est-elle limitée, dans son principe ou dans ses modalités ?

4. Présentation du questionnaire. Le questionnaire vise à mesurer l'impact de la numérisation des actes (I) et de la dématérialisation des biens (II) sur la pratique notariale en matière de successions.

Le sujet doit être traité de *lege lata et de lege ferenda*. Par conséquent, les réponses aux questions posées doivent prendre en compte non seulement le droit positif (y compris les dispositions temporaires qui ont pu être adoptées pour faire face à la crise sanitaire de la COVID 19), mais aussi les réformes envisagées.

5



WNU INTRODUCTION

WORLD NOTARIAL UNIVERSITY - JULY 3, 2021

MODULE 4: ESTATE

LUC WEYTS - BELGIUM

Dear President Misses Cristina Armella, dear Colleagues, dear participants.

1. As responsible for module number 4 about estate, we continue the research concerning the deed of purchase or sale of an immovable, this time especially focused on the drawing up of this deed in an growing digital world.

Last year we tested our knowledge about this deed under all its aspects. Besides the new questionnaire for this year, the *new participants* can get the previous one and the summary I made of all our discussions.

On **a video** I explain in general the purpose of our debate and describe briefly my country and myself. Today I only want to emphasize some details. The target is to explore only two topics concerning this important deed.

Can we use a digital deed in this field, and how far can we go by using it?

We start with the **virtual power of attorney** in order to organize later the representation of an absent client on the final deed of purchase or sale.

Also we analyse how **the price** can be paid. Can we use cryptocurrency, better known as bitcoins? In addition to this, we explore the - so called - **charter or memorandum of a company.** This

concerns the foundation of such a company for entrepreneurs, business people and professionals as doctors, lawyers and so on.

It is probably in this last domain, that we would use such a digital deed the most.

2. Since the Corona outbreak, there **seems to exist a real need** for digital powers of attorney in order to sign the final deed of purchase or charter of a company.

But how far can we go on this path? Shall we allow those digital mandates in all circumstances after Corona, or only exceptionally? *Do they contain a danger for our profession?*

Clients normally **prefer to meet their notary in his office**. They want to have eye contact and get good advices.

For a **seller** the signing of such a deed is less important, than for the buyer. The seller finally wants to cash his price. That's it. But for the **buyer** this event is really essential. He wants to get as much information as possible from his notary, rather physically.

3. In Belgium and in France we used already **virtual mandates even before Covid 19**. The reason is that we accept the intervention of 2 notaries for these deeds, one for the seller and one for the buyer.

When the distance between two notary offices is large and in order to avoid traffic jam, **one of the clients, normally the seller**, signs a digital power of attorney in the office of his family notary, allowing him to take part in the drawing up of the final deed by video conference, which takes place simultaneously in the office of the other notary. By doing so, we builded up some experience in this field.

Thanks to Corona this system of a digital power of attorney **has been extended** in Belgium by an *Act of April 2020* , which offers the possibility for clients, who are afraid of corona, not to assist physically at the notarial signature.

This Act received even **a permanent character** and remains valid after Covid 19. That means that clients can opt for a virtual power of attorney, that they prepare at home with the assistance of their notary, set up by an electronic way.

Such a digital power of attorney *can be used now for any kind of notarial deed*, except for wills (testaments) or oath taking. **How is the situation in the other countries ?**

It is *obvious* that in the field of **corporate or company law**, we will employ the digital deed more frequently. Most entrepreneurs, business man or professionals have generally no time to loose. They require a quick and trendy intervention of their notary. For them an eventual virtual deed could be a heaven on earth.

Perhaps **not for the first deed, and not for starters of midsized firms**. And nearly 95% of the firms are of this size. These starters prefer to obtain physically a personal and direct advice from their notary, for example about what will happen with their shares after dead, after a divorce and so on.

But later on, for **modifications of the by-laws**, they will likely agree to undersign these deeds from their home by digital signature, receiving all information by video-conference, which remains compulsory to grant an authentic notarial deed.

We also have to know that from the 1 of August 2021 **the European Parliament** introduced in all European countries *the possibility of an online set up of a limited company* thanks to an European Directive 2019/1151 concerning corporate law.

4. Perhaps the day will come that the notary shall even organize the digital drawing up **of the final deed by video-conference**, without using first such a digital power of attorney.

The client, who is not able to assist physically, can listen and participate on the screen. He will be able to intervene, when a discussion-point arise. He can ask all questions concerning this final deed, proving at the same time his identity.

We will certainly act in this way for **less important deeds** for our clients. But that is the future.

5. On our debate we will investigate together, if this virtual power of attorney, that we use already nowadays, is an **authentic deed**. I think so, while the notary sees and hears his client on the screen, as if he were physically there.

Secondly we discuss **the territorial problem**. The *client* of course can sign that digital authentic power of attorney from any place, even from another country. Not the *notary.* He has to operate from his own office or at least from his territory or area, where he is only authorized to sign.

Third. Will this deed, signed by a digital way, **be valid in another country**? I am convinced that the answer should be yes, when all requirements as video-conference have been followed. This concerns a technical procedure.

6. Is this digital revolution a **danger for our notarial system** ? Does this mean a turning point in our profession ?

Certainly not. This is the inescapable future. Let's embrace these new technologies. They will help us to do our work much faster and more precisely. They will simplify our work. They will grant us more time to improve our legal skills and to provide our clients with a more adequate service. ''Let's look forwards and believe in a better future'', remembering Obama's words when starting his second term : ''the best is yet to come".

L. WEYTS - 3th of July 2021
*** 32 475 803788 (Belgium)*

6



WEBINAIRE DE CLOTURE

UNIVERSITÉ DU NOTARIAT MONDIAL JEAN-PAUL DECORPS 2020 - 2022
26 ET 27 OCTOBRE 2021 (virtuel)
LA PERSONNE

ME CHRISTINE MORIN, PROFESSEURE AU CANADA ET NOT. E.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Le thème de l'Université du notariat mondial pour le triennat 2020-2022 est « Le notaire : un acteur majeur de la sécurité dans le droit continental : Protection du citoyen – Protection de la société »[1]. Pour l'édition 2021, l'angle d'étude retenu est celui de « la fonction notariale et l'acte authentique du notaire dans un contexte numérique (digital) »[2].

C'est connu, la pandémie de COVID-19 a eu un impact sur le travail du notaire dans la plupart des pays. Pour le module 2 qui porte sur « La personne » et suivant l'angle d'étude proposé, c'est le rôle du notaire comme conseiller des parties dans un contexte numérique qui a été étudié par les étudiantes et étudiants.

À titre de conseiller juridique impartial et d'officier public, le notaire doit conseiller toutes les parties. Il doit également accompagner celles qui sont en situation de vulnérabilité, et ce, quelle que soit la cause de cette vulnérabilité : sexe, âge, handicap, maladie, combinaison de facteurs, etc., afin que ces personnes puissent jouir de leurs droits et les exercer pleinement.

[1] La forme masculine est utilisée dans le but d'alléger le texte et désigne aussi bien les hommes que les femmes.
[2] Rappelons que l'angle d'étude pour l'édition 2020 était : *« Réaction et adaptabilité de la fonction notariale suite à la pandémie »*.

Malgré la présence de contraintes, qu'elles soient occasionnées par la pandémie ou autrement, le rôle fondamental du notaire comme conseiller juridique et officier public demeure. Rappelons d'ailleurs que depuis le début de la pandémie, le notaire est considéré comme un « service essentiel » pour la population dans plusieurs pays.

Ce rapport de synthèse fait le point sur le rôle du notaire comme conseiller des parties dans un contexte numérique à partir des réponses au questionnaire préparées par 13 étudiantes et étudiants qui ont agi comme rapporteurs nationaux pour leur pays respectif. Ils sont remerciés pour leurs rapports et pour leurs vidéos.

Dans l'ordre alphabétique des pays, il s'agit de :

Mariangeles Personeni (Argentina)
Bernhardt Pauger (Austria)
Saidou Compaore (Burkina Faso)
Don de Dieu Ebata (Congo)
Fany Amanda Matoumona Issongo (Congo)
Lenka Holikova (Czech Republic)
Laurine Heudiard (France)
France Malepart (France)
Barbara Tobelaim (France)
Alessia Apice (Italy)
Annabelle Chénard (Québec, Canada)
Razvan Antohie (Romania)
Sartabe Goikinan (Tchad)

À la lumière des rapports nationaux, ce rapport discute d'abord du rôle du notaire dans l'accompagnement des personnes dans un contexte numérique, de façon générale (partie II). Il traite ensuite de ce même rôle du notaire lorsqu'il s'agit de clients qui sont en situation de vulnérabilité (partie III) ou qui ont été déclarés inaptes (partie IV). Préliminairement, afin de mieux comprendre les normes en place dans le pays de chacun des rapporteurs, ce rapport revient sur la question de la dématérialisation des actes notariés et sur celle de l'instrumentalisation à distance (partie I)[3].

[3] Ce rapport de synthèse ne traite pas systématiquement de tous les points qui sont discutés dans les rapports nationaux. Il revient sur les principaux éléments des rapports, notamment ceux qui apparaissent les plus distinctifs, inspirants ou inusités. Le lecteur est invité à consulter les rapports des différents pays ou à visionner les vidéos pour en apprendre davantage.

I. Dématérialisation des actes notariés et instrumentalisation à distance

Dans tous les pays, l'acte notarié doit être reçu par écrit et, dans la plupart des cas, sur papier. Depuis quelques années cependant, un nombre grandissant d'États permettent également la réception d'actes notariés sur un support informatique. Les rapporteurs nationaux ont été interrogés sur la possibilité de recevoir des actes notariés sur support informatique – sur la dématérialisation des actes – dans chacun de leur pays.

Les rapporteurs de **l'Argentine, l'Autriche, le Burkina Faso, la France, l'Italie, le Québec et la République Tchèque** mentionnent que les notaires peuvent recevoir des actes notariés sur support informatique.

Au contraire, les rapporteurs du **Congo, de la Roumanie et du Tchad** expliquent que la l égislation de leur pays exige toujours un support « papier » pour recevoir un acte notarié.

Certains pays permettent également la réception des actes notariés – ou de certains actes notariés – à distance, avec une présence « virtuelle » des parties grâce à une plateforme de visioconférence (Zoom, Teams, Google Meet, etc.). Il est alors question de l'instrumentalisation à distance.

Si un nombre croissant de pays permettent les actes notariés sur support informatique, ils sont cependant encore assez peu nombreux à permettre la réception des actes hors la présence physique des parties. La réception des actes notariés à distance est impossible en **Argentine**, au **Burkina Faso**, au **Congo**, en **Roumanie** et au **Tchad**. En **Italie**, certains actes à distance ne seraient autorisés que lorsqu'il s'agit de sociétés à responsabilité limitée, et ce, en raison de la pandémie de COVID-19.

Toujours en raison de la pandémie, la réception des actes notariés à distance a, temporairement, été légalisée en **France** et au **Québec**. En **France**, l'instrumentalisation à distance n'est désormais possible que pour les procurations notariées. Au **Québec**, elle est toujours permise pour tous les actes notariés, en raison de la prolongation des mesures qui découlent de la présence de la COVID. Le gouvernement du Québec réfléchit toutefois à la possibilité que cette façon de faire, qui se voulait temporaire, devienne permanente.

La réception des actes à distance est par ailleurs possible en **Autriche** et en **République Tchèque**. Dans ce dernier cas, elle l'est depuis récemment, soit depuis le 1er septembre dernier.

L'introduction des nouvelles technologies dans la pratique des notaires varie donc largement, d'un notariat à un autre.

II. L'accompagnement des personnes en contexte numérique

Qu'il soit question de la dématérialisation des actes notariés ou de leur instrumentalisation à distance, les obligations du notaire et sa responsabilité professionnelle demeurent les mêmes. Tous les rapporteurs nationaux en conviennent.

Rappelons que le groupe de travail sur les nouvelles technologies de l'UINL réfléchit à l'apport des technologies sur le travail du notaire et qu'il estime que « le notaire est le seul responsable de l'identification, du jugement de capacité ou discernement, de l'information du consentement et du contrôle de la légalité sans que les déficiences du moyen technique choisi ne puissent l'exonérer de cette responsabilité »[4].

Si tous les rapporteurs nationaux s'entendent à propos de l'utilité des nouvelles technologies pour le notariat en amont et en aval d'une transaction – que ce soit pour l'envoi de document par courrier électronique, pour les réunions virtuelles, pour le suivi de dossiers, etc. –, ils sont nombreux à inviter les notaires à la prudence lorsqu'il s'agit de la comparution des parties à distance en raison des risques qui peuvent en découler.

Certains rapporteurs craignent que le contrôle de la libre expression de la volonté des parties soit plus difficile pour le notaire lors de la réception d'un acte en visioconférence. Le rapporteur pour l'**Autriche** explique que « le notaire peut empêcher l'influence personnelle sur les parties contractantes lors de la lecture et de la signature ou refuser d'accomplir l'acte officiel s'il a l'impression que le contenu du contrat ne correspond pas à la volonté de l'une des parties » lorsque l'acte notarié est rédigé sous forme papier à l'office notarial. Il considère que « lors de l'enregistrement de l'acte notarié par visioconférence, le contrôle d'éventuelles influences extérieures est bien entendu possible, mais le notaire doit être connecté à la partie pendant toute la lecture de l'acte au moyen d'une liaison électronique optique et acoustique bidirectionnelle, qui doit ne pas être interrompue pendant tout l'enregistrement de l'acte notarié. Cela réduit le risque d'influence, mais bien sûr il est plus élevé qu'avec l'établissement d'un certificat papier original sous la forme classique ».

Un rapporteur pour la France souligne que, lors de la réception d'un acte notarié à distance, il est important « que le notaire continue de s'adresser directement à ces parties, comme il le ferait si elles étaient présentes en son étude, et vérifier qu'elles n'ont pas de questions et qu'elles ont bien pris toute la mesure de leurs engagements », et ce, pour s'assurer que leur consentement est libre et éclairé malgré la distance. Ainsi, le notaire « doit notamment vérifier que le son, par exemple, est suffisamment clair et permet de suivre correctement la lecture de

[4] UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, Groupe de travail nouvelles technologies,« L'émergence Covid-19 et le notariat : dispositions exceptionnelles pour la rédaction des actes et systèmes informatiques », Législature 2020-2022.

l'acte. Si le notaire, au moyen des questions qu'il pose aux parties se trouvant à distance, ressent qu'une personne n'a pas librement exercé sa volonté, il doit refuser d'instrumenter l'acte » et demander au client de se déplacer physiquement à l'étude du notaire. Le notaire « demeure libre de refuser d'apposer sa signature électronique qualifiée, notamment si, en dépit du certificat délivré par le prestataire informatique, l'identité du comparant à distance lui paraît douteuse. » Ce rapporteur explique qu'à distance, il peut être plus difficile de déceler si un client est l'objet de pression ou d'influence.

Ce type de craintes explique vraisemblablement « pourquoi le législateur français n'a pas autorisé l'instrumentalisation à distance pour tous les types d'actes pour le moment. En effet, lorsque le client est présent en son étude, le notaire peut ressentir si cette personne a la voix qui tremble ou si elle a des réticences à signer l'acte. Il est plus facile pour un client de cacher cela lors d'une visioconférence. » La **France** souligne également, à juste titre selon nous, que « l'humain doit rester au cœur de notre profession. Avant chaque signature, le conseil du notaire garde une place prépondérante auprès de nos clients. »

Nonobstant certains risques associés à l'instrumentalisation à distance, différents rapporteurs mettent en lumière les avantages de la technologie. C'est le cas du rapporteur pour le **Québec** qui explique, qu'à son avis, « la réelle crainte des gens quant aux actes notariés à distance repose sur la difficulté d'établir un [tel] consentement à distance. Cependant, nous avons désormais des logiciels, plateformes et applications qui offrent des images claires et des conversations fluides. » Par conséquent, « les barrières autrefois soulevées pour justifier le retard technologique dans le domaine du notariat n'ont plus lieu d'être ».

Comme l'ensemble des rapporteurs nationaux, le rapporteur du **Québec** reconnaît qu'il est du devoir du notaire de vérifier et de s'assurer de la volonté des parties, peu importe que l'acte soit reçu en présence physique du notaire ou à distance.

« Ainsi, il convient que le notaire qui accepte d'utiliser le procédé technologique doit agir comme il agirait s'il voyait la personne en présentiel, c'est-à-dire qu'il doit connaître les raisons qui amènent la personne à rédiger l'acte demandé, il doit l'aviser des conséquences juridiques qu'entraînera la signature de cet acte et en discuter avec celle-ci. »

Ce rapporteur admet que lorsqu'un acte est reçu à distance, le notaire doit faire preuve d'une plus grande vigilance. Il ajoute qu'il « est primordial que la personne soit dans un endroit calme et propice à la discussion », précisant que les codicilles, les testaments, les mandats de protection et les procurations nécessitent une très grande prudence du notaire. Ce dernier doit veiller à ce que son client exprime un consentement libre et éclairé. En cas de doute, non seulement il peut, mais il doit refuser de signer un acte à distance, comme le soulignent également les rapporteurs de la France et de la **République Tchèque.**

Plusieurs rapporteurs signalent que le notaire doit veiller à ce que ses clients soient au moins minimalement familiers avec l'utilisation des technologies. Ayant une expérience pratique de l'instrumentalisation à distance, le rapporteur **québécois** conclut que si tel est le cas et que si « le notaire est lui-même à l'aise avec la technologie, fait preuve de rigueur et de vigilance, il n'est pas, selon moi, plus risqué de recevoir l'acte à distance ».

De son côté, le rapporteur de la **Roumanie** suggère que les notariats devraient progressivement intégrer l'instrumentalisation en ligne grâce à des projets pilotes. Il relate qu'en raison du contexte épidémiologique actuel et de l'absence d'instrumentalisation à distance en Roumanie, « certains notaires publics ont appliqué la solution suivante : le notaire public se rendrait à l'hôpital où le patient COVID était admis. L'acte original, qui devait être signé par la partie, était remis à l'épidémiologiste, qui, convenablement équipé, entrait dans la salle, recueillait la signature de la partie, scellait l'acte dans une enveloppe médicale, qu'il désinfectait dûment, puis remettait l'enveloppe au notaire, qui l'ouvrait après 14 jours. Toute cette procédure, bien qu'elle ait été enregistrée dans l'authentification, n'a pas, à mon avis, respecté toutes les rigueurs de la loi (la partie n'a pas été identifiée par le notaire, et la signature n'a pas eu lieu devant lui), et a été une solution de compromis pour la situation actuelle. Cependant, s'il avait été possible de conclure l'acte en ligne, il n'y aurait pas eu besoin de cette « improvisation » ».

Des rapporteurs, notamment de la **France**, notent qu'un nombre grandissant de clients du notaire apprécient les avantages de la technologie, entre autres en ce qui a trait à « l'immédiateté et à l'instantanéité », et que les caractéristiques des nouvelles technologies influencent leur façon « d'appréhender le droit ».

Enfin, lorsqu'il s'agit de l'utilisation des nouvelles technologies, le rapporteur de l'**Italie** rappelle que « the open-mindedness and the training of the Notary are necessary both in the case of a deed in presence and in the case of a remote deed as, in both cases, it will be necessary to improve one's listening skills and clarity in the expression of legal concepts. » Le rapporteur de l'Argentine ajoute que le notariat « should embrace these changes, accelerated by the pandemic, in order to make the changes we feel the community needs as to ensure the best possible notary – client relationship ». La technologie doit être un allié pour les notaires.

Malheureusement, la législation de plusieurs États ne permet pas encore de profiter pleinement des avantages de la technologie. Dans d'autres cas, ce sont plutôt les difficultés de connexion à internet ou d'accès à des ordinateurs ou à des portables qui limitent le développement d'un notariat plus technologique, tel que l'explique notamment le rapporteur du **Tchad.**

Pour les années à venir, on peut s'attendre à une période où coexisteront plus d'une façon de pratiquer le notariat à travers le monde. On pourra vraisemblablement observer une pratique

notariale plus traditionnelle, où l'acte est reçu sur papier en présence physique des parties, qui côtoiera un notariat plus technologique, où l'acte peut être dématérialisé grâce à l'informatique et instrumentalisé à distance grâce à la visioconférence.

III. L'accompagnement des personnes qui sont en situation de vulnérabilité en contexte numérique

Les rapporteurs nationaux ont également été invités à réfléchir à la question de l'accompagnement par le notaire des personnes qui sont en situation de vulnérabilité, temporairement ou de façon permanente, notamment à la suite d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté, sans que cette personne ait été déclarée inapte ou incapable.

Depuis 2008, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* inscrit le respect des droits des personnes atteintes d'un handicap au rang des droits fondamentaux (Droits de la personne/Droits de l'homme). Cette convention internationale a influencé l'activité notariale dans plusieurs pays où le notaire est convié à favoriser la pleine participation sociale des personnes handicapées et le respect de leurs droits, notamment en accompagnant les personnes dans l'exercice de leurs droits et en contrôlant la légalité des actes, s'assurant ainsi que les parties sont en mesure d'y consentir de façon libre et éclairée.

Rappelons que l'UINL s'intéresse au rôle du notariat auprès des personnes handicapées et de celles qui sont en situation de vulnérabilité depuis quelques années déjà. L'Union souhaite promouvoir le respect de la capacité – pleine, partielle ou résiduelle – de toutes les personnes, notamment grâce à l'accompagnement du notaire. En 2018, elle a adopté des « Recommandations sur le rôle du notaire comme prestataire d'accompagnement institutionnel à la personne handicapée », grâce auxquelles elle convie tous les notariats à :

1. Renforcer la figure du notaire comme prestataire d'un soutien institutionnel à la personne handicapée.

2. Renforcer le jugement de capacité ou jugement de discernement effectué par le notaire dans le cadre de chaque acte notarié qu'il établit, comme moyen de garantir l'exercice des droits par les personnes handicapées.

3. Renforcer la figure du notaire comme autorité qui veille à l'existence de garanties empêchant les abus et les influences indues et qui garantit dans le même temps le respect de la volonté et des préférences de la personne handicapée.

4. Dans le cadre de la réception d'informations, de la mission de conseil et d'orientation et lors de l'émission d'une volonté libre et éclairée, le notaire exerce le rôle de facilitateur d'adaptations raisonnables et la communication directe avec le notaire est fondamentale. Il faut donc garantir l'accessibilité physique et juridique en favorisant l'utilisation des nouvelles technologies pour rendre cette communication directe viable et réelle.

5. Promouvoir des réformes législatives qui reconnaissent l'exercice de la capacité juridique aux termes de la Convention : à cet égard, il est fait appel à la créativité juridique du notaire pour élaborer de nouveaux instruments juridiques qui répondent à la nouvelle réalité sociale, comme cela a été le cas dans d'autres domaines tels que l'usufruit partage, la propriété horizontale dans le domaine immobilier, la protection du patrimoine ou le pouvoir préventif en ce qui concerne les droits relatifs à la personne. Le notariat constate la nouvelle problématique de la société et est en mesure d'y apporter une réponse juridique.

6. L'intervention notariale peut garantir l'exercice de droits par les personnes handicapées dans des conditions d'égalité, étant donné que, pour que cela soit possible, il faut non seulement que ces droits produisent un effet sur les tiers, mais aussi que la validité et l'efficacité des droits exercés et des actes établis soient reconnues. Il est donc indispensable de renforcer les possibilités de jugement de la capacité ou de discernement du notaire.

7. Diffusion au sein du notariat par le biais de l'UINL : congrès, journées techniques, prix de recherche juridique, publications et instauration d'une journée spécialement dédiée à la sensibilisation à cet égard au sein de l'UINL.

8. Valoriser le cas échéant la formulation de recommandations, de protocoles d'action et d'indicateurs de l'existence d'abus ou de conflits d'intérêts.

9. Formation des notaires sur les éléments clés du mécanisme et l'utilisation des soutiens, conformément à la Convention. C'est précisément ce que vise le point 60 du rapport de la rapporteuse. Par exemple, à l'Université notariale.

10. Élaborer un plan d'action conjoint de l'UINL avec la rapporteuse des Nations Unies et le Comité de suivi. À cet égard, il convient de souligner l'engagement de la rapporteuse en ce qui concerne sa participation au forum international sur ce thème.

11. Détecter les règles juridiques privées qui limitent l'autonomie de la volonté dans la conception de systèmes d'autorégulation ou les normes discriminatoires pour l'exercice de droits de la part des personnes handicapées.

12. Il est proposé que chaque notariat contacte, à l'échelle nationale, à la fois ses gouvernements respectifs et les organisations du troisième secteur pour offrir sa collaboration en vue

de l'application de la Convention dans la perspective de ladite neutralité systémique, et afin de garantir l'exercice des droits dans des conditions d'égalité.

Rappelons également qu'en 2019, la Commission des droits humains de l'UINL a publié un guide (français, anglais et espagnol) où, dans la foulée de l'adoption de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, elle convie les notaires à favoriser la pleine participation sociale des personnes handicapées et le respect de leurs droits, notamment en accompagnant les personnes dans l'exercice de leurs droits et en contrôlant la légalité des actes, s'assurant ainsi que les parties sont en mesure d'y consentir de façon libre et éclairée[5].

En ce qui a trait plus précisément à l'accompagnement des personnes en situation de vulnérabilité par le notaire dans un contexte numérique, quelques rapporteurs discutent des avantages ou des bienfaits de la technologie.

Le rapporteur du **Burkina Faso** mentionne entre autres que grâce aux technologies, le notaire peut faciliter la communication juridique en mettant en place des « aménagements raisonnables, nécessaires afin de faciliter la communication ». Plusieurs rapporteurs, notamment ceux du **Congo**, de la **France** et du **Québec**, soulignent l'utilité évidente des technologies lorsqu'il s'agit de pallier certains handicaps, telles la surdité ou la cécité. Ils expliquent qu'avec les années, les avancées technologiques permettant d'accommoder les personnes avec un handicap sont plus nombreuses et plus efficaces, par exemple, lorsqu'il s'agit de recevoir des actes notariés à distance.

Pour bien accompagner les personnes qui souffrent d'un handicap, le rapporteur d'**Argentine** mentionne que la Cordoba´s Provincial Associations of Notaries Public encourage les notaires à faire appel à un traducteur en langage des signes. Il les invite également à apprendre quelques mots ou expressions dans le langage des signes afin de pouvoir communiquer directement avec leurs clients qui ont des problèmes de surdité. Le rapporteur relate la création d'une *Human rights and vulnerable persons Commission* dont la tâche principale consiste à étudier la législation qui concerne les personnes atteintes d'un handicap et à enseigner aux notaires les meilleures pratiques pour soutenir ces personnes dans l'exercice de leurs droits et de promouvoir leur inclusion sociale.

Le rapporteur du **Québec** observe que de se déplacer chez un notaire peut s'avérer être une source de stress pour certaines personnes, notamment celles qui sont en situation de vulnérabilité. Dans certains cas, la réception des actes à distance permet d'éliminer un facteur an-

[5] UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, *Commission des droits humains, Guide notarial de bonnes pratiques pour les personnes handicapées: le notaire comme prestataire d'un accompagnement institutionnel et autorité publique*, Espagne, 2019, en ligne : <www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-FR/9eb980a0-9d68-4876- 9b59-50ba167cfee7>

xiogène pour la personne en situation de vulnérabilité. Cette dernière peut être mieux disposée à recevoir les conseils du notaire lorsqu'elle demeure chez elle, dans un environnement qui lui est familier et où elle se sent bien.

Au contraire, ce rapporteur explique que si une personne n'est pas confortable avec l'utilisation des technologies ou si elle n'y a pas accès facilement, ces dernières ne devraient pas lui être imposées. Dans ce cas, le notaire peut se déplacer chez le client et faciliter la rencontre, entre autres, en alimentant la discussion grâce à des éléments de l'environnement de la personne (photos, souvenirs de voyage, etc.). Il rappelle également que les études notariales ne sont pas toutes adaptées pour accommoder différents handicaps et qu'il devient alors nécessaire que le notaire se déplace ou qu'il utilise la technologie.

Le rapporteur de la Roumanie écrit que son pays dispose d'une législation vaste lorsqu'il s'agit de l'accompagnement des personnes qui peuvent être en situation de vulnérabilité ou de handicap. Il donne l'exemple de la personne âgée qui souhaite conclure un acte notarié et qui a la possibilité de demander l'assistance d'un agent de l'État qui l'accompagnera chez le notaire et lui expliquera, avec ce

dernier, les conséquences juridiques de sa décision. Dans ce cas précis, il considère que les technologies pourraient devenir un irritant plutôt qu'un avantage pour la personne.

Enfin, à l'instar de l'ensemble des rapporteurs nationaux, nous sommes d'accord pour affirmer que le notaire doit faire les efforts nécessaires pour bien accompagner l'ensemble de ses clients, notamment ceux qui souffrent d'un handicap, et ce, que ce soit avec ou sans l'aide des technologies. La technologie est certes utile, mais elle n'est pas une panacée. Elle doit être utilisée aux bons moments.

Lorsque l'instrumentalisation d'un acte notarié à distance est permise par la législation d'un pays, le notaire demeure tenu d'user de son jugement pour déterminer s'il s'agit de la meilleure option à proposer à son client selon sa situation personnelle et le contexte.

IV. L'accompagnement des personnes qui ont été déclarées incapables en contexte numérique

Lorsqu'une personne majeure est déclarée inapte, une autre personne est généralement désignée pour la représenter ou pour l'assister dans l'exercice de ses droits civils. Le rôle du représentant légal sera alors plus ou important selon ce que prévoit la mesure ou le régime de protection mis en place (curatelle, tutelle, conseiller, mandataire, etc.). Plusieurs rapporteurs, notamment de la **France**, rappellent que toute mesure de protection doit être proportionnée au degré d'inaptitude du majeur et être la moins contraignante possible.

Dans certains cas, la personne qui est déclarée inapte devient incapable d'exercer ses droits civils par elle-même et elle doit être représentée pour la signature de différents actes juridiques ou contrats. Comme les mesures ou régimes de protection doivent être mis en place en faveur de la personne, le représentant légal doit favoriser la participation de la personne concernée chaque fois que la situation et l'autonomie résiduelle de la personne le permettent. Même lorsqu'il représente le majeur protégé dans l'exercice de ses droits civils, le tuteur, curateur ou mandataire doit favoriser la participation et l'implication de la personne protégée et s'enquérir de ses volontés et de ses préférences. Il en est de même pour le notaire.

À ce chapitre, le rapporteur de l'**Italie** mentionne que le notaire doit faire plus de place au client qui a été déclaré inapte, notamment en le conviant aux rendez- vous avec son représentant légal, et ce, même si la loi ne l'exige pas. C'est aussi ce que croit un rapporteur de la France qui écrit qu'il faut essayer de lever les barrières pour favoriser la participation de la personne déclarée incapable, même si cela peut alourdir la tâche du notaire. La personne concernée ne doit pas être « laissée en marge du dossier ». Le notaire devrait convier la personne protégée à assister au rendez-vous afin d'avoir accès à toutes ses explications et à ses conseils. Il ajoute que « sauf dans certaines situations, il faut considérer que le majeur protégé conserve un libre arbitre encadré ». Ainsi, lorsqu'une rencontre a lieu à l'étude du notaire, il peut être pertinent d'inviter le majeur protégé à se joindre à la rencontre que ce soit en présence lorsque c'est possible ou, autrement, à distance grâce aux technologies.

S'agissant de la participation ou de la présence du majeur déclaré incapable lorsque l'acte notarié est entièrement reçu à distance des parties, grâce à la visioconférence, plusieurs rapporteurs jugent qu'il serait intéressant que le notaire encourage systématiquement la participation de la personne représentée, à nouveau, même si la loi ne l'exige pas. Le rapporteur du **Congo** écrit que « sous le manteau protecteur de l'incapacité de droit, il faut veiller, à l'occasion, à rechercher s'il n'existe pas une aptitude à faire vivre, si possible ». À propos du majeur protégé, il note que « l'incapacité ne fait pas disparaitre toute prise en considération du consentement, au-delà du seul champ de la protection de la personne ».

Le rapporteur du **Québec** relate que dans sa pratique, dans la plupart des dossiers qui concernent une personne qui a été déclarée inapte, il se déplace généralement à la résidence de cette personne ou de son représentant légal ou, encore, il organise les rencontres en visioconférence. À son avis, il est souvent préférable, voire nécessaire, que la personne puisse demeurer dans son environnement. Cette façon de faire lui semble également plus simple et moins stressante à la fois pour le majeur protégé et pour son représentant légal qui n'ont pas à se déplacer et à organiser le transport de la personne protégée qui peut être en situation de mobilité réduite.

Le rapporteur pour l'**Argentine** précise que la législation de son pays oblige le représentant légal à considérer systématiquement les volontés et les préférences de la personne concernée.

Il ajoute que les différentes associations provinciales de notaires publiques recommandent déjà fortement que la personne qui a été déclarée inapte soit présente aux rendez-vous chez le notaire afin qu'elle puisse communiquer directement ses volontés et ses souhaits. Certains suggèrent même que la personne déclarée inapte signe le document, même si sa signature n'est pas requise par la loi en raison du régime ou de la mesure d'assistance mise en place. Le rapport de l'**Argentine** fait par ailleurs état d'une amélioration notable de la législation et des pratiques dans le pays pour favoriser la participation sociale des personnes en situation de vulnérabilité ou qui ont été déclarées inaptes.

De son côté, un rapporteur **français** discute d'une stratégie d'inclusion numérique qui aurait pour objectif de rendre les technologies accessibles à chaque personne. Il explique que si la stratégie d'inclusion numérique fonctionne, les nouvelles technologies pourraient améliorer la situation du majeur protégé en lui permettant entre autres de prendre plus facilement connaissance des mesures/documents qui le concernent. Il écrit « on pourrait imaginer que le majeur protégé ait accès à un portail sur lequel il pourrait consulter les documents établis par son tuteur et les décisions le concernant rendues par le juge. Cela permettrait que le majeur protégé soit plus intégré au processus de protection juridique qui le concerne ».

En somme, qu'il s'agisse des actes reçus en présence physique ou virtuelle des parties, l'implication ou la participation de la personne qui a été déclarée inapte devrait toujours être encouragée lorsqu'une transaction la concerne.

CONCLUSION

Concluons ce rapport en rappelant, à l'instar du rapporteur de l'**Argentine**, que ce n'est pas la première fois que le notariat évolue avec la technologie. On peut penser entre autres à l'apparition de l'imprimerie, de la machine à écrire, des ordinateurs ou de l'internet. Avec chaque avancée, le travail du notaire auprès des personnes et des familles évolue, tout en demeurant essentiel. Les nouvelles technologies constituent des outils supplémentaires à la disposition des notaires.

Par ailleurs, et comme le mentionne un rapporteur de la **France**, malgré les avancées technologiques, il faut « préserver le notariat en tant que métier de réflexion et d'analyse s'inscrivant dans la durée et qui nécessite par conséquent du temps ». Dans le même sens, le rapporteur du **Québec** observe que certains clients sembleraient moins conscients du « sérieux » des actes ou des contrats qu'ils signent lorsqu'ils le font à distance, grâce à la visioconférence, à partir de la maison. Certains clients écouteraient leur notaire d'une oreille plus ou moins attentive, assis à table avec leurs enfants en bas âge ou encore jouant avec leur animal de compagnie. Pourtant, la signature d'un acte authentique n'est pas un geste anodin et les conséquences de cette signature sont souvent importantes. Les notaires doivent le rappeler à leurs clients.

En somme, tous les notaires sont appelés à la prudence et à la vigilance. Ils doivent faire preuve de discernement dans l'intégration des nouvelles technologies à leur pratique. Ils doivent impérativement et systématiquement être assurés de recevoir le consentement libre et éclairé de tous leurs clients, et ce, que ce soit sur papier ou sur support informatique, dans leur étude ou en ligne.

Pour poursuivre la réflexion sur le rôle du notaire comme conseiller des parties dans un contexte numérique entamée dans cette 9e édition de l'Université du notariat mondial, le lecteur est invité à lire les rapports nationaux rédigés par les

étudiantes et étudiants mentionnés en introduction de ce rapport et à visionner leurs vidéos.

À nouveau, je les remercie pour leur participation aux activités de l'Université du notariat mondial 2021 qui, pour une seconde année, a été possible malgré la pandémie grâce à la technologie. Les rapports des étudiants témoignent de la grande capacité d'adaptation et d'évolution des notaires à travers le monde, ainsi que de leur ouverture. Il s'agit d'une excellente nouvelle pour l'avenir du notariat.

7



WEBINAIRE DE CLOTURE

8eme UNIVERSITE DU NOTARIAT MONDIAL JEAN-PAUL DECORPS
26 OCTOBRE 2021 (virtuel)
L'UTILITÉ SOCIALE DU NOTAIRE AU XX1e SIÈCLE

JEAN-PAUL DECORPS - PRÉSIDENT D'HONNEUR DE L'UINL

INTRODUCTION

1. Cette utilité sociale est liée au double statut original du notaire

a. Officier Public - Nomination par l'exécutif

- Détenteur du sceau de l'Etat
- Nombre de notaires régulé
- Obligation de respecter des règles liées à son statut (tarif – déontologie – discipline)
- Obligation de se soumettre à des contrôles (inspections)

b. Professionnel libéral - Rémunéré par ses clients et non par l'Etat

- Choisit ses locaux
- Choisit son personnel
- Gère son étude comme un chef d'entreprise
- Est responsable de sa gestion

Partenariat public / privé qui se développe beaucoup en Europe.

2. Ce double statut lui confère un double rôle social dans un Etat et une société modernes :

- Au service des citoyens
- Au service de l'Etat

1ent UTILITÉ SOCIALE DU NOTAIRE AU SERVICE DES CITOYENS

Deux domaines
- l'un lié à son statut
- l'autre lié à son activité

A. L'utilité sociale du notaire à raison de son statut

1. Obligation d'instrumenter

2. Obligation d'impartialité et de neutralité

3. Obligation de respecter un tarif qui a un rôle redistributif : permet l'accès aux services notariaux des moins favorisés

4. Obligation de se soumettre à des contrôles: inspection des études par des magistrats, des experts comptables ou d'autres notaires.

B. L'utilité sociale du notaire à raison de son activité

Dans quatre domaines fondamentaux - Sécurité juridique
- Conseil juridique
- Efficacité juridique
- Paix juridique

1) Réponse à un besoin de sécurité juridique
- Contrôle de la légalité de l'acte
- Contrôle de la validité de l'acte

La sécurité est une priorité, c'est un principe fondamental du droit continental
Différence avec le droit anglo-américain qui privilégie la rapidité au détriment de la sécurité, d'où d'innombrables procès.

2) Réponse à un besoin de conseil juridique
- Devoir d'information
- Devoir d'explication
- Devoir de vérification : les effets de l'acte doivent correspondre aux objectifs du client
- Devoir de mise en garde des risques encourus par les clients
- Le notaire : instituteur du droit, il explique et l'applique

3) Réponse à un besoin d'efficacité juridique
- L'incontestabilité de l'acte authentique
- La force probante de l'acte authentique
- La force exécutoire de l'acte authentique

4) Réponse à un besoin de paix juridique
- Recherche d'un accord
- Recherche de l'équilibre des engagements
- Rôle de conciliateur
- Notion de contrat gagnant-gagnant

2ent L'UTILITÉ SOCIALE DU NOTAIRE AU SERVICE DE L'ETAT

Dans trois domaines

- Relai Etat/citoyen
- Nécessité de déjudiciarisation
- Besoin de transparence

A. Le notaire répond à un besoin de relai indispensable entre l'Etat et les citoyens

Le "tout Etat" a montré son inefficacité. Ex : le monde communiste

Le "sans Etat" a montré ses limites. Ex : le monde capitaliste, les société multinationales sont plus puissantes que beaucoup d'Etats.

La 3eme voie à rechercher (Cf. T. BLAIR)

- L'état se concentre sur ses fonctions régaliennes : justice, diplomatie, armée
- Il délègue à des institutions sous son contrôle, des services d'intérêts général notamment pour l'accès au droit : c'est le rôle des notaires partout dans le monde

B. Notaire répond à un besoin de déjudiciarisation de notre société

- augmentation des contentieux : paralyse la Justice
- le procès contient beaucoup d'aléas : durée, coût, résultat
- évolution vers les modes alternatifs de règlement des conflits:
  - Conciliation
  - Médiation
  - Arbitrage
- le notaire magistrat de l'amiable

C. Le notaire répond à un besoin d'assurer la transparence des activités économiques

- Constat : trois besoins sociétaux majeurs:
  - Besoin de lutter contre le blanchiment, corruption et financement du terrorisme
  - Besoin de lutter contre l'évasion fiscale
  - Besoin de savoir qui possède quoi et ses moyens de financement

- Le notaire permet à l'Etat de répondre à ces besoins stratégiques:
  - Compétence réservée
  - *en matière immobilière*
  - *en matière de sociétés*
- obligation d'enregistrer les actes là ou exerce le notaire
  - *évite la délocalisation*
- obligation pour le notaire de faire régler les impôts
  - *ressource pour le budget de l'Etat sans avoir à contrôler*

8



CLOSING WEBINARS

WORLD NOTARIAL UNIVERSITY (Virtual Meeting Rome 2021)

MODULE 4: SYNTHESIS

LUC WEYTS - BELGIUM

CONCLUSION ON THE QUESTIONNAIRE REGARDING ESTATE AND CORPORATE MATTERS

For the second module out of three concerning the legislature 2019-22, we had chosen to examine together partly the deed of purchase (especially about the digital transfer and payment of an immovable), and secondly more in detail the memorandum or corporate charter (about the foundation of a company and amendment of his by-laws).

The main theme remained "The notary as an actor of legal security in civil law countries - Protection of the consumer - Protection of the society". For 2021 the special focus of our research was ''The notarial function and the notarial deed in a digital context'', taking in account the legal measures due to the worldwide epidemic of Corona since more than one year now. Next year we would deal with the deed of donation as last item of estate planning, and perhaps the deed of exchange and certainly the deed of division of an estate.

QUESTIONS

I. DEED OF PURCHASE (transfer of an immovable and movable)

Last year in 2020 we examined in detail this deed using the questionnaire, you could find as a supplement at the end of the questionnaire for 2021. I made a conclusion concerning this questionnaire of 2020. If you are interested in all the different answers and the summary I made of this, you can always ask me to sending this to your e-mail address.

Only two supplementary items we have analyzed this year in regard of this deed of purchase:

A. PHYSICALLY OR VIRTUAL PRESENCE OF BOTH PARTIES (SELLER AND BUYER) :
Re: Can a notary in your country let his client sign a digital or virtual power of attorney (with the assistance of his notary) in order to prepare the final drawing up and signature of the deed of purchase, for which this client will be represented by a mandatory, normally a candidate notary or assistant of the office?

This way of acting could be more convenient for the seller, while he is interested in receiving the correct price and less in the other matters of the deed of purchase. The content of this deed is more important for the buyer.

Or is this not possible in your country, and do both parties have to be physically present when the notarial deed of purchase will be drawn up and signed ?

A virtual power was certainly very useful during the severe corona period.

- 1. Some *history* : Besides the classic corona measures that we find in every country, when a client is entering a notary office, **Belgian as well as French** notaries applied the use of a *digital power of attorney*. That allowed parties not to be present, when the final notarial deed would be explained and signed.

  We used such kind of virtual mandate *already before the Covid-19 virus*. As in France, also in our country for a deed of purchase sometimes two notaries intervene, one for the seller and the other one for the buyer. When the distance between two notary offices is large and in order to avoid traffic jam, one of the clients, normally the seller, can sign a written or now a digital power in the office of his family notary, allowing him to take part in the drawing up of the final deed by video conference in the office of the other notary, and this at the same day and at the same hour. So we had already in our country some experience in this field before Covid-19 with virtual powers of attorney.

  This system of using a digital power of attorney has been extended by a **Belgian** *Act of the 30 of April 2020* (l.g. 04.05.2020) thanks to Corona (also in **France, Quebec**). This Act received even a permanent Character and remains valid even after Covid 19 (also in **France** and soon in **Quebec**). It offers the possibility for clients who are afraid of corona or are not able to assist at the procedure of drawing up a deed, not to be present physically at that notarial event. They can opt for a virtual power of attorney, that they prepare and sign at home with the assistance of their notary. He explains by videoconference the use of it for the final deed. The client receives all necessary information and can ask all questions concerning the final deed. He will sign this power on an electronic way, proving at the same time his identity. He will be represented by a mandatory, normally an assistant of the notarial office, when the final deed

will be drawn up later. The **Czech Republic** introduced the possibility of using a digital deed from the 1th of September 2021 in the field of corporate law. Notaries are waiting for instructions to apply it in practice.

- **2.** The virtual procedure of this digital power of attorney is many times *a time-consuming task for the notary or his office*. Older clients don't have enough experience with their computer and have problems to follow the digital way by giving their identity and digital signature. Notaries prefer that both seller and buyer assist physically in their office. And why not at different moments during the day or even on different days, if they are still afraid of the Covid- 19 disease or not have been vaccinated yet.

  At the beginning we will use virtual draw ups of notarial deeds by video-conference especially *in the field of corporate law*, where virtual deeds will be more accepted. Business people and professionals don't like to waste too much time. They want a quick and effective help when signing a notarial deed. From the 1 of August we introduced in Europe the online setting up of a limited company, this thanks to an European Directive 2019/1151 concerning corporate law (, which permit us to continue on this path. This could be a turning point. We don't know yet what success this revolution in corporate law will have.

  As far as we know nearly *all clients prefer eye contact* and want to meet their notary in his office. They choose for a physical presence, certainly for their first notarial deed concerning their company. But later on, for modifications of these company deeds and for less important deeds, they will likely prefer to undersign these from their home by digital signature, receiving all advices by video-conference, what remains compulsory for an authentic notarial deed. The notary has of course to see and hear all the parties and he has to be sure of their identities and capacity to sign. He must be aware that they understood all the clauses of the deed and get all important information.

- **3.** The procedure in Belgium for this virtual power of attorney, in relation with the deed of transfer of an immovable, is as following :

  a) such a power of attorney (PoA) can be used *for all kind of deeds,* except for wills (testaments) and taking an oath concerning a statement or testimony in a deed.

  b) the client must have an e-ID reader with a pin code (like for his bank operations) or *a digital itsme* app on his smart phone, so that he can prove his identity, national registered number and photo of his face, by an electronic way, in order to organize a video-conference with him. Therefore the notary must know the e-mail address of his client to send him all information and the link for that *video-conference*. The client can receive also orally from his notary all advices he needs to do so for that PoA.

c) on the day of the video- conference the notary will *send a totally safe link* and invite his client to open it.

He will *verify the identity and capacity* of his client during that conference, in order to be able to organize the drawing up and signature of the notarial deed (most of all for the deed of purchase or deed of donation).

The notary can compare on screen *the face of his client with the photo* he receives. Both will see and listen to each other on screen during that video-conference, so that these requires for a valid notarial deed can be observed. The notary can also verify in that way the person's capacity to legally act.

A *good internet connection* is absolutely a must, as well as a smart phone with a itsme application or an *ID-card.*

That virtual power of attorney can be organized for one of the clients (e.g. the seller) *or for both* parties (seller and buyer).

This digital deed of a power of attorney has to be signed as well by the client as the notary thanks to an *electronic signature.*

All this functions thanks to a *protected national notarial platform* of the chamber or federation of notaries.

d) on the day of the drawing up and signature of *the final deed* the client will be represented by a collaborator of the notary office. In the deed will be mentioned a reference to that virtual power of attorney.

e) the digital power of attorney will be saved on a national digital conservation unit, a *notarial data bank.*

- **4.** Concerning the countries participating on module nr. 4, only **China**, especially in his southern areas (Y.Weimeng), started to promote internet and notarization services and formulate guidelines for non - contact notary services from March 2020. The Minister of justice scaled up the use of online notary services from May 2021. Nevertheless until now, only a limited numbers of relevant notarizations for sales and purchase contracts have been done in China by a virtual way. One of the causes for that phenomenon is based on the fact that the trading habits of the parties have not yet changed. The transactions involving real estate, where the price is often very high, clients prefer to negotiate face-to-face on the specific terms of the transaction, and sign those contracts in a more formal way, with the presence of their notary

physically (R.Wu). It is still in the initial stage of development. There seems to be no online power of attorney yet in some areas of China (X. Zhao, W. Ma, D. Chen). But some areas of China provide already that possibility (Y. Weimeng), so that buyers and sellers can choose for a remote video notarization for this deed of purchase or sale, taking a selfie for personal identification and payment and using a notarial app (A. Zeng). At the moment virtual applications for signing contracts are much more convenient in business matters (W. Ma, D. Chen). This seems to be also the situation in **Mongolia**, where they are starting with digitalization of notarial operations ; digital process is accelerating ; using finger prints and E-signature (A. Tsogtbayar).

- **5.** *Others countries of module nr. 4* don't accept yet the use of a virtual power of attorney for drawing up and signing the final deed of purchase or sale. Both parties are required to be physically present or are represented by a classic written power of attorney, and not a digital one.

When it comes to transfer their most important asset or belonging, clients prefer a complete security for that transaction and equal protection of the interests of both parties. On the basis of a remote contact with that virtual deed, a notary may have difficulty in determining whether a party has legal capacity (A. Gajos - Poland).

That is the situation in **Italy** (F. Franco : a virtual power of attorney is not allowed ; the deeds of sale and others have to be received by the notary in the presence of all the parties, but during the pandemic some steps have been made for digital deeds concerning company meetings and the use of employees or collaborators of the notary as attorneys-in-fact in notarial deeds ; a power of attorney can be digitally signed by a notary and sent by certified e-mail to the second notary who will sign the final deed), **Germany** (F. Schmitt : immovable property is usually the single most important possession of a person ; transactions regarding it must therefore be thoroughly prepared and assisted. This can not be done reliably virtually. These are different from those for corporate transactions), **Poland** (A. Gajos), **Czech Republic** (L. Vrbecká : clumsy and inflexible), although from the 01.09.2021 there will be a possibility to write some of the notarial deeds in a digital form with no need of physical presence of any party, who will join the notary by video-conference through a notarial platform thanks to his e- or bank-identity and that in all matters (D. Potuzak, K. Protivova, S. Stancl), **Romania** (C. Varga : the document has to be signed in front of the notary ; their physical presence is vital ; the deed of sale is one with a major impact in the civil circuit ; E. Botea : mentality very old-fashioned and a big part of the population is uneducated ; G. Ghile Buzan : many advantages but also disadvantages), **Ukraine** (D. Pakhomovska : the Ukrainian government is planning to introduce an e-power of attorney), **Belarus** (D. Podomatskaya, M. Karaleva) (the coronavirus pandemic turned out to be a serious exam for the notaries, and restrictive measures were introduced, but the pandemic did not have a large-scale impact on the notary

practice ; there was no request for the transition of notaries to perform notarial actions remotely), **Slovenia** (N. Kralj Frece, B. Krusic) (no virtual power of attorney yet in notarial affairs; the power of attorney must also be specific ; but the Notary Chamber is making strong progress in digitalization of notary offices), **Serbia** (M. Tomic) (a virtual PoA is not allowed ; difference between a digitalized document (conversion of the original) and a pure electronic one ; but notaries are not competent for drawing up the immovable transfer deed, but only to confirm the deed), **Portugal** (F. Ferreira), **Turkey** (M. Demirci : clients should be represented physically, but notaries do not involve in purchasing and selling immovables, D. Bayrakci), **Vietnam** (T.H. Tran : if a virtual notary will be introduced, it should only apply for some particular cases as epidemics, natural disasters and geographical distance of the contracting parties ; under normal conditions, the customer still has to be present at the notary office because of many reasons (mentioned); T.T. Nguyen : but it is already and it will be used in the private sector especially in business and state administrations (long list of examples).

But a deed could be drawn up and signed by two steps, one with the seller and afterwards with the buyer each time in the presence of the notary during Corona time (**Italy**- F. Franco, **Czech Republic** - L. Vrbecká). Or the notary can go to the place where the client is situated (**Romania** : E. Botea).

A.1 : if the use of such virtual power of attorney was possible, has this to be an *authentic deed* ? Or can it be a private power?

In countries that no have that virtual power of attorney, the written power of attorney in order to be represented for the final deed, has to be an authentic deed (**Germany** (F. Schmitt), **Poland** (A. Gajos), **Romania** (E. Botea, G. Ghile Buzan), **Turkey** (M. Demirci), **China** (an online entrustment notarization can not be a private power of attorney (R. Wu, W. Ma).

The **Czech Republic** accepts also a legalized private power of attorney (D. Potuzak, S. Stancl), **Mongolia** (A.Tsogtbayar : we do not require the agent of the proxy to be present (?).

A.2 : has this to be done, with or without a video conference call with the notary? Does the notary has to see and hear the absent party (de auditu et visu)? This way of acting permits him to control the identity and capacity of his client, and give him all information about the final deed of purchase at the same time.

They all agree, that a video conference would be compulsory to have a correct notarial deed. The need of a video-conference is a must if we accept one day virtual deeds (**Germany** (F. Schmitt : the use of an electronic ID-card and video-conference), **Romania** : C. Varga; E. Botea : on the exact same day ; **Ukraine** (D. Pakhomovska, M. Karaleva, O. Kholomeniuk).

From the 1th of September 2021 such a video-conference will be possible in the **Czech Republic** for some notarial deeds, to be signed with an electronic signature (D. Potuzak, K. Protivova, S. Stancl). From the 1th of September 2021 such a video-conference will be possible in the Czech Republic for some notarial deeds in the field of company law, to be signed with an electronic signature (D. Potuzak, K. Protivova, S. Stancl). In **China**, where it is already used in some areas, this procedure will also be done with video-conference. A link to this, will be provided by the notary office (R. Wu, A. Zeng).

A.3 : concerning the *territorial question* : can the client sign such a digital power of attorney from any place, even outside his country?
Yes, I suppose, but not the notary himself, when he is accepting and signing this deed. He has not any competence outside his country, or outside his legal area.
Do you agree with this position?

Also here, they are all convinced that if a virtual power of attorney would be accepted, clients could have been located in different places, even countries (e.g. **Czech Republic**, **Ukraine** (O. Kholomeniuk). In **China** there are still geographical restrictions (Y. Weimeng), but if a digital authorization is permitted, the client can sign it from everywhere (A. Zeng).

But the *notary* should act from his office or area where he is competent **Italy** (F. Franco), **Germany** (F. Schmitt : a notary can not leave his legal area), **Czech Republic** : but how to control this : K. Protivova, other opinion : S. Stancl), **Romania** : C. Varga: within the limits of his territorial circumscription ; **Serbia, Vietnam** (T. H. Tran : unlikely for a notary to perform outside his own country).

A.4 : does this virtual power of attorney will be kept in a central *national data bank?*

If such a virtual deed will be possible, it would be necessary (**Czech Republic** (D. Potuzak, K. Protivova), **Romania** : C. Varga: the notary has to verify that register and see if the mandate has not been revoked ; **Ukraine** : D. Pakhomovska, M. Karaleva). In **China** it can be entered into the database of the China Notary Association (A. Zeng, R.Wu), when that possibility exist ; **Vietnam** (T. H. Tran : absolute necessary for different reasons (mentioned : authenticity, integrity of time, uniqueness).

A.5 : will this power of attorney *be valid abroad?*
Does another country has to accept this virtual power of attorney?

European countries expect an European agreement about that question (**Czech Republic** : Vrbecká ; **Romania** : C. Varga) or can we pretend that the European Regulation nr. 910/2014

on electronic identification applies and that such a digital deed is valid in other EU member states. Otherwise an apostille or a legalization will be necessary (**Czech Republic** – K. Protivova, S. Stancl), **Ukraine** (D. Pakhomovska, M. Karaleva, O. Kholomeniuk : the European Union should create a mutual form for all countries), **Slovenia, Serbia** (the placing of the apostille stamp has to be done in a written form).

In **China** it should be authorized by the embassy to be valid abroad (X. Zhao) or needs a consular certification (W. Ma). But it is not yet possible to confirm whether other countries recognize the validity of online entrustment notarization certificates issued by Chinese notarizations institutions (R. Wu) ; **Turkey** (M. Demirci : we may accepted it), **Vietnam** (T. H. Tran).

A.6 : *for the future* : do you see already on the horizon the potentiality for a client to be present by video-conference even at the final deed of purchase itself, signing this directly in an electronic way, instead of being obliged to sign first the virtual power of attorney? What do you think about this item?
You have to know that from the 1th of August 2021 we have to introduce in Europe the online set up of a limited company, this thanks to an European directive concerning corporate law, which could permit us to continue on this path for other deeds...? Could that be a turning point? Or do you say, that most of all clients prefer eye contact and want to meet their notary in his office, certainly when it comes to transfer the most important belonging of their estate?
I do suppose so.

China's notarization industry is actively promoting the informatization construction of notarization (Y.Weimeng). With the development of the internet, network security technology is constantly updated (X.Zhao, R.Wu, W.Ma). That is also the situation in **Mongolia** (A.Tsogtbayar : has become highly demanded ; in the coming five years the contracts will be conducted in digital form).

From the other side, notaries are notoriously conservative, so that the pressure will come from outside for that transition (EU, attorneys, entrepreneurs) (**Czech Republic** – L.Vrbecká). But notaries have to show how even this old profession can be modern (Czech Republic – D.Potuzak). The European directive concerning corporate law was a big push in the direction of electronic deeds and virtual meetings (Czech Republic –K.Protivova).

Still concerning the future : **Italy** (virtual deeds would necessarily lead to a complete revision of territorial jurisdiction ; well already accepted to set up SRLS (company), **Germany** (F.Schmitt : German lawmakers expect that even after incorporation of limited liability companies can take place virtually, only 1% of incorporations will opt for that procedure), **Romania** (C.Varga : notaries will apply it especially for companies in a business environment ; E.Botea : the mentality of most people is very old-fashioned as they need human contact, and

a big part is still uneducated ; the virtual deed can be altered ; G.Ghile Buzan), **Ukraine** (D.Pakhomovska : the client may not act under duress or physical violence, O.Kholomeniuk : there is a future in virtual power of attorney but for now only for simple notarial actions), **Belarus** (the Notary Chamber of Belarus is monitoring with great interest the changes in notarial activities in other jurisdictions, and will create than an internet portal), **Slovenia** (it requires a change in mind of all parties involved, from parties, notaries and government), Portugal (transfer of an immovable... will be dangerous for some type of clients (old people, normal and lower class cann't pay legal support.; in **Portugal** all lawyers and solicitors can do privates document authentification), **Turkey** (M.Demirci : major obstacle for digital instruments are fraud ; even today most powerful and secure servers and networks can be attacked by hackers), **Vietnam** (T.H.Tran ; T.T.Nguyen : the Vietnamese government should study these possibilities ; France is helping them).

B. DIGITAL CHARACTER OF PAYMENT OF THE PRICE :

Re: do you accept in your country that the price of the house or land will be paid by so called chrypto-money (bitcoins), or is the use of this virtual money totally forbidden in your law, and must the price been paid directly by transfering the amount on an official bank account of the notary, or of the seller ?

They all do *not allow* the use of chrypto-money such as bitcoins for paying the price of the transfer of an immovable (**Italy** (payments must be made with currency that is legal, although payments in cryptocurrencies have found their way into certain notarial acts such as real estate sales).Payments in digital currencies are also not possible in **Germany** (F.Schmitt : due to the increased risk of money laundering), the **Czech Republic** (L.Vrbecká, D.Potuzak : banks are afraid of cryptocurrencies mainly due to their high volatility: it is not a real currency, K. Protivova : there is a taxation problem with that currency, S.Stancl : there are the European Anti Money Laundering regulations). Either do so **Poland**. So-called crypto-currency is unacceptable. The price must be paid in cash or by bank transfer to the seller's account (A.Gajos), **Romania** (C.Varga : only transferring the price on a official bank account of the seller ; E.Botea), **Ukraine** (D.Pakhomovska, M.Karaleva : forbidden in my law, O.Kholomeniuk), **Belarus, Slovenia , Serbia** (virtual currencies are only allowed in very restricted area, but the National Bank is against it concerning paying the price in immovable purchase contracts), **Portugal, China** : doesn't accept (R.Wu, X.Zhao, A.Zeng, W.Ma), but they accept of course virtual bank transfers of prices (R.Wu, Y.Weimeng), **Vietnam** (T.H.Tran : not allowed in foreign currency; T.T.Nguyen).

In **Turkey** notaries are not involved in purchasing or selling immovables, so that prices are paid directly by transferring the amount on an official bank account of the seller.

II. MEMORANDUM – CORPORATE CHARTER
(foundation of a company – amendment of the by-laws)

A. IN GENERAL :
Re: does the memorandum or corporate charter for the most important kinds of companies have to be compulsory drawn up by a notarial deed in your country, due to the advantages of any notarial deed, as the superior probative value and in case enforceability of one of the clauses of the deed?

A.1 : for which kind of companies *a notarial deed* is absolutely compulsory?

In my country, **Belgium**, a notarial deed is compulsory for drawing up a company with *a limited responsibility* for the shareholders (limited liability company). These are the classic smaller and often *used besloten vennootschap* (BV) (in Dutch) *or société à responsabilité limitée* (SRL) (in French) and the bigger one the naamloze vennootschap (NV) (in Dutch) or *société anonyme* (SA) (in French) and finally the more exceptional *coöperatieve vennootschap* (CV) (in Dutch) or *société coöpérative* (SC) (in French) and also for the European companies (SE, etc.).

We meet this need of compulsory *drawing up by a notarial deed* also for *limited liability companies* in **Germany** (F.Schmitt : the contracts of corporations on capital must be notarized, the contracts of partnerships need not), **Poland** (A.Gajos : but in her country founders can also opt for a company contract, using the model contract made up by the administration of the Minister of Justice ; this last choice leaves less freedom for the shareholders to adapt the text (difficulties for additional payments and increasing the capital, and modifying the financial year) ; reason why it is better that clients ask their notary to create such a memorandum or corporate charter). In the **Czech Republic** the corporate charter must also been drawn up by a notarial deed for limited liability companies, joint stock companies and cooperatives (and also for the European companies) (L.Vrbecká, D.Potuzak, K.Protivova). This can be done by a virtual way for all kinds of company. That means that the Czech Republic makes a bigger step than the other European countries on regard of the European Directive 1151 from 2019. The situation in **Slovenia** is as following : also a notarial deed is compulsory when there are several founders, the founding capital is not entirely paid, when the memorandum has specific provisions, when the company will be established by spouses and common-law partners (N. Kralj Frece, B.Krusic).

The situation is different in **Romania** (in this country the memorandum for a company can be established under a private document and signature, except when the contribution to the share capital is a real estate, or the company is set up in a collective or general name, or in a simple limited partnership, or the joint stock company is constituted by public subscription, C.Varga, E.Botea, G.Ghile Buzan), also in **Serbia** (established by lawyers or accountants, but notarized by a notary - M.Tomic), **Portugal** (F.Ferreira), **Ukraine** (D.Pakhomovska : they only

intervene to certify the signature, O.Kholomeniuk : they do it for all commercial companies, except banks, government and public legal entities and trade unions), in **Belarus** (D.Pakhomovska, M.Karaleva).

There is also no mandatory requirement that the articles of any company or association has to be drawn up by a notary in **China**. But if a company needs notarization, the notary office could intervene (Y.Weimeng,M.Wen Jun, X.Zhao). A memorandum or charter will be prepared by a lawyer or company promoter (R.Wu : the notary is absent in the field of company law, except to handle a transnational investment or financing or sometimes for amending the corporate charter, put this is even exceptional). The situation is the same in **Turkey** (M. Demirci : there are two kinds of limited liability companies), **Vietnam** (T.H.Tran, T.T.Nguyen). There are no answers from **Mongolia** on this matter (A.Tsogtbayar).

For some countries, when founders want to change their deed or statute of the company etc., they must come to a notary and certify the statute of the company in a new edition, which after notarization is subject to registration in the state register : **Ukraine** (O.Kholomeniuk).

A.2 : *for the others companies*, do clients sometimes choose for the drawing up of a notarial deed, and for what reason?

Yes, for a higher probative value and immediate record in the commercial register **(Czech Republic** : done by a notary it is cheaper, faster and includes legal advices : D.Potuzak), **Belarus** (costs are lower), **Ukraine** (O.Kholomeniuk : when there are more than one person, they prefer a notarial deed ; it depends upon the circumstancies).

No : **Germany** (F.Schmitt : clients will generally not choose for the drawing up of a notarial deed), **Romania** (the associates may choose - C.Varga, E.Botea, G.Ghile Buzan), **Slovenia, Serbia.**

A.3 : or only when an *immovable* (factory, warehouse) will be brought in as a part of the estate of the company? Or will this immovable be rented by the founders, because this would be more interesting for tax reasons?

On the first question, yes, in **Italy, Germany** (when immovable property is brought into partnerships, the agreement must by law be notarized), **Poland, Romania** (when real estate (immovable) is contributed to the assets of the company, a notarial deed must be drawn up, but most of the founders prefer to rent the desired building - G.Ghile Buzan), **Slovenia** (but not in case of the founding of an one-person company), **Serbia, Ukraine** (O.Kholomeniuk : yes necessary). **Portugal** (usually done by a notary, but not compulsory).

Very unusually this will be done : **Czech Republic** (L.Vrbecká, K.Protivova,S.Stancl), but D.Potuzak means that from the point of bookkeeping it can be better to do so).

There is normally no notarial deed necessary in **China** when bringing in a real estate (Y.Weimeng,M.Wen Jun). But in **Vietnam** in that case the contract has to be notarized (T.H.Tran, T.T.Nguyen), **Belarus** (no answer).

Usually immovable will be rented by the founders :**Turkey** (M.Demirci).

A.4 : is there a legal *freedom of choice* for a company? Are there special requirements for companies provided for free professions, like doctors, farmers, lawyers etc.?

They all agree that there is freedom but with respect of the legal framework: **Germany** (but with respect of the *numerus clausus* concerning companies).

But for regulated legal professions (docters, lawyers etc.), there exist special legal requirements : **Italy, Poland** (these civil partnerships don't function as an autonomous entity), **Czech Republic, Romania** (companies for certain professions are identified on an unique registration code : National Agency for Fiscal Administration - C.Varga)(there are also special requirements for credit companies, insurance companies, accounting expertise companies etc. - G.Ghile Buzan), **Slovenia** (the same), **Serbia, Portugal, Ukraine** (O.Kholomeniuk : do not need a compulsory notarial deed for these professions), **Turkey** (M.Demirci), **China** (A.Zeng : normative documents exist for doctors, farmers, lawyers etc.).

A.5 : does the *one person company* exist in your country?

Yes in all countries : **Germany** (but only for companies on capital), Italy (the shareholder must follow certain formalities), **Poland,** but it may not be another single-member limited liability company. The same in **Romania** (special requirements), **Slovenia** (but the memorandum must not be in the form of a notarial deed), **Czech Republic, Portugal, Ukraine, Belarus, Serbia** (but with respect of the interests of the creditors – necessity of leaving the corporate veil), **Turkey** (M.Demirci), **China, Vietnam.**

A.6 : has there recently been a wish to *simplify* the company structure (following the Delaware companies in the USA)?

From the 1 of August 2021 every European country, member of the European Union, had

to introduce the online set up of a limited company, thanks to an European Directive 2019/1151 concerning corporate law (**Italy** etc.). From the beginning of 2015 **Poland** (A.Gajos) enables already the conclusion of a limited company agreement by internet. They also worked out a simple joint stock company for smaller enterprises, but with limited options, and this from the 1th of July 2021, what permits young companies to start easily (innovative start-ups), **Slovenia** (already done a kind of simplifying In 2012), **Czech Republic** (at the moment not any attempt to simplify the structures of companies : L.Vrbecká, K.Protivova), but there is the possibility of a simple company structure with limited possibilities concerning the text of the memorandum : D.Potuzak, S.Stancl).

The same for **Romania** (except that one person can own multiple one-person companies from July 2021 - G.Ghile Buzan), **Serbia** (already very easy to set up a company), **Ukraine** (O.Kholomeniuk : not yet necessary), **Belarus, Turkey** (M.Demirci : yes recently), **China** (the country has only announced tax cuts and exemptions during the covid-19 pandemic (Y.Weimeng, X.Zhao) (A.Zeng : about the Delaware companies), **Vietnam** (T.H.Tran : the company structure has been regulated in 2020).

B. FORMALITIES :

Re: do they have to be done by the notary?

B.1 : do *formalities* provided for the foundation of a company have to be executed *before* the signature of the notarial deed? Is an *agreement of the state* or minister of justice necessary?

There are generally in most of the countries no formalities to be done before the notarization, but : **Italy** : the notary verifies the presence of the requirements before concluding the deed such as a bank receipt for the deposit of at least 25% of the contribution and eventually the report certifying the value of an asset in kind (in natura) and fulfill the anti-money laundering legislation, **Germany** : the notary only has to fulfill requirements under the law on money laundering prevention, *Poland, Czech Republic* (the process of founding a company has two stages : first a memorandum with registration in the commercial register, and a second notarial deed certifying that all necessary requirements have been fulfilled, e.g. the bank account : D.Potuzak ; all the formalities do not have to be done by the notary : K.Protivova, L.Vrbecká, S.Stancl), **Slovenia** (all the founders have to be verified ; the notary has access to special platforms to check if the founders are tax debtors, are convicted for crimes : N. Kralj Frece, B.Krusic).

No agreement of *the state or minister of justice* is required before starting the drawing up of a company (**Germany** , **Czech Republic** (K.Protivova, L.Vrbecká, S.Stancl), **Slovenia, Turkey., China** (no additional approval : X.Zhao). And also no legality check (homologation) by the

court **(Italy** : previously it was obliged). But the name of the company has to be checked **(Portugal)**. Other countries still ask the agreement of the State or Minister of Justice : **Romania** (and of a judge : C.Varga, E.Botea, G.Ghile Buzan).

But for some companies, when the government is participating as a shareholder, a special permission has to be obtained : **Serbia, Ukraine** (O.Kholomeniuk).

The notaries will have obligations afterwards by registering the company in the official commerce register,r if they are involved.

In **Belarus** the registration authority does not check the charter submitted by you for compliance with the legislation ; the founder is fully responsible.

B.2 : or only when one of the founders bring in *an immovable*? Then rise all the other questions, that we examined last year. A research on the so-called *mortgage office* or *landregister* has to be done to verify (you don't have to enter in details about the following points).

CONCERNING THE FOUNDER WHO BRINGS IN :

a) is he the real owner, or are there other owners (his partner or other heirs)?;

b) has he not sold this immovable meanwhile. Is he still the owner?;

c) are there no charges or burdens like mortgages, attachments of property ?;

d) is the founder who brings in, not bankrupt, or victim of legal actions, prosecutions, charges?

CONCERNING THE IMMOVABLE:

a) if the immovable that he will be brought in, can be determined with all the details about his description and situation;

b) if there is no object of a tax claim or a claim of the government concerning social security debts?;

c) can this immovable satisfy the wishes of the company on urban development and town planning level?;

d) is there a permit to build, or to construct the factory or warehouse or offices for administration of the firm in the future?;

e) is there a measure of protection as an historical monument?;

f) is this immovable technically all right, concerning the electricity, energy performance (insulation), fuel tank, fireproof and concerning its insurance, asbestos, etc.?;

g) is there a danger of flooding, etc.?;

h) is there a first right to purchase for any third person (the tenant)?

A *check about the status of that immovable* has to be done in the Land Register and also afterwards the transfer of such an immovable has to be registered in that Register **(Poland, Czech Republic** (K.Protivova : we do not check the immovable), **Romania** (in that case the corporate

contract has to be concluded in an notarial form and formalities have to be done : elaborated about this point : C.Varga, E.Botea), **Slovenia, Serbia, Turkey, Vietnam** (TH.Tran, T. T. Nguyen).

A report concerning the value of that immovable should be done by an official expert **(Czech Republic, China** (without requiring the notary intervention : R.Wu).

B.3. is there no *money laundering* going on? How far this inquiry can, or has to be done by the notary in your country ? Or in case of an abuse of any other regulation?

Notaries have certainly in nearly all countries duties under the law of money laundering prevention **(Italy** : the notary fulfill the anti-money laundering legislations, **Germany** : they must identify the parties involved ; if one of the parties is a legal person, they must identify the natural person behind it (the so called beneficial owner); if there is such a danger of money laundering, the notary must postpone his deed and report to the financial investigation unit, **Czech Republic** (as well with politically exposed persons : D.Potuzak ; in such case, the notary is obliged to report this fact to the Financial Analytical Office of the Ministry of Finance : L.Vrbecká ; a notary is responsible to check the origin of the money (EU dir.) : S.Stancl), **Serbia, Romania, Slovenia, China** (in practice this is still mainly done by the people's Bank of China : R.Wu), **Vietnam** (obligation to inform).

In some countries notaries do not have any commitment in this field : **Ukraine** (O.Kholomeniuk).

C. EDITING OF THE DEED :

Re: how to edit the notarial deed ?

C.1 : will a *short* (mini) deed, referring only to the compulsory clauses provided by the *corporate law*, be preferred in your country, or do you opt normally for a *completely structured* (maxi) deed containing guidelines on how to organize the company, with a clear table of contents? Or does a notary choose for a short model attaching a supplement with general corporate conditions?

More in favour for a mini deed : **Italy** (the practice of Italian notaries is to draw up a more concise deed of incorporation containing the essential data of the company, attaching more analytical articles of the company with his general rules on the functioning of the company), **Germany** (if that is used for the incorporation, the notary's fee will be lower), **Poland** (obligatory elements, without a table of contents), **Serbia** (the use of the so called enabling model, with its

magic formula : unless the memorandum of associates provides otherwise), **Vietnam** (the basic elements, some models, no compulsory requirements).

On the other hand, some countries prefer *a longer and well structured corporate deed*, the so called maxi-deed : **Romania** (with the help of iNot app : this represents an extremely important leap in the process of digitalizing the notarial activity : E.Botea, G.GhileBuzan), **China** (prefer to use a fully structured contract containing guidelines on how to organize the company : R.Wu, D.Chen, Y.Weimeng, X.Zhao ; different opinion : A.Zeng).

Or accept both systems, mini and maxi : **Czech Republic** (D.Potuzak, L.Vrbecká, S.Stancl : I would not recommend such a structured deed as some default legal provisions may cause problems), **Romania** (with the help of iNot app : this represents an extremely important leap in the process of digitalizing the notarial activity : C.Varga), **Slovenia** (to choose between the short model called the eVem form or the other one), **Ukraine** (O.Kholomeniuk).

C.2 : do some *aspects of matrimonial regime* intervene in this matter? (the shares will be common - proper - undivided?). Special clauses have to be provided?

It is important to know *the marital status* of the subscribers **(Italy)**. The consent of the spouse to bring certain assets like real estate is absolutely necessary : **Poland, Romania, Slovenia** (when spouses found a company the deed has to be in the form of a notarial deed), **Serbia** (with two opinions in the issue if such consent absents).

A notary will provide for these cases, special clauses in the corporate deed, but they can also be included *in a marriage settlement* ; the shares can be excluded in case of divorce **(Germany)**. In order to prevent the entry of a spouse, the company should include appropriate provisions in this regard **(Poland, Czech Republic)**.

Shares belong normally to *a common or joint property of both spouses, or to only one spouse specifically* **(Italy, Poland, Czech Republic** (however the acquisition of a share does not constitute the participation of the other spouse in that company : D.Potuzak), **Romania, Slovenia, Portugal, Turkey, Ukraine, China, Vietnam.**

C.3 : do inheritance clauses about the transfer later of shares between family members have to be supplied?

The *provisions concerning the inheritance and transfer of shares* are generally governed by the law **(Italy)**. Inheritance law might lead to heirs becoming shareholders of a company that the other shareholders would have rather excluded ; special clauses can be provided in the articles

of the company to exclude either any heir or certain heirs from becoming a shareholder **(Germany, Czech Republic, Serbia)** or if they can fulfill certain professional qualities or have a level of education or earlier experience **(Portugal, Poland)**.

Heirs who are excluded, can receive the value of the share they not can obtain, from the remaining partners. These prefer not to continue the partnership with the heirs and will pay them out **(Romania)**.

Otherwise heirs can become shareholders without the consent of the rest of the shareholders by inheritance of corporate rights **(Ukraine, Turkey, China, Vietnam)**.

C.4 : can the notarial deed of foundation of the company etc. be drawn up *in a foreign language*, or in two languages (national and foreign one) to protect e.g. the company staff?

Most of the countries demands that the corporate will be drawn up in their *official national language* (e.g. : **Czech Republic, Portugal**).

Some accept these deeds in another language, as long as the notary himself is able to understand that foreign language, so that he can fulfill all his notarial obligations ; the most adequate proposal in that case is to create two columns in the deed and to decide which column will be deemed to be the official once and will be binding in the future **(Italy** : or with an accompanying translation, **Germany, Poland, Romania** (in two columns), **Slovenia** (if there is an interpreter for the foreign language and the deed will be used in a foreign country), Serbia (in ciryllic or latin letters), **Ukraine** : with an additional translation, **Turkey, China** (written in Chinese characters, and eventually with a foreign translation : R.Wu, D.Chen), **Vietnam.**

C.5 : is the notary free in your country to use *his own model* with respect of the legal provisions?

Yes, as long he draw up a corporate deed within the framework of the legally existing models of those deeds (n*umerus clausus*) : **Italy** (except for the simplified limited liability company), **Germany, Poland, Czech Republic, Romania** (there is no standard model to be respected, there are only guidelines), **Slovenia** (except for the eVem model), **Portugal, Serbia** (more a certification of the signature), **Ukraine, China** (some freedom, but in accordance with the uniform format).

No, not free (**Turkey** : using the MERSIS system).

C.6 can the founders / the company *choose their notary totally free*?

Generally the founders might *choose freely their notary*, which they trust and have confidence **Italy, Germany, Poland, Czech Republic, Romania, Slovenia, Portugal, Serbia, Ukraine, Turkey, China** (but concerning a real estate property, a notary office of the place where the property is located).

No free choice in **Vietnam** (T.T.Nguyen).

C.7 : *does a third person* (a lawyer or accountant) has an influence on the editing of the notarial deed, or is the notary the only one, who is drawing up the deed without any intervention or help?

Generally not in a lot of countries, because *the notary has to carry this duty* and is responsible for the deed's content **(Italy, Germany, Czech Republic** (the notary has the right to the final word : S.Stancl), **Ukraine**). Nevertheless sometimes a lawyer or fiscal adviser or accountant intervenes when it comes to draw up a difficult and special deed, especially with an international connotation or with complicated tax matters : **Italy, Poland, Slovenia** (the by- laws of a company are usually prepared by the layers, and not notaries). In **China** lawyers and accountants or other third parties should not intervene (R.Wu, D.Chen,Y. Weimeng, X.Zhao), but yes the government and eventually the notary, **Vietnam.**

In some countries lawyers or tax advisers propose the clauses and general content of such a deed **(Romania, Serbia)**, so that the notary can notarize that deed (Turkey : drawn up by a lawyer or accountant).

C.8 : can the deed concerning the foundation be realized on *an electronic or digital way*? And what about the amendments of the by-laws later? (see below item D).

European countries have to adapt their corporate law due to that European Directive 2019/1151 applicable from the 1 of August 2021 introducing in Europe the online setting up of a limited company : **Italy, Germany** (starting next year the incorporation of limited liability companies will be permitted to take place using an ingenious and secure system), **Poland, Slovenia.** In **China** and **Vietnam** they will also accept the digital form.

Other countries do accept the digital way **(Czech Republic** (from the 1th September 2021 : D.Potuzak, S.Stancl), **Romania** (but only concerning companies, but yet not currently regulated), **Serbia** (but in that case notaries play no rule), **Belarus** (but the signatures can be notarized), **Ukraine** (O.Kholomeniuk : using the special government app called ASTION).

D. SPECIAL REGULATIONS DUE TO THE CORONA VIRUS :

Re: last year in 2020 we examined all *kind of measures* that governments took for signing a notarial deed in respect of the social distancing of 1,5 meter, masks, ventilation , separate attendance / presence in the office of each founder / party at different hours during the day etc.? (don't explain them again).

D.1 : did you use *an authentic virtual power of attorney* (with or without a video conference and the assistance of the notary) to draw up finally this notarial deed of charter for the company, or was a private power sufficient (except in case of an immovable)? Especially in this field of corporate law, notaries will probably start by using virtual deeds, certainly when it comes to modify or make amendments later on the by-laws of the company. Business people and professionals don't like to waste too much time. They want a quick and effective help from their notary. Do you consider this digital revolution as a danger for our notarial system?

Don't allow virtual powers of attorney to be notarized : **Italy, Germany, Poland, Czech Republic** (but this will change from the 1th of September 2021), **Romania** (the tools to implement this process are moissing : E.Botea), **Slovenia** (danger to counterfeit some documents with modern technology), **Serbia, Ukraine** (D.Pakhomovska : the introduction of online services is an innovation for our society, but it is a separate mechanism in which a person is directly connected with the register and a notary does not participate in it), **Turkey, China** (not yet) **Vietnam** (not yet).

Some think that there is *no real danger for our profession*, because more and more guaranties will be provided : **Serbia, Ukraine.**

D.2 : do you act on a different way by amending the by-laws of the company later?

Slovenia : the by-laws of a company are usually prepared by the layers, and not notaries.

E. ADVICES :

Re: Has the notary in your country the duty to give advice, in general or especially for small and medium companies. These founders have no legal advisers in their administrations. How far goes this duty to hand over necessary advices? These can be so important for the client - consumer.

The notary has to be *a qualified consultant* also both in legal and fiscal matters : **Italy, Poland** (with the necessary explanations concerning the notarial act being performed), **Czech Republic** (obliged to provide advices in general ; it is natural ; but the notary has a duty to give ad-

vice), **Romania** (if they intervene, but the notary has not the obligation to provide extensive advice : G.Ghile Buzan), **Slovenia** (the notary is a guardian of legal security).

Some countries notaries don't have that duty by giving advices, but will sometimes spontaneously do so : **Serbia, Ukraine** (O.Kholomeniuk : it's true that such help is very popular and needed by new companies), **Turkey** (notaries do not have to give advices to medium or small companies), **China** (they are increasingly emphasizing comprehensive notarization legal services : R.Wu, D.Chen, but there is no obligation : X.Zhao), **Vietnam** (about the inheritance question, but the fee is charged only for the notarization of the document only).

E.1 : do advices *about matrimonial and inheritance questions* concerning the destiny later of the shares have to be provided / discussed?

Notaries provide *advices on these issues* when discussing corporate contracts with clients **(Italy, Germany, Poland, Romania, Slovenia** (the notary should warn the parties about matrimonial and inheritance questions concerning the destiny of the shares later), **Ukraine, China, Vietnam** (about the inheritance question).

E.2 : advices about tax matters? Or is it a task for the accountant or tax adviser?

Also a notary can give advices concerning tax law **(Italy, Poland)**. But this is more the duty for a tax adviser **(Germany, Czech Republic, Ukraine ,Slovenia, Serbia, Portugal, China** (generally accounting firms or tax agent firms : A.Zeng).

F. LEGAL / CORPORATE PERSONALITY :

Re: Does the company obtain his legal personality from the signature of the notarial deed? Or only from announcement of the foundation in the official state register?

For every country from the incorporation or announcement *in the official government or commerce register* **(Italy** : not at the time the deed is signed, **Germany, Poland, Czech Republic** (S.Stancl : the deed has been signed), **Romania, Slovenia** (liability of the members in case of lifting the veil of the company), **Serbia, Belarus, China, Ukraine, Turkey, China ,Vietnam.**

G. HARMONIZATION :

Re: Is there *a kind of harmonization* as we know in Europe with European directives and regulations in this field of company law? How far Mercosur (S-America) and Ohada (Africa) intervene in this field? Are there bilateral agreements between countries in Asia in this matter?

For *Europe* yes, thanks to many European Directives or Regulations (**Italy, Germany, Poland, Czech Republic, Romania, Slovenia, Serbia**. About Mercosur, Ohada , Asean , Apec, Saarc : overview done by **Poland** (A.Gajos).

Not yet, but some bilateral agreements **(China)**. No answer **(Belarus, Ukraine)**.

H. FOREIGN COMPANIES :
Re: Is there a real danger for the British and American limited directly
operating in your country? Or do they have to create a local branch or filial?

On the first question, not really yet, but British and American companies can operate freely in I**taly.** If they are from outside the European Union, they will have to create a local branch **(Germany, Poland, Czech Republic, Romania** (a branch or filial), **Slovenia** (a branch or a daughter company), **Serbia, Ukraine, Turkey.**

In some countries foreign enterprises engaged in production and business operations need the approval of the government with their competent authorities **(China, Vietnam)**. No answer **(Ukraine)**.

I. COST OF THE DEED :
Re: What are, more or less, the costs of this deed (foundation – later amendment)?

For all countries *it depends on the capital* **(Italy, Germany , Poland , Czech Republic, Romania, Slovenia, Turkey**).

A fee will be charged only for the legal operation of transfer of the property right or real estate: **Romania.** In **China** it is defined as a public interest legal service (Y.Weimeng, D.Chen). No answer **(Ukrain**e).

J. ASSOCIATION – TRUST :
Re: Does a notary in your country has to act when it comes to found an association (for good targets - purposes)? Necessary to provide it with a legal personality? Do you use private or public foundations li a trust for administrating estate of one person or of a family?

In Italy for *such a deed of association* the services of a notary are required.These contracts need not to be notarized : **Germany** (F.Schmitt), **Poland** (except for a foundation : a notarial deed is necessary), **Czech Republic, Romania** (except when an immovable asset is brought into the association), **Serbia, Serbia,Turkey** (notaries so not take part in the establishment process

of associations). But in P**ortugal** a deed of association has to be drawn up by a notarial one (F.Ferreira). No answer (**Ukraine**).

Some countries don't use private or public foundations like a trust for administering estate of one person or of a family (**Ukraine, Turkey**), but others do so and requires a notarial deed for it : **Czech Republic** (they even have the trust fund as a new instrument coming from the Anglo- Saxon law), **Romania** (a fiduciary contract), **Slovenia** (establishment *inter vivos* or by a testament).

LUC WEYTS
Em. Prof. KU Leuven (Catholic University of Louvain - Belgium),
Civil Law Notary in Brussels (Belgium),
Honorary Member of the General Council of the UINL

EDICIÓN Nº 127
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - BUENOS AIRES - ARGENTINA
FEBRERO 2022



ONPI
Institución Editora

Sede Permanente
Av. Las Heras 1833 Piso 4° CP (1024)

Dirección y Redacción
Av. Las Heras 1833 Piso 4° CP (1024)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Tels.: (0054) 11 4809-7161
onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

Internet
www.uinl.org
onpiuinl@onpi.org.ar

Presidente UINL
Notaria Cristina Noemí Armella
Argentina

Presidente de la ONPI
Notaria Agueda Luisa Crespo
Argentina

Comité Ejecutivo de Contenidos
Susana Bonanno
María Alicia Craviotto
Agueda Luisa Crespo
Enrique Garbarino
Gonzalo Matías Vásquez

Diseño y Diagramación
María Cecilia Alcoba

RIN Nº 127