

INCAPAZ. DIP. DOMICILIO. CAPACIDAD JURÍDICA. DERECHOS HUMANOS. PUBLICIDAD REGISTRAL

Resumen

No corresponde ser inscripta en el Registro de Actos Personales la incapacidad declarada por el tribunal de un país extranjero.

La consulta permite la aplicación por primera vez, dentro de las consultas que evacua la Asociación, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU en 2006 y ratificada por Uruguay en 2008, que suprime la división entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, y que, en su lugar, considera a la capacidad jurídica —comprensiva de ambos aspectos— como un derecho humano fundamental. Se trata de un cambio de paradigma importantísimo que debe tener en cuenta todo operador jurídico. En base a la normativa citada, se avala la posición de la consultante en cuanto a considerar legitimados para actuar a los hijos de una persona incapaz, residente habitual en Australia, para otorgar en su representación la partición de los bienes ubicados en Uruguay, en la medida en que la justicia de dicho país ha considerado que dicha persona posee una discapacidad que le impide tomar decisiones razonables sobre su persona y administrar sus bienes. Cualquier control en cuanto a la libertad con que deben actuar los hijos-administradores deberá resolverse en la sede judicial australiana y de conformidad con el Derecho allí vigente.

Informes: Registral y DIP

Consulta

A. HECHOS

1. Se proyecta otorgar una partición de los bienes quedados en la sucesión de MJMR, fallecido intestado en Montevideo el 29.7.1999, de estado civil casado en únicas nupcias con OEMC, quien fue declarada única y universal heredera del causante; y de los bienes quedados en la sucesión de OEMC, quien falleció testada en Montevideo el 29.6.2017, habiendo sido declarados únicos y universales herederos de la causante sus sobrinos AMRM, MCRM y GMRM.

2. Con fecha 1.2.2019, GMRM, quien se domicilia en Australia y es allí conocida como GMLP, ha sido declarada incapaz en dicho país, de acuerdo con la Ley de Tutela y Administración de 1986 de Victoria. Se nombró administrador al Tribunal Civil y Administrativo de Victoria junto con sus hijos, MLP e IFO, también domiciliados en el citado país.

3. Se presenta testimonio de la incapacidad declarada referida, debidamente traducido y legalizado, así como el nombramiento de sus administradores y sus facultades.

B. CONSULTA

Se consulta: **i)** ¿Es válida la partición extrajudicial otorgada en nuestro país entre AMRM, MCRM y GMRM representada por sus hijos, MLP e IFO? **ii)** ¿Es necesaria la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad en el Registro Nacional de Actos Personales?

C. OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

1. El artículo 2399 del Código Civil establece que los «actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento», de conformidad con los artículos 34 a 38 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889. A su vez, el artículo 2398 refiere a que los bienes, cualquiera sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en que se encuentran. Es a todas luces indiscutible que el acto jurídico partición se rige por nuestra ley.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2393 del mismo cuerpo normativo, el estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio. Armonizando este con el artículo 34 de nuestro Código Civil, el incapaz no tiene otro domicilio que el de su curador. En este caso, incapaz y curadores se domicilian en Australia. Es aplicable a la declaración de incapacidad, al nombramiento del representante, al requerimiento de eventuales autorizaciones especiales —por ejemplo, venias o cualquier tipo de exigencia legal destinada a proteger al incapaz— la ley del domicilio; rige, por tanto, la ley australiana.

Siguiendo a ALFONSÍN, cuando la ley del domicilio no exige ningún procedimiento judicial, podrá celebrarse una partición extrajudicial de los bienes que se encuentran en indivisión del incapaz, o una venta privada de bienes inmuebles, aunque la ley del acto exija la partición judicial o el remate judicial.

Ante mi desconocimiento del derecho australiano, he solicitado un informe jurídico de aquel país, ya que tendré que recurrir a la ley australiana para determinar si existen formas habilitantes que deberá cumplir el incapaz para el otorgamiento de la partición, o si esta puede otorgarse extrajudicialmente.

Estimo conveniente, además de adjuntar testimonio por exhibición de dicho informe, transcribir parte de él:

La orden [refiriéndose a la orden judicial que declara la incapacidad] en relación a GMRM no está sujeta a ninguna restricción, y por lo tanto, los administradores pueden hacer lo siguiente, siempre que las acciones sean para promover los intereses de GMRM: *a)* decisiones en relación con el cuidado general y la gestión; *b)* cuidar, recuperar, recolectar, preservar la propiedad, así como administrar los asuntos de la misma manera que ella lo haría si tuviera la capacidad de hacerlo; *c)* en general, ocuparse de todos los actos y ejercer todos los poderes en relación con el patrimonio

de la manera más efectiva y de la misma manera que GMRM podría hacerlo si tuviera la capacidad de hacerlo. Esto significa que los administradores pueden invertir dinero como fideicomisario, recaudar, recibir y recuperar ingresos y dinero debido a GMRM, arrendar propiedades en las que GMRM es la dueña, vender o convertir en dinero cualquier propiedad en poder de GMRM, ejecutar y firmar escrituras e instrumentos, completar y celebrar contratos, y hacer todos los actos incidentales para garantizar la gestión de los asuntos financieros de GMRM.

A priori, de su lectura se infiere que autorización judicial ni ninguna autorización especial son necesarias para el otorgamiento de partición, en mérito a que, expresamente, se establece que las facultades otorgadas a sus administradores son amplísimas y, según la ley de Victoria, no están sometidas a ningún tipo de restricción.

2. Estimo viable, por el mismo argumento de la aplicación de la ley del domicilio, la no inscripción de la sentencia de incapacidad en el Registro de Actos Personales en Uruguay, ya que es más que suficiente la acreditación de la incapacidad mediante el testimonio de la sentencia, traducida y apostillada.

Informe de la Comisión de Derecho Registral

Esta comisión se referirá al punto *ii* de la consulta, es decir, si es necesaria la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad emanada del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria (Australia) en el Registro Nacional de Actos Personales de la República Oriental del Uruguay.

1. Compartimos los fundamentos de la consultante en cuanto a que el artículo 2393 del Código Civil uruguayo dicta que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio. Y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 34 del mismo código, el mayor incapaz no tiene otro domicilio que el de su curador. En el caso planteado, los administradores se domicilian en Australia, al igual que la incapaz. De modo que si la incapaz se domicilia en Australia, según lo antes expuesto, las normas aplicables a la declaración de incapacidad, así como también las relativas al nombramiento del representante del incapaz para el ejercicio de sus derechos, son las normas del orden jurídico australiano.

2. Los efectos de los registros de publicidad son estrictamente territoriales. No existen previsiones legales que impongan la inscripción de declaraciones de incapacidad dictadas por tribunales extranjeros en el respectivo Registro uruguayo.

3. El Esc. Dr. Ronald HERBERT entiende que sería a todas luces conveniente, para cubrir este vacío, obtener un certificado del organismo correspondiente al domicilio del incapaz que acredite que no

existe otro proceso o pedido de curatela posterior al de referencia en la consulta.¹⁶⁸

4. Agrega HERBERT que el escribano es práctico del derecho y tiene la obligación de observar y controlar la correcta aplicación de las normas que integran el sistema de su orden Jurídico. De modo que, salvo disposiciones expresas en contrario, será él mismo quien constate todos los extremos que conferirán validez al acto que en el ejercicio de sus funciones autorice.

CONCLUSIONES

1. Es suficiente, para acreditar la declaración de incapacidad de la persona de que se trate, el testimonio expedido por el Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, siempre que así lo consideren las comisiones competentes.

2. También surgirá del testimonio referido la designación del tutor o administrador que representa legalmente al incapaz.

3. Compartimos los dichos del Esc. HERBERT en cuanto a que es recomendable solicitar un certificado del Tribunal Civil y Administrativo correspondiente al domicilio del incapaz que acredite que no existe otro proceso o pedido de curatela posterior al de referencia.

4. No existen previsiones legales que impongan la inscripción de la sentencia de incapacidad dictada por un tribunal extranjero en el respectivo Registro uruguayo.

Esc. Mercedes Azar
Informante

Aprobado por los Escs. Karin Perdomo, Susana Cambiasso, M.^a Cristina Anzuela, Gerardo Cardozo, Enrique Marna, Inés Rodríguez Sarmiento, Javier Ascheri y Mercedes Azar.

Esc. Mercedes Azar
Coordinadora

168 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (informante: Ronald HERBERT). «Venta de un bien de un incapaz brasileño, con incapacidad declarada en Brasil». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 64, n.º 7-9 (jul.-set. 1978), pp. 773 y ss.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

A. HECHOS

Se consulta sobre la posibilidad de otorgar una partición de los bienes quedados al fallecimiento de MJMR con bienes situados en Uruguay, de los que, luego del trámite sucesorio correspondiente, fue declarada única y universal heredera su cónyuge, OEMC. Esta última falleció viuda del anterior, y fueron declarados únicos y universales herederos mediante testamento sus sobrinos, AMRM, MCRM y GMRM.

GMRM tiene su residencia habitual en Australia y es allí conocida como GMLP. Allí se dictó por el Tribunal Civil y Administrativo el 1.2.2019 que «la persona representada posee una discapacidad, la cual le impide tomar decisiones razonables sobre su persona, circunstancias o su patrimonio, y, por tanto, necesita un tutor y un administrador legal». Con tal motivo se designó como tutor al defensor público CV, quien fue «designado como tutor *limitado* de la persona representada con derechos y obligaciones de: tomar decisiones respecto al alojamiento; [...] a tratamientos médicos [...] y acceso a servicios». Y simultáneamente se nombró administradores de su patrimonio «con todos los derechos y obligaciones otorgados por la Ley de la Tutela y Administración de 1986, parte 5, divisiones 3 y 3A a: MLP y IFO».

Se pregunta sobre la validez de una partición judicial a otorgar en nuestro país entre AMRM, MCRM y GRMR; esta última, representada por sus hijos, MLP e IFO. Y si es necesaria la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad en el Registro Nacional de Actos Personales.

B. ACLARACIONES PRELIMINARES

Partimos del supuesto de que todos los bienes hereditarios se encuentran situados en Uruguay, por lo que la categoría *partición* se regirá por el derecho uruguayo, tarea que corresponderá dilucidar a la Comisión de Derecho Civil.

Consideramos acertada la evacuación de la consulta realizada por la Comisión de Derecho Registral acerca de la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad de una de los copartientes, pero en lo referido a los aspectos estrictamente registrales, que es el ámbito de competencia que le incumbe. El punto de la discusión —o, si se quiere, de duda— es el referido a la discapacidad que padece la Sra. GMLP y las eventuales facultades del tutor y de los administradores respecto de su patrimonio, y este es el tema de incumbencia de la Comisión de Derecho Internacional Privado, en cuanto GMLP tiene su residencia habitual en Victoria, Australia.

C. LEGISLACIÓN APLICABLE

Australia y Uruguay están vinculados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, una convención que vincula a 182 Estados. Además, está vigente entre ambos países el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la ONU también en Nueva York y en la misma fecha, un protocolo que vincula a 97 Estados (Australia ratificó los dos tratados, el 17.7.2008 y el 21.8.2009, respectivamente, y Uruguay lo hizo según leyes n.º 18.418, de 5.11.2008, y n.º 18.766, de 5.7.2011).

I. Punto de conexión seleccionado para determinar la ley aplicable: la residencia habitual

En dichos instrumentos internacionales se establece como punto de conexión para determinar la capacidad o discapacidad de la persona la ley de su «residencia habitual», rechazando la posibilidad de determinarla por la ley del «domicilio». La distinción es clara —en cuanto a lo declarado por los mencionados documentos y a la influencia que han ejercido sobre las legislaciones nacionales— y, en especial, respecto de las personas con discapacidad. El domicilio resulta ficticio —residencia con ánimo de permanecer—, pues a las personas con discapacidad generalmente se las ubica en el domicilio de sus representantes legales, aun cuando realmente no estén allí (en el caso de menores que estén estudiando en el extranjero, de enfermos con dolencias físicas o síquicas prolongadas internados en el extranjero, de asilo de ancianos en el extranjero, etc.). Este cambio a favor de la residencia habitual obedece a que esta es una noción puramente material, fáctica: la residencia corresponde al lugar donde la persona vive efectivamente.

La residencia tiene un carácter eminentemente personal, que no excluye, por otra parte, el hecho de que una persona pueda ser obligada, desde un punto de vista material, a vivir en un lugar por un cierto tiempo, según la voluntad de otra persona [...]. Poco importa que la residencia le haya sido impuesta; ella se determina de forma autónoma [...]. La persona tiene una residencia estable y efectiva en un país cuando hace de ese país su marco de vida ordinario, cuando se crea un hábito de vida.¹⁶⁹

Ahora bien, ningún instrumento convencional o legal de derecho internacional privado ha definido cuándo existe residencia «habitual», cuándo se obtiene esa habitualidad. En realidad, «no existe ningún *quantum* respecto a una duración mínima necesaria que permita constatar su existencia»;

169 RICHEZ-PONS, Anne. *La residence en Droit international privé. Conflits de juridictions et conflits de lois*. Tesis de doctorado en derecho. Paris: Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004.

ello será una cuestión de puro hecho a determinar, caso a caso, por el juez de la causa. Si bien debe tener una duración suficiente, no puede decirse, sin embargo, *a priori*, cuánto debe durar ese tiempo; ello dependerá del tema regulado. En algunos casos bastará una presencia de algunos meses y en otros no, y ello se debe a que la noción es funcional: dependerá —en función— de cada tema a debatir (divorcio, sustracción internacional de menores, capacidad, etc.).

Para determinar la residencia habitual de una persona debemos partir de la comprobación de que allí existe el centro de gravedad de sus vínculos sociales, de haber adquirido un hábito de vida en un lugar, de haber contraído vínculos con el medio que la rodea: estar integrado a él. Por tanto, el elemento intencional es descartado de la noción de residencia y solo podría tomarse en consideración en caso de duda, como un elemento coadyuvante de la situación de hecho y, por tanto, meramente contingente.

De los datos aportados por la consultante, todo parece indicar que la residencia habitual de GMLP está constituida en Victoria, Australia —allí convivía con su esposo, igualmente con sus hijos; aprendió o perfeccionó el idioma inglés, tuvo una vida de relación—, por lo que será de aplicación a su capacidad/discapacidad la ley de dicho Estado. A partir de marzo de 2020 entró a regir la *ley de la tutela y administración de 2019*, que ha buscado adherirse más profundamente que la ley anterior —*ley de tutela y administración de 1986*— a la filosofía subyacente en la convención precedentemente mencionada y a su protocolo facultativo.

II. Cambios profundos en materia de capacidad, entendida como una cuestión de derechos humanos

Es conveniente realizar una reproducción del artículo 12 de la convención, que constituye el eje sobre el cual gira y que se expresa en los siguientes términos:

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 proporcionarán salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos, *de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.* Estas salvaguardas 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 salvaguardas 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 a heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a prestaciones bancarias, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria [énfasis agregado].

De lo expuesto se constata que el artículo 12 supone un cambio fundamental en el tratamiento de la capacidad jurídica que permitirá a las personas con discapacidad acceder al ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás personas. La doctrina emergente del derecho comparado está conteste en que ello implicará una reforma profunda en el tema de la incapacitación vigente y, también, respecto de sus instituciones básicas (patria potestad, tutela y curatela). El cambio de paradigma reside en que, de aquí en más —o al menos desde la ratificación por parte de Uruguay, acontecida en 2008—, la discapacidad debe ser tratada como una cuestión de derechos humanos.

Para determinar cuál es su alcance —y para evitar repetir lo evacuado en consultas anteriores, que, al día de hoy, están caducas— tendremos que realizar un breve recorrido, en homenaje a la brevedad, sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad, tomando como base tres modelos paradigmáticos.

1. El primero modelo es el de la *prescindencia* o de *exclusión*, que implicaba pensar que el individuo con discapacidad no aporta nada a la sociedad y que su vida no merece ser vivida; esto puede conducir al modelo eugenésico en el que se habilitaba la eliminación de los niños con deficiencias —modelo greco-romano, arrojándolos desde la roca Tarpeya o desde el Monte Taygeto— o a un modelo de marginación que nos transportaría a su exclusión total, al subestimar a las personas con discapacidad.

2. El segundo modelo es el *médico-rehabilitador*. Tal sistema considera que las causas de la discapacidad son científicas y que, por tanto, las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida que sean «rehabilitadas»; la finalidad primordial debe ser «normalizar» a las personas con discapacidad, siempre desde el parámetro de una persona «normal». Su objetivo es conseguir la cura de la persona, una mejor adaptación o un cambio en su conducta. Como se ha dicho, se trató de utilizar la «goma de borrar» para que las discapacidades desaparezcan.

3. El tercer modelo es el *social*. No obstante los modelos anteriores, la convención de la ONU ha optado por el modelo social; esta considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni cien-

tíficas, sino preponderantemente sociales, y que las personas pueden ser agentes valiosos para aportar a las necesidades de la sociedad. Este modelo parte de una visión de la presencia de valores intrínsecos relacionados con los derechos humanos aplicable a las personas con discapacidad. Por tanto, ya no puede dividirse a la sociedad en «normales y a-normales», o, jurídicamente hablando, entre «capacitados e incapacitados», sino que la sociedad debe pensarse como una sociedad de personas con capacidades variables, en gran parte inconmensurables en su diversidad. Finalmente, conduce a potenciar en las personas con discapacidad el respeto de su dignidad, de la igualdad, de la libertad personal, de la no discriminación, de la accesibilidad universal —incluso ante la justicia—, del fomento de diálogo civil, etcétera. No es el individuo con discapacidad el que tienen que «cambiar» o «adaptarse», sino que es la sociedad la que debe hacerlo, suprimiendo todas las trabas y obstáculos que impidan que las personas con discapacidades variables —físicas, intelectuales, cognitivas— puede desarrollarse plenamente.

A partir de esta breve explicación es que podemos entender el cambio que se ha instaurado en el mundo tras la entrada en vigor de esta convención de la ONU, tomando en consideración que ha sido ratificada por 182 de los 193 países existentes en el mundo, y el *cambio de mentalidad que debe asumir el notario cuando actúa como operador jurídico*. Debemos tener claro que, a partir de 2008, Uruguay debe realizar en su orden jurídico interno un cambio de ciento ochenta grados en el tema de la discapacidad, por cuanto reconoce que *todas* las personas tienen capacidad de goce, pero también de principio —*todas* tienen capacidad de ejercicio o de obrar—, suprimiendo o atenuando sensiblemente el deslinde existente hasta hoy entre *capacitado* y *discapacitado*. O sea, ampliar la esfera de actuación de los individuos en todo lo posible y *sustituir las medidas de interdicción a través de las tradicionales figuras de la patria potestad, la tutela y la curatela por «medidas de apoyo»*. En tal sentido, obliga a los Estados a actualizar su legislación interna eliminando la figura de la curatela y estableciendo, en su lugar, «medidas de apoyo», mediante la designación de informante, de asesor o consejero, de codecisor, otorgando un poder representación sobre la propia discapacidad —*living will*—, por ejemplo. Las funciones de las «medidas de apoyo» o «de acompañamiento» pueden ser transitorias o permanentes (en realidad, en derecho comparado se constata que las legislaciones establecen plazos fijos, renovables, de acuerdo con la situación a analizar periódicamente). Puede ser un cargo ejercido en forma individual o puede ser plural. Y en esta última hipótesis, las medidas pueden ser decididas colectivamente o puede haberse delimitado sus competencias según las áreas: *A* para tal área, *B* para tal otra y así sucesivamente. En fin, las funciones pueden ser para actos específicos o totalmente generales Este es el enfoque que tienen los artículos 444.2 y 447 del Código General del Proceso; en cierta medida, el Código General del Proceso viene a salvar la omisión en que se encuentra el Código Civil.

El cambio que impone la convención es muy profundo, pues en lugar de trabajar con disposiciones legales precisas y decisiones judiciales que «decretan» la capacidad o incapacidad de las personas, estaremos frente al estudio del caso concreto, del grado de madurez de los menores de 18 años, por un lado, y de la discapacidad específica —física, intelectual o cognitiva— de los adultos, por el otro. Ya no debería hablarse de «patria potestad» ni de «autoridad parental», sino de «responsabilidad parental», para así eliminar toda idea de potestad o de poder sobre una persona, permitiendo en sustitución de dicho concepto «acompañar» al menor maduro en el ejercicio de sus derechos, aun cuando no haya obtenido su mayoría de edad o, como en el caso del adulto, cuando ha visto disminuida sus facultades. En el mismo sentido, la figura tradicional de la curatela debe ser suprimida, por cuanto implica la exclusión total del curatelado, quien se vuelve invisible jurídicamente; lo que la convención pretende es que recobre su visibilidad. Podría permanecer la figura de la tutela, pero siempre en la medida de pensar que se trataría de una institución de apoyo; al igual que la responsabilidad parental, la tutela debe ser considerada como «medida de apoyo» y no de exclusión. No debería hablarse de una persona que «padece» discapacidad o está «afectada» de una discapacidad, por cuanto son términos que las desvalorizan.

Al ratificar la convención, cada Estado parte asumió la obligación de presentar un informe sobre su país. El Ministerio de Desarrollo Social elaboró un primer informe bajo el título *Uruguay y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, presentado ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y respetando lo exigido por dicho tratado internacional, aprobó la ley 18.651 sobre protección integral de las personas con discapacidad, el 9 de febrero de 2010. La ley mencionada hace referencia, principalmente, a la eliminación de las barreras que sufren las personas con discapacidad, especialmente en materia de transporte, educación y trabajo, pero no se abocó a la renovación del Código Civil en lo atinente a los «medios de protección de los discapacitados». El informe de cada país recibe una respuesta por parte del comité, y nuestro país la recibió el 31 de agosto de 2016, en la que se señalan las principales áreas de preocupación y de recomendaciones. En este documento, entre otras cosas, se instó al país a realizar numerosas modificaciones a su legislación interna. A los efectos que nos interesa, la observación n.º 25 dice así:

Al comité le preocupa que distintas leyes del Estado parte, en particular los artículos 37 y 80 de la Constitución de la República de Uruguay, al igual que el Código Civil, ley 17.535 sobre personas sujetas a curaduría general, están en contradicción con la convención y discriminan y restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Como puede apreciarse, resulta imperativo realizar una actualización de las normas en materia de discapacidad específicamente dirigida al Código

Civil. Uruguay ha estado omiso en dicho punto; quizás por la dificultad de la materia, pero también debido a que existe una falta de conocimiento del contenido de la convención y de su protocolo facultativo a nivel de los propios expertos en derecho, sin percibir que *desde el momento en que Uruguay ratificó ambas normativas, se halla obligado a cumplir con los dispuesto en ellas, bajo el riesgo de que su omisión genere responsabilidad internacional.*

¿Ello impide la aplicación de la convención? De ningún modo. En primer lugar, desde el punto de vista formal, las normas convencionales prevalecen sobre las normas nacionales en cuanto a regir las relaciones privadas internacionales, de conformidad con el artículo 1.º de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de 1979 (Montevideo, CIDIP II). En segundo lugar, porque por su contenido ya han pasado a formar parte —desde su ratificación— del denominado «bloque de constitucionalidad» de nuestro ordenamiento jurídico, basándose en el hecho de que nuestra Constitución tiene un fundamento iusnaturalista (ella no crea derechos fundamentales, sino que los [re]conoce en los arts. 7.º, 72, 82 y 332); y de conformidad con la doctrina neoconstitucionalista, hoy en boga, sorprendentemente coincidente con el texto constitucional de 1830, *es de aplicación directa* a cualquier relación privada, sea esta nacional o internacional.

III. Conclusión y evacuación de la consulta

Todo lo expuesto ayuda a comprender la situación, con los claroscuros existentes en el ordenamiento jurídico uruguayo; pero igualmente la filosofía subyacente en la ley australiana de 2019, que entró a regir en marzo del presente año. Ambos Estados están obligados por la convención de la ONU y por su protocolo facultativo, y deben partir de la base de crear medidas de apoyo a los discapacitados y no de exclusión o de invisibilización. En casos extremos, deberá aceptarse una representación del discapacitado; pero no «a la antigua usanza», sino tomando en cuenta el estilo de vida que ha llevado el adulto mayor, cuál ha sido su filosofía de vida, su proyecto de vida, para que siga tratándose de igual manera. La diferencia puede parecer sutil, pero no lo es: en primer lugar, el «representante» no debe eliminar completamente la voluntad de la persona, como tradicionalmente se ha hecho, sino que queda sometido a lo que la persona ha sido, a lo que ella aspiraba ser; en segundo lugar, si una persona tiene intervalos lúcidos, aun sometido a representación, debe considerarse que los actos realizados en dichos intervalos son válidos. De todos modos, quedan excluidos de cualquier medida de representación aquellos derechos que son inherentes a la persona, que son intangibles, personalísimos.

Conviene tener en cuenta un fallo del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno respecto de un joven que tenía el síndrome de Down y a

quien se le prohibía votar en las elecciones nacionales y departamentales. La referida sentencia, que comenzó a sentar una orientación, estableció

que un joven incapaz que padece síndrome de Down podrá votar e integrar organizaciones civiles sin fines de lucro, de naturaleza cultural y de beneficencia, siempre que ello no le genere un perjuicio económico [...]. El joven podrá votar por haberse comprobado que tenía acceso a la información y posibilidad de expresarse libremente. La sentencia tiene sus fundamentos en el art. 29 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que busca en dicho artículo «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad». El fallo judicial establece que la incapacidad se analizará teniendo en cuenta un criterio jurídico, psicológico y social. El sujeto seguirá siendo protegido en su patrimonio y en la esfera personal, pero, al mismo tiempo, tendrá mayor participación e integración en la sociedad mediante la efectivización de los derechos inherentes a las personas.¹⁷⁰

Por tanto, avalamos la posición de la consultante en cuanto a considerar legitimados para actuar a los hijos de GMLP en la partición hereditaria, en la medida en que la sede judicial australiana ha considerado que dicha persona «posee una discapacidad, la cual le impide tomar decisiones razonables sobre su persona, circunstancias o su patrimonio». Cualquier control en cuanto a la libertad con que deben actuar los hijos-administradores deberá resolverse en la sede judicial australiana y de conformidad con el derecho australiano vigente en Victoria, como se ha señalado precedentemente.

Esc. Ruben Santos Belandro
Informante

170 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (URUGUAY). *Uruguay y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Montevideo: MIDES, pp. 67 y 68.

BIBLIOGRAFÍA

- COMITÉ SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay*. Organización de las Naciones Unidas, 31 ago. 2016.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español». En *Derechos y Libertades*, n.º 24, época II (2011), pp. 221-257.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (MIDES URUGUAY). *Uruguay y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Montevideo: MIDES, s/a.
- PALACIOS, Agustina, y BARIFFI, Francisco. *La discapacidad, una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2007.
- RICHEZ-PONS, Anne. *La residence en Droit international privé. Conflits de juridictions et conflits de lois*. Tesis de doctorado en derecho. Paris: Universite Jean-Moulin, Lyon III, 2004.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. *Derechos humanos y derecho internacional privado*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2018.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. «Los grandes menores o la doctrina del menor maduro: una visión desde los Derechos comparado e internacional privado)». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 105, n.º 1-12 (ene.-dic. 2019), pp. 63-104.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. «¿Es posible la conciliación o un acercamiento entre iusnaturalismo, iuspositivismo y neoconstitucionalismo?». En *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n.º 12 (jun. 2020), pp. 2-52.

Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 31.8.2020, expediente 2263/2019.