

¿Vamos hacia la supresión de la noción de *incapacidad*?

La función del notario ante las nuevas tendencias

por Ruben Santos Belandro¹

Sumario

Sección 1. La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. El largo camino hacia el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Algunas aclaraciones previas. I) Deficiencia *versus* incapacidad. II) El paulatino descarte del desdoblamiento: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. III) La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. IV) La sustitución se cambia por el apoyo. La extraordinaria variedad de los apoyos. A) La propuesta chilena del *facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica*. B) El consejero o persona de confianza. C) El gestor para la obtención de prestaciones sociales. D) La toma conjunta de decisiones o codecisiones. E) La tutela y la curatela. F) el mandato judicial. G) la representación como *ultima ratio*. ¿Hasta dónde llega la restricción de la capacidad? Los actos personalísimos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sección 2. Repercusiones de la Convención en la legislación de Uruguay. 1) Ley n.º 15.982 de 18.10.1988 o Código General del Proceso. 2) Ley n.º 18.651 de 9.2.2010 (Ley de Protección Integral de las Personas con Discapacidad). 3) Ley n.º 19.353 de 18.11.2015

1 Profesor de posgrado. Exprofesor de Derecho Internacional Privado en régimen de dedicación total y exprofesor de Derecho Extranjero y Comparado. Miembro *ad honorem* del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Notario público.

(Ley de Creación del Sistema Nacional Integrado de Cuidados). 4) Ley n.º 19.529 de 24.8.2017 (Ley de Salud Mental). 5) Acordada n.º 8.056 de 18.12.2019. 6) Situación del Código Civil. Algunas decisiones jurisprudenciales. La rebelde presencia de los casos extremos y las fricciones con el modelo social. La contradicción entre la observación n.º 25 del Comité de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que aconseja la eliminación de la curatela general, y la opinión de la doctrina y jurisprudencia de Uruguay. Sección 3. La protección transfronteriza de las personas con capacidad restringida. Sección 4. El rol del notario ante el nuevo paradigma. Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo a la persona con discapacidad. Conclusiones provisionales. Bibliografía.

Resumen

A partir del año 2006, aunque ya presentido por normas internacionales anteriores, se ha producido un cambio de paradigma en el trato hacia las personas con discapacidad, que no parte ya de la persona concreta (ciego, sordo, sordomudo, parapléjico, enfermo mental, etc.), sino de sus derechos humanos fundamentales. Este nuevo enfoque obliga a examinar la concordancia con nuestro ordenamiento jurídico y a hacer una reformulación acorde con las nuevas pautas, con el objetivo de respetar el bloque de constitucionalidad de nuestra Constitución de base iusnaturalista. La labor del profesional del derecho, y especialmente del notario, será mucho más minuciosa, pero mucho más justa hacia las personas con capacidad restringida, que tienen derecho a la libertad, la igualdad, la no discriminación y la dignidad.

SECCIÓN 1. LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El largo camino hacia el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad

La humanización y la deshumanización han convivido en el hombre desde siempre. Al hombre le ha costado ver en el otro a un igual, tan igual como él mismo, aunque con diferentes preferencias, valores, enfoques vitales, historias de vida, aptitudes, etc. Para mantener esa o esas miradas, se valió del plano religioso, que reproducía sobre el plano esotérico las mismas desigualdades que se manifestaban sobre el plano terrenal y, en algún modo, lo justificaban. En etapas posteriores, descreyendo de los dioses, se refugió en un aspecto humano sobresaliente: la razón. Sin embargo, si bien esa nueva mirada humana provocó un cambio importantísimo a partir del Renacimiento, también esta actitud generó desigualdad, puesto que no todos los seres humanos tenían igual aptitud de raciocinio (que incluso puede variar en las distintas etapas de la vida: en la primera edad, en la edad adulta o, incluso, en las etapas finales de la existencia). En realidad, todos los conceptos y valores puestos al servicio del hombre han generado desigualdad y exclusión. Fue al final de las dos guerras mundiales que el ser humano se vio a sí mismo con otra mirada, impulsando una impresionante ola reparadora de la igualdad en dignidad y derechos, y se abocó a la tarea de desmontar todos los prejuicios existentes, cortando los nudos que, a la par que se proclamaba la dignidad del hombre, sometían a servidumbre a numerosos congéneres por razones de sexo, edad, raciocinio, impedimentos físicos, extranjería, etc.

Es dentro de este movimiento, cada vez más fuerte y arrollador, donde se afianzan los derechos humanos fundamentales, aquellos pensados como partes esenciales de su ser y de su existir, y que intentan, con suerte variada, pero cada vez más profundamente, asegurar la igual capacidad jurídica, económica y social del hombre y de la mujer; el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, dotado de su propia voz y sus propios valores, que no pueden ser sustituidos por los valores de los mayores, y la dignidad de aquel que ha llegado a la tercera edad y que, aun cuando ya no integra la etapa productiva y, en tal sentido, ya no es *útil* al sistema económico, pero sigue siendo también una persona con igualdad y derechos (o con derechos iguales a los demás), para llegar, al fin, a examinar todo un sector de la sociedad que esta, obstinadamente, ha invisibilizado durante miles de años: el de las personas con discapacidad. Solo observándose ese por demás extenso período histórico (que se percibe más extenso por injusto), puede apreciarse la medida del desprecio a que han sido sometidas las personas con discapacidad, objeto de prácticas eugenésicas (mediante el aborto o el asesinato, una vez nacidos, que se hacía arrojándolos como *objetos sin*

valor desde una roca, como en Grecia o Roma, o el mantenerlos con vida, pero desatendiendo su alimentación, higiene y salud, al considerarlos un estorbo, lo que les aseguraba una corta existencia por omisión).²

Más adelante, la «civilización» cambió la mirada hacia los discapacitados, sobre todo, una vez que comenzó a desarrollarse la medicina, que consideró a la persona con discapacidad (física, intelectual o cognitiva) como un *anormal*, en la medida en que se apartaba de los parámetros y estándares fijados por las personas consideradas *normales*. La medicina (y, con ella, el personal médico) se ofreció, no sin graves errores e injusticias, a «recuperar» a los discapacitados para llevarlos a la «normalidad». Eran las personas con discapacidad las que tenían que adaptarse individualmente al modelo del ciudadano estándar. Este modelo médico se construyó sobre una base errónea, debido a que muchas de las *anormalidades* eran provocadas por la propia sociedad al implantar medidas sociales que oficiaban

2 Agustina PALACIOS y Francisco BARIFFI dividen los modelos históricos en tres. 1) El primer modelo es el de la prescindencia o la exclusión, que implica pensar que el individuo con discapacidad no aporta nada a la sociedad y que su vida no merece ser vivida, lo cual puede conducir a un modelo eugenésico, que es el que habilitaba a la eliminación de los niños con deficiencias (en el modelo grecorromano, se los arrojaba desde la roca Tarpeya o desde el monte Taigeto), o a su marginación. 2) El segundo modelo es el médico-rehabilitador, que considera que las causas de la discapacidad son científicas y que, por tanto, las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, siempre en la medida en que puedan ser «rehabilitadas»; la finalidad esencial es «normalizar» a las personas con discapacidad desde los parámetros de la persona *normal*. Con este modelo, para que las discapacidades desaparecieran, se trataba de usar la denominada *goma de borrar*. 3) El tercer modelo es el social, que considera que las causas que dan origen a la discapacidad son predominantemente sociales, pero no puede dividirse a la sociedad entre *capacitados* e *incapacitados*, sino que la sociedad debe pensarse como una sociedad de personas con capacidades variables, las que deben ser tratadas con total igualdad, suprimiendo las trabas u obstáculos que les impidan a esas personas desarrollarse plenamente (PALACIOS, Agustina, y BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, pp. 12-26). Álvaro Fernando BENAVIDES, por su parte, también acude a tres modelos. 1) El modelo del estatus, donde la respuesta hacia el otro o el diferente es la exclusión, ya sea por miedo o compasión, pues lo colectivo prima sobre lo individual, y donde se niega la igualdad; 2) El modelo paternalista, en el que se relaciona a la capacidad con la utilidad que presta el individuo a la sociedad. La respuesta social no será la persecución o la eliminación, sino una exclusión oculta tras el *principio de la normalización*: aquellas personas que presentan alguna diversidad («desvío de la norma») serán tratadas igualitariamente si se adaptan al sistema y si alcanzan al sujeto estándar; si se normalizan, pero no cumplen con los requisitos establecidos, serán excluidas. 3) El modelo promotor, que asume que las personas tienen derechos y valores intrínsecos, inherentes, por lo que, en cualquier circunstancia, debe potenciarse su dignidad, igualdad y libertad personal, asegurándoles a todos, sin excepción, vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno y diálogo civil, entre otros. Se trata de una cuestión de derechos humanos (BENAVIDES LÓPEZ, Álvaro Fernando. *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Getafe: s. e., diciembre de 2013, pp. 96-105).

como barreras u obstáculos (no solo físicos), que impedían el desarrollo de las personas con discapacidad.

Es así como nace el denominado *modelo social*, que considera que el mundo humano está constituido por personas diversas en cualidades, capacidades y aptitudes, y esa diversidad humana debe ser reconocida como tal. Por tanto, no hay que partir de la discapacidad (del sordo, del mudo, etcétera), ya que esta no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por los obstáculos, barreras, trabas y frenos que la sociedad opone, consciente o inconscientemente, al desarrollo de cualquier ser humano. El concepto de discapacidad no se resume, entonces, en la catalogación de las deficiencias. Como veremos más adelante, la mirada cambió radicalmente. El problema no está ya más en la persona con discapacidad, sino en la sociedad, que no implementa todos aquellos elementos que necesita para desarrollarse. La discapacidad asume un sentido multidimensional referido a la interacción de la persona con su entorno físico y social. Requiere la incorporación de la persona para superar las vallas que se oponen a este proceso de integración.³

Es producto de este enfoque que nace la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU en Nueva York, el 13.12.2006, que entró en vigor internacionalmente el 3.5.2008, fue ratificada por Uruguay mediante la ley n.º 18.418, de 5.11.2008, y, al contar

3 VALENTE, Luis Alberto. «Derechos personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación». En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, noviembre de 2014, p. 1. La sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno (48/2018) establece en sus considerandos que «de acuerdo a la Convención se abandona el modelo rehabilitador que estaba basado únicamente en el informe médico, por el cual se entendía que las causas que daban origen a la discapacidad son solamente médicas, provocado por diversidad funcional física, síquica o sensorial. Dicha concepción entendía a la persona con discapacidad como un ser a normalizar o a rehabilitar, por lo cual las respuestas sociales se centraban en la persona, pero con un ámbito de paternalismo, o las políticas que se realizaban se basaban exclusivamente en el área de la salud, institucionalización, incapacitación, educación especial, empleo protegido: el lema era “Iguales pero separados”. Por el contrario, el modelo social adoptado por la Convención entiende que las causas que dan origen a la discapacidad son limitaciones sociales. Se afirma que debe concebirse a la persona en estado de discapacidad, con igual dignidad y valor que el resto, y las respuestas sociales deben estar centradas en la persona, pero también hacia la sociedad, para ello se tiene que ir a la desinstitucionalización, al apoyo para la toma de decisiones, empleo ordinario, políticas elaboradas desde los derechos humanos y de la mano de las personas con discapacidad, siendo el lema “nada sobre nosotros sin nosotros”. [...] Es necesario que la persona en estado de discapacidad pueda tener autonomía moral y asunción de la persona como sujeto moral, poder de decisión, desterrando la confusión entre autonomía moral y autonomía funcional, sustituyendo el modelo de sustitución por el modelo de apoyo, existiendo un deber de brindar a las personas con discapacidad las herramientas para que puedan desarrollar la autonomía moral, al igual que el resto de las personas. [...] Las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la buena voluntad de otras personas o de los gobiernos, sino que deben eliminarse porque son violatorios [errata: *violatorias*] del goce y ejercicio de sus derechos humanos» (ibídem).

con 182 ratificaciones (sobre 193 Estados), se ha convertido en un texto de alcance universal para intentar solucionar los problemas que enfrentan unas mil millones de personas en un mundo que tiene más de siete mil millones.⁴ Le acompaña el Protocolo Facultativo de la misma fecha, que fue ratificado por Uruguay por la ley n.º 18.766 de 5.7.2011, y cuenta con 97 ratificaciones. Se trata de una convención que reconoce la capacidad como un derecho humano fundamental y que, por tanto, integra el bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico y es de aplicación directa. «Exigencias que antes dependían de políticas sociales, más o menos sensibles a estas personas, ahora se convierten en una cuestión de derechos humanos».⁵ El cambio de paradigma es radical, por lo que corresponde aclarar algunas cuestiones previas que pueden ser indispensables para entender y comprender el objetivo de la mencionada convención en toda su extensión.

En lugar de un sistema rígido de protección, la Convención propone otro progresivo, flexible, subsidiario, proporcional y, solo en última instancia, representativo. Como se ha afirmado insistentemente, la representación debe dejar de ser un sistema rígido y hermético (donde el representante toma las decisiones por su propia iniciativa), inclinándose a favor de un sistema que atienda los deseos e intereses de las personas que representa, que deben estar informadas respecto de todas las cuestiones que les atañen. Se basa en la consideración de que las personas declaradas incapaces solo ejercerán por medio de sus representantes aquellos derechos que no pueden ejercer por sí mismos. Se introduce la presunción de capacidad plena de ejercicio y las limitaciones son consideradas excepcionales y revisadas periódicamente. Debe entenderse que, a partir de la vigencia de la Convención, la representación ha dejado de ser una relación de poder, sino que está instituida a favor de la persona, así como que, a mayor autonomía del sujeto, menor será la representación. La actuación del representante no solo es excepcional y flexible, sino que también está sujeta a contralor judicial, ya que se requiere, generalmente, autorización del magistrado para los actos de disposición de bienes valiosos o de los que afecten la integridad personal.

Se busca la igualdad no solo formal, sino, parejamente, material. La igualdad formal es

aquella en la que el principio de igualdad queda subsumido en el principio de legalidad, por lo que deben considerarse iguales aquellos a quienes la ley considera como tal[es], y diferentes, aquellos otros a quien[es] la ley diferencia; ejemplo de esta igualdad son las Convenciones o Declaraciones de

4 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe mundial sobre la discapacidad*, 2011, p. 7.

5 MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto. «Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces». En *Persona y Derecho*, n.º 72, 2015, p. 287.

derechos humanos, abarcativos de todas las personas, sin diferenciarlas de forma alguna. Por el contrario, se entiende por igualdad sustancial o material, cuando no solo se rechaza cualquier discriminación, sino que además se posibilita la adopción de medidas específicas ante situaciones y/o sujetos que requieren de una atención diferenciada o, mejor aún, diversificada; en otras palabras: la posibilidad de existencia de normas que otorguen tratos diferenciados ante situaciones distintas.⁶

Algunas aclaraciones previas

Con el ingreso de la Convención a los órdenes jurídicos de los Estados parte, se ha realizado un cambio de fuste, que provoca o alienta la visión de un nuevo panorama. Por ello, es importante realizar algunas consideraciones preliminares para entenderla mejor. Veamos cuáles son.

I. *Deficiencia versus incapacidad*

Para comenzar, nos parece oportuna la distinción que realiza Agustina PALACIOS entre *deficiencia* y *discapacidad*.

La deficiencia es la pérdida de todo o parte de un miembro, o tener una limitación en un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. En tanto que la discapacidad es la desventaja o restricción de actividad causada por la organización social contemporánea, que no considera —o considera de manera insuficiente— a las personas que tienen deficiencias y, por ello, las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad. De este modo, se considera que una incapacidad para caminar es una deficiencia, en tanto que una incapacidad para entrar a un edificio, debido a que exclusivamente consiste en una escalera, es una discapacidad. Una incapacidad para hablar es una deficiencia, pero la incapacidad para comunicarse, por cuanto las ayudas técnicas no se encuentran disponibles, es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia, pero la incapacidad para salir de la cama, debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada, es una discapacidad.⁷

En suma, la discapacidad resulta de la interacción con barreras actitudinales o del entorno, que limitan o impiden la participación de todas las personas.

El concepto *discapacidad* es un término evolutivo. De todos modos, la discapacidad no justifica la privación de capacidad jurídica. Todos nosotros, en alguna medida, tenemos alguna deficiencia que no necesariamente conduce a la discapacidad: tenemos algún grado de hipoacusia, de baja visión

6 DÍAZ SIERRA, María del Carmen. «Una primera lectura sobre la ley 18.661: el derecho a la vivienda de las personas discapacitadas —derecho fundamental— ¿a través de bien de familia y derecho de habitación?». En *Revista Jurídica Regional Norte*, año 5, n.º. 6, p. 47.

7 PALACIOS y BARIFFI. Ob. cit., p. 57.

o motricidad, y ello no necesariamente conduce ni a la discapacidad ni a la implementación de un apoyo. Ahora bien, cabe destacar que el modelo de la discapacidad mental como base para la incapacidad jurídica ha sido superado por la Convención, la que considera a todas las personas con discapacidad como titulares de derechos en los mismos términos que las demás personas, situándolas en el centro de todas las decisiones que le conciernen. El problema es que, a pesar de los mandatos normativos emanados de la Convención, las personas con discapacidad deben sortear una serie de obstáculos para el ejercicio de la capacidad jurídica, en especial, el hecho de que, conforme a la legislación, se les puede considerar como incapaces (dementes), por lo que se ven reguladas en sus relaciones jurídicas por un modelo de atribución directa de incapacidad y de sustitución de su voluntad, que obliga a nombrarles representantes legales. Tanto las relaciones patrimoniales como las extrapatrimoniales de la vida de estas personas se ven sujetas a un modelo que ignora su voluntad, deseos y preferencias. Esto afecta, entre otras cosas, al modelo de educación inclusiva vigente; la entrada y permanencia en el mundo laboral; el acceso a la justicia; el peso de la propia opinión en materias que le competen; el desarrollo de una vida independiente (incluidos sus derechos a la vida familiar), y el acceso al sistema de salud mental y física, así como el trato que de él reciben.

El comité que creó la Convención, para controlar e inspeccionar los avances en su funcionamiento en los Estados parte, ha enfatizado que los servicios de apoyo individualizados son un derecho y no una forma de atención médica o de caridad, y que el acceso a una gama de servicios de apoyo individualizados es una condición previa para la vida independiente y comunitaria. Las personas con discapacidad tienen la opción de personalizar su propio servicio y elegir el grado de control personal que prefieran sobre la prestación del servicio, de acuerdo con sus necesidades, capacidades, circunstancias de vida y preferencias. Las leyes que niegan su capacidad para actuar en el mundo jurídico vulneran sus derechos humanos más básicos e implican discriminaciones que no pueden ser toleradas, por lo que el citado comité considera que urge la derogación de las normas que consagran como incapaces absolutas a las personas con discapacidad y su reemplazo por un sistema de plena capacidad jurídica, complementado por un sistema de apoyos y salvaguardas. El legislador, con la reforma, busca eliminar las referencias a los dementes y a los sordos o sordomudos.

II. *El paulatino descarte del desdoblamiento: capacidad de goce y capacidad de ejercicio*

Existe una antigua división dentro de la noción de capacidad: la capacidad de goce, o sea, la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, que pertenece a todas las personas, debido a que estas tienen una dignidad especial (*dimensión estática*), y la capacidad de ejercicio, que alude a la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos de manera directa y

válida, y actuar con autonomía en la vida jurídica (*dimensión dinámica*), lo que supone la presencia de ciertos elementos. Esta última capacidad puede ser excluida o limitada bajo ciertas circunstancias. La Convención incluye bajo el término *capacidad jurídica* a ambos aspectos. El modelo social parte de la base de que no puede haber personas sin derechos.

La conexión entre capacidad jurídica (entendida como la dimensión del acceso al ejercicio de los derechos) y los derechos humanos, nos permite situar a las condiciones de ejercicio estipuladas en normas universales *por encima* de toda consideración nacional, cultural, religiosa e, incluso, cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia, guiados por el principio *pro homine*, como máxima aspiración de justicia. [...] El cambio de paradigma jurídico significa que las instituciones y los conceptos jurídicos anteriores, en su significado tradicional, ya no sirven para dar cuenta de la realidad de las personas con discapacidad. Además, todo nuevo paradigma incorpora un cambio global del lenguaje y nuevos modelos o metáforas. [...] Este nuevo paradigma se manifiesta en el reconocimiento categórico de la dignidad e igualdad de la persona con discapacidad (fundamento y consecuencia); el factor que pone mejor de relieve el cambio: la primacía del principio de libertad. El nuevo paradigma se presenta respetuoso con la importancia de la decisión y los valores de la persona con discapacidad en la toma de decisiones. Cada ser humano es el mejor juez de sus propios deseos y ha de ser quien evalúe y convierta esos deseos en razones para actuar.

La Convención sienta una presunción *iuris et de iure* en relación con la capacidad jurídica (comprensiva de las capacidades de goce y de ejercicio), que no puede ser modificada, restringida o anulada. En ninguno de los incisos del artículo 12 establece límites en razón de discapacidad, sino que, por el contrario, busca maximizar la autonomía en todos los ámbitos de la vida.⁸

8 BENAVIDES LÓPEZ. Ob. cit., pp. 122, 123 y 169. La sentencia 48/2018 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno, ya citada, establece que «en cuanto a lo que, en nuestra doctrina y jurisprudencia en forma uniforme, diferenciaban entre capacidad jurídica o de derecho y capacidad de obrar o de ejercicio, el art. 12 de la Convención lo hace desaparecer, cayendo el paradigma. [...] Capacidad jurídica y capacidad de mental son conceptos distintos. En tal sentido establece (el Comité) que la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer derechos y obligaciones (legitimación para actuar), siendo la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. En cambio, la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos, factores ambientales y sociales [...] El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad deja en claro, que el *desequilibrio mental* y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del art. 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluida[s] las personas con discapa-

III. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*

En este nuevo enfoque, se realiza la conexión entre la persona y sus derechos. Como señala BARIFFI, se ha constatado que «la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, pero que la capacidad jurídica es la puerta al ejercicio de los mismos. Sin un reconocimiento pleno de la capacidad jurídica, no es posible acceder, verdaderamente, al ejercicio de los derechos humanos, en general [...] y a todas las personas con discapacidad», en particular.⁹ Al reconocérseles capacidad jurídica a todas las personas sin distinción, esto permite que esas personas planeen su propio universo jurídico, abriéndoseles, por ende, un espacio de libertad personal. Por las razones expuestas, la importancia dada al concepto de capacidad (no ya como concepto binario, sino unitario) se debe a que la capacidad es la garantía para la realización de la persona con discapacidad. «Las personas que han sido privadas históricamente de su derecho a decidir en nombre propio deben aprender a recibir apoyos para poder ejercerlo en igualdad de condiciones con los demás».¹⁰ La convención citada es la expresión de un esfuerzo internacional para regular una cuestión que, hasta entonces, había sido tratada a espaldas de la teoría de los derechos humanos, mientras que el sujeto con discapacidad, una vez declarado judicialmente como tal, se convertía en un sujeto invisible.

La persona debe tener la posibilidad de realizar su *proyecto de vida*, o sea, el diseño que realiza cada persona respecto de su propia existencia según los principios de vida, libertad y dignidad humanas.

El ser humano no se conforma con su mera existencia, siente el impulso de fijarse una meta mediante un itinerario a ser desarrollado a lo largo de su vida. Por ello, es capaz de programar una sucesión de actos y obras que lo dirijan a alcanzar sus objetivos. A lo largo de su existencia, la persona crea diversos tipos de proyectos para desarrollar actividades que redunden en su realización personal. El proyecto de vida es —y debe ser— un diseño individual, pues parte del conocimiento que cada persona tiene de sí misma, de sus fortalezas, debilidades, inclinaciones, preferencias, es decir, a partir del reconocimiento de su propia individualidad como ser humano, tanto

cidad. [...] Por consiguiente para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica, deben reconocerse las dos facetas de ésta; esas dos facetas no pueden separarse. El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas, que desempeñan un papel predominante en su evaluación».

9 BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Getafe: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 325.

10 BARIFFI. Ob. cit., p. 330.

física como síquicamente. Debe reconocerse el derecho de cada persona de proyectarse, porque de ese modo adquiere confianza de ser el dueño de su propio destino.¹¹

IV. *La sustitución se cambia por el apoyo*

Desde el modelo social (que es el que adoptó la Convención), se ha criticado mucho el sistema de la sustitución por cuanto si bien, en teoría, su finalidad es interdicar a una persona, nombrándole un representante que actúe por ella para evitar los abusos que pueda sufrir por su condición, lo cierto es que, en la práctica, y mirado desde los derechos humanos, este sistema institucionaliza los abusos.

La sustitución puede tergiversar los deseos de la persona, fomenta la falta de responsabilidad, suprime las habilidades de la persona y mengua la capacidad de crecimiento, censura la voz de la persona y el acceso a la información, afectando su vida de manera significativa.¹²

Hoy, el modelo de sustitución, que significa la incapacitación total del individuo y que consiste en reemplazar o suplantar la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones para trasladarla al representante en su totalidad, tiene muy mala prensa. El sistema más rígido, consistente en la incapacitación total de una persona, no se compadece con la infinita gradualidad y especificidad de las discapacidades, obligando a un *todo o nada*: o lo declaramos judicialmente incapaz, aun cuando esto no sea totalmente necesario, o lo declaramos judicialmente capaz, a riesgo de que ciertas discapacidades particulares lo perjudiquen.

Al legislador decimonónico, heredero del derecho romano y del código napoleónico, le faltó esa mirada adaptativa a la situación personal de la persona con discapacidad y a las situaciones de semincapacidad, que constituyen la franja más amplia entre la capacidad y aquella discapacidad que puede provocar una interdicción. Precisamente, con este nuevo enfoque, se le da preferencia superlativa a esa franja que comienza en discapacidades físicas, intelectuales o cognitivas muy leves, pero que pueden ir evolucionando hacia su superación o hacia su agravamiento, en un movimiento muy inestable, al que se debe seguir atentamente. Esto implica el reconocimiento de que la mayoría de las personas con discapacidad no tienen

11 MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Hacia una nueva visión de la función notarial. El notario como garante del proyecto de vida de la persona*. Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2016, pp. 54-55.

12 PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008, p. 430.

por qué ser declaradas incapaces, ya que no resulta necesario ese grado de limitación de su capacidad.

La denominación de esta franja de zonas grises no debería ser la de incapaz, sino la de una «persona con capacidad restringida»,¹³ o sea, que se pone el acento sobre la capacidad (elemento destacado), solo que limitada o restringida *in casu*. En el documento internacional objeto de esta investigación, hay una preocupación evidente de acordar el mayor lugar posible para la autonomía personal. Pero esto no queda ahí: el nuevo derecho protector de las personas con discapacidad no entiende que hay que constatar en ellas una capacidad reducida e interdicar el ejercicio de ciertos derechos, sino que *compensarlas*, restaurando su autonomía. Como señala EYRAUD, «hay que dejar, en lo posible, que la persona sea ella».¹⁴ O como diría la india Amita DHANDA, debe irse del asistencialismo a los derechos, al fortalecimiento de la autonomía *con apoyo*, entendida como un modelo emancipatorio, en cuanto le permite a la persona admitir sus déficits sin sentirse reducida.¹⁵ Siempre los apoyos deben ser precedidos por los derechos.

Desde hace mucho tiempo, se ha aceptado el principio de que *la capacidad es la regla y la discapacidad es la excepción*, tanto que este forma parte de nuestra cultura jurídica básica. El modelo de sustitución no desconoce este principio, pero se queda asentado sobre una postura draconiana, la de ser o no ser incapaz. El modelo social, en cambio, quiere extraer hasta las últimas consecuencias los corolarios del principio citado y, para ello, trata de rescatar hasta el último destello de capacidad y de las aptitudes de la persona para *complementarlas* (aumentarlas, magnificarlas o apoyarlas) con diferentes mecanismos. Es así como, en tanto la persona muestre aptitudes, por mínimas que sean, ese carácter mínimo deberá compensarse con medidas de apoyo.¹⁶ La idea entonces, es la compensación, lograr el equilibrio con el apoyo social, de modo de asegurar la igualdad de todos los seres humanos, más allá de su diversidad. La búsqueda de la igualdad es

13 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Capacidad, discapacidad, incapacitación, modificación judicial de la capacidad». En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 23, 2011, p. 57.

14 EYRAUD, Benoît. *Les protections de la personne à demi capable. Suivis ethnographiques d'une autonomie scindée*. París: École des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), 2010, pp. 57 y 64.

15 DHANDA, Amita. «Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 5, n.º 8, 2008, pp. 45, 47 y 50.

16 El principio n.º 6 de la recomendación n.º R (99) 4 del Consejo de Europa, establece: «1. Cuando una medida de protección sea necesaria, debe ser proporcional al grado de capacidad de la persona interesada y adaptada a las circunstancias particulares y a las necesidades de esta última. 2. La medida de protección debería limitar la capacidad jurídica, los derechos y las libertades de la persona interesada, solo dentro de los límites necesarios para conseguir el objetivo de la intervención a favor de ella».

el pilar básico de la Convención, junto con el principio de no discriminación por motivos de discapacidad.

¿Cómo se definen las medidas de apoyo y cuáles son esas medidas? Apoyo y asistencia significan lo mismo. La sociedad se vuelca hacia la persona con discapacidad con el objetivo de hacer un esfuerzo social para ubicarla sobre un mismo pie de igualdad con los demás. Como acertadamente señalan PALACIOS y BARIFFI, «la discapacidad es definida como un problema social, las personas con discapacidad son vistas como un colectivo, víctimas de una sociedad *discapacitante* más que víctimas individuales de las circunstancias». ¹⁷ A partir del año 2006, la sociedad se ha comprometido a garantizar el desarrollo pleno del grado de autonomía existente en las personas, por mínimo que este sea. El modelo social no es un modelo excluyente del individuo y tampoco un modelo rehabilitador o médico (aun cuando no tiene por qué ser antagónico con el modelo médico, ya que este último puede contribuir a que la persona ejerza ella misma sus derechos), sino que es un modelo de asistencia, de compensación y de supresión de todas aquellas trabas sociales que permitan *a cualquier persona* desarrollarse con autonomía. El concepto comprende dos elementos: las deficiencias y las barreras. A nuestro modo de ver, el modelo social puede convivir con algunas facetas del modelo médico, pero siempre y cuando la persona discapacitada realmente lo necesite. Sin duda que el legislador, al implementar las medidas de apoyo, deberá luchar entre dos posturas antagónicas: proteger la libertad del sujeto (derecho de raigambre constitucional) o establecer medidas de protección que pasen por la sustitución y hasta por el encierro. La resolución del dilema no está ya vinculada a la razón del sujeto, a veces con intervalos de lucidez, sino basada o asentada en la dignidad humana.

La Convención deja en manos de los Estados parte la implementación de las medidas de apoyo. Tal solución parece conveniente por cuanto, sin perjuicio de respetar los tres principios esenciales de la Convención: libertad, igualdad y no discriminación, los derechos humanos adolecen de un cierto relativismo en su interpretación y aplicación, por lo que deben adaptarse al entorno en el que deben actuar, siempre bajo la consigna de que las personas con discapacidades deben ser tratadas como titulares de derechos y no como receptores pasivos de cuidados. En lo referido a la no discriminación, debemos decir que esta se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona. Además, la discriminación comprende no solo a la persona con discapacidad, sino a la que, *por motivo de discapacidad*, aun cuando no la tiene, es tratada de manera discriminatoria al ser considerada socialmente como poseedora de una discapacidad. Igualmente, la discriminación alcanza a terceras personas, especialmente a aquellas que trabajan o se encuentran asociadas (por diversos vínculos familiares,

17 PALACIOS y BARIFFI. Ob. cit., p. 56.

afectivos, etc.) con una persona que tiene su capacidad restringida y que, por tal motivo, son discriminadas (por ejemplo, aquellas que conviven con personas afectadas por el VIH/sida.¹⁸ Asimismo, la construcción de entornos inaccesibles es una forma de discriminación. Para evitar estas situaciones, todo diseño debe tender a ser universal. Podemos sumar a estos conceptos que la denegación de ajustes razonables —como requiere la Convención— puede considerarse una actitud discriminatoria. Veamos algunas medidas de apoyo recogidas del derecho comparado.

La extraordinaria variedad de los apoyos

Los *apoyos* son pensados con una función de asistencia para que las personas con discapacidad puedan actuar de un modo inclusivo en la sociedad, desarrollar sus habilidades y ganar en autonomía, para que puedan vivir de acuerdo con sus propios términos. Como hemos mencionado, la Convención del año 2006 ha dejado a los Estados la tarea de implementar los apoyos que considere convenientes, atendiendo a las características de su sistema jurídico, la tradición, las características sociales, etc. Estos apoyos pueden ser clasificados con base en una diversidad de criterios: apoyos con facultades representativas o no; apoyos creados de modo privado o judicial; apoyos implementados *ex ante* o *ex post* respecto de la emergencia de la discapacidad. Pueden consistir en un apoyo genérico y suficientemente flexible, válido para todas las situaciones, o en varios tipos de apoyos netamente clasificados e individualizados; pueden funcionar concomitantemente o en forma exclusiva y excluyente. También pueden clasificarse según la intensidad o gradualidad de los apoyos; por la posibilidad de que sean delegables o no; mediante la división entre los apoyos para actos trascendentales para la vida o el patrimonio de la persona y aquellos para actos de la vida corriente, etc. Incluso pueden existir apoyos informales, en los que la persona es apoyada sin que la que la asiste sea formalmente designada, o se puede prever un sistema formal de redes de apoyo (institucionalización pública o privada de los apoyos). No es posible crear un sistema global *ex ante*, porque sería algo abstracto y lejos de la realidad, además de que este no podría tener en cuenta la infinita variedad de discapacidades que se presentan en los hechos.¹⁹

18 BENAVIDES LÓPEZ. Ob. cit., p. 139.

19 «En razón de lo apuntando, es ostensible que no es apropiado fijar un régimen estático e inflexible, destinado a disciplinar la situación jurídica de aquellos que padecen perturbaciones intelectuales que les impiden [controlar] el *autotimón* de sus relaciones, de forma que todos queden enclaustrados en un mismo instituto jurídico, puesto que no siempre la presencia de las antedichas perturbaciones obra con la misma entidad e intensidad en la posibilidad del sujeto de autogobernarse. Así las cosas, fuera de aquellos casos en que la condición intelectual de la persona demuestra una imposibilidad total y absoluta de dirigirse, como por ejemplo, quienes padecen un estado de coma profundo, imbecilidad

De todos modos, como la definición de *persona con capacidad restringida* lo indica, esta conserva su capacidad jurídica y solo se la limita para determinados actos especificados en la sentencia, la que deberá dictarse luego de una consulta interdisciplinaria (no solo médica, sino psicológica, de asistencia social, etc.). De acuerdo con la Convención, la elección que se realice debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, debe estar adaptada a las circunstancias (principio de proporcionalidad) y ser sometida a exámenes periódicos.²⁰ Por razones de espacio, solo proporcionaremos algunos ejemplos que se presentan en el derecho comparado.

A. *La propuesta chilena del facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica*

Existe un proyecto de ley (12.441-17) en Chile, que crea la figura del *facilitador*:

Para los efectos del sistema de apoyos, aquel que brinda los apoyos se denominará facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica y, quien la recibe, receptor de apoyos. [...] El facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica no tendrá facultades de representación, sino en aquellos que

persistente, locura continua u otras alteraciones que la coloquen en condición de ingobernabilidad permanente, no parece que la determinación de un *status iuris* fijo, rígido y predeterminado que le impida actuar en la vida de relación sea la solución más admisible para todos los casos. Por el contrario, en la actualidad cabe reconocer a los tribunales una mayor intervención en la determinación de la condición en que debe colocarse la persona que sufre esas patologías, de modo que su aptitud de obrar solo sea coartada en aquello que realmente sea necesario para la protección de sus intereses» (HOWARD, Walter. «Los nuevos paradigmas en materia de incapacidad intelectual». En *Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo III, p. 128).

20 BALIERO DE BURUNDARENA, María de los Ángeles. «Sistemas de protección en torno a las personas vulnerables. Las figuras de la representación y la asistencia a la luz del nuevo Código Civil y Comercial». En *Actualización del Código Civil y Comercial comentado*, Santa Fe: s. e., 2017. pp. 1-12. La sentencia 48/2018 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno mencionada *supra*, considera, recogiendo el pensamiento de HOWARD, que «en cuanto a las medidas a adoptar para proteger a los discapacitados en el ejercicio de sus derechos, deben tener determinadas características. En primer término, deben respetar la voluntad y las preferencias de la persona. En segundo lugar, no deben existir conflictos de intereses, ni influencia indebida en el apoyo que se brinde a quien padece algún déficit mental. Como tercera exigencia, se requiere que las medidas sean proporcionales a la condición efectiva de la persona a la cual se imponen. En cuarto término, deben ser adaptadas a las circunstancias de la persona (flexibilidad) y al principio de subsidiariedad, que significa que solo se puede recurrir a someter al discapacitado a un régimen de curatela, en el cual el curador actúe en representación de aquél, en la medida que no existan otras alternativas para solucionar su situación. La gradación de las medidas debe estar rigurosamente ordenadas en forma jerárquica: solo una vez que se verifica que los medios de protección y apoyo menos intrusivos no son suficientes, puede recurrirse a aquellos más graves, que restringen en su totalidad la capacidad obrar del sujeto, como la curatela».

así se establezcan expresamente, ya sea por el receptor de apoyos como por el juez, en los casos en que este último haya establecido el plan de apoyos. [...] El facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica deberá asistir en todo aquello que el receptor de apoyos necesite para manifestar su voluntad. En el cumplimiento de esta obligación quedan comprendidas todas las acciones que las circunstancias del caso requieran, en consideración a la acción o acciones específicas requeridas para el caso particular. El plan de apoyos deberá constar en escritura pública o en instrumento privado protocolizado otorgado por el receptor de apoyos y por el facilitador del ejercicio de la capacidad jurídica. Podrá establecerse un plan de apoyos para la eventualidad de requerir, en el futuro, de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica. Este plan de apoyos futuros podrá referirse a todos los bienes e intereses de la persona o solo a un grupo de ellos. Los apoyos futuros pueden ser diferenciados en razón de los bienes de la persona y del tipo de actos que prevén realizar [...] El facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica debe orientar su actividad a asistir al receptor de apoyos en la manifestación de su voluntad, procurando en todo momento interpretar sus deseos y preferencias. El facilitador procurará que el receptor de apoyos pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, en la medida de lo posible. En aquellos casos en que el facilitador apoye al receptor de apoyos en la celebración de actos jurídicos, deberá tener en cuenta la trayectoria de vida del representado, los valores y creencias de éste, procurando determinar la decisión que el receptor de apoyos hubiera tomado, en caso de no requerir asistencia. [...] El facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica no podrá delegar la ejecución de los actos que le competen en virtud de la designación, salvo que el plan de apoyos así lo permitiere, en cuyo caso el plan de apoyos deberá señalar expresamente en quién podrá delegarse.

Se deberá informar a la Justicia de la designación del facilitador.

B. *El consejero o persona de confianza*

La persona protegida designa a otra de su confianza, sea familiar, profesional o persona de cercanía, para que la aconseje y acompañe cuando sea necesario, para expresar su voluntad o tenga dificultades para conocer o comprender sus derechos. El Código Civil de la provincia de Quebec, en Canadá, determina, en el artículo 291, que el tribunal designará un consejero del mayor si este, aunque general o habitualmente sea apto para cuidarse a sí mismo y administrar sus bienes, tiene necesidad de ser asistido o aconsejado en la administración de sus bienes para ciertos actos o temporalmente. El artículo 292 señala que el consejero no tendrá la administración de los bienes del mayor protegido. Sin embargo, deberá intervenir en los actos para los cuales está obligado a prestar asistencia. El artículo 293 considera que, si el tribunal no determina los actos para los cuales es necesaria la actuación del consejero, se entenderá que debe ser asistido por este en todos los actos que excedan la capacidad del menor simplemente emancipado. El artículo 294 expresa que, si el mayor

protegido realiza un acto donde es necesario un consejero y actúa sin él, el acto no será anulado y sus obligaciones podrán ser reducidas solo si sufre un perjuicio.

C. El gestor para la obtención de prestaciones sociales

Se trata de situaciones que la ley ha contemplado en el sentido de apoyar económicamente, mediante una pensión o algún otro estipendio, a las personas con alguna discapacidad. En tal sentido, estas últimas pueden designar a alguien de su confianza para gestionar el beneficio o asegurar su permanencia.

D. La toma conjunta de decisiones o codecisiones

Se trata de aquellas situaciones en las que una persona designa a otra (o esta es designada judicialmente) para que tome, junto con ella, una o más decisiones sobre su bienestar, bienes y asuntos. El codecisor puede ser un familiar o una persona de confianza y, generalmente, se pacta el acuerdo mediante un documento firmado por los dos. En las áreas establecidas en el acuerdo, la presencia y la manifestación de voluntad del codecisor será fundamental. La persona puede aceptar ayuda para la toma de decisiones, pero sin renunciar al derecho a tomarlas, finalmente, de acuerdo con sus propios criterios. La libertad de elección nunca es vulnerada.

La asistencia en la toma de decisiones no cuestiona la sabiduría de las elecciones de la persona, sino que permite afrontar la dignidad del riesgo. Ayuda a la persona a entender la información y a tomar decisiones basadas en sus propias preferencias.²¹

E. La tutela y la curatela

Debe haber una armonización de las instituciones de la tutela y la curatela con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tradicionalmente, han sido instituciones de guarda de la persona basadas, principalmente, en un sistema de sustitución de la voluntad. Como afirma HOWARD, «la declaración de incapacidad esteriliza la volición y la capacidad de obrar del sujeto, de manera continua».²² En gran parte de los

21 BENAVIDES LÓPEZ. Ob. cit., p. 143.

22 HOWARD, Walter. *Incapacidad e inhabilitación: incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2005, p. 20. «Adviértase, a guisa de ejemplo, que, si quien ha sido sometido a interdicción por padecer una alteración que le impide dirigirse a sí mismo, a pesar de su estado desarrolla un vínculo afectivo luego de aquella medida, no puede contraer nupcias y si de esa unión concubinaria nacen hijos, no los puede reconocer, al menos de manera

países, mediante el procedimiento de incapacitación, la persona pierde los derechos a decidir dónde vivir, al voto, a elegir con quién casarse, a abrir un negocio, etc. Para evitar estas consecuencias, la Convención busca superar el tradicional modelo de sustitución de la voluntad por un modelo de apoyo en la toma de decisiones.

Muchos aconsejan eliminar ambos institutos, además del juicio de interdicción propiamente dicho, en cuanto se basan en el modelo de sustitución, pero otros aconsejan, más bien, su adaptación a las nuevas circunstancias, promoviendo un modelo flexible que busca la interdicción, incapacitación o inhabilitación como última solución, como un expediente residual que no anulará de forma total la capacidad de obrar de la persona, sino únicamente para los actos jurídicos en los que la persona carezca de las facultades necesarias para realizarlos. El sistema de apoyos debe basarse en la proporcionalidad y en la necesidad.²³ Nada impediría que la representación a través de la tutela y la curatela pudieran ser plurales (tutela para ciertos aspectos y curatela para otros; dos tutores o dos curadores con diferentes áreas de actuación, cuando la situación personal o patrimonial se torna demasiado compleja). Nuestro Código Civil, en el artículo 315, declara que la tutela no puede ser ejercida por más de una persona (esta disposición debe ser revisada a la luz de la Convención). Con todo, de subsistir la sustitución, debería asumir un enfoque funcional y determinar qué actividades requieren la sustitución, permitiendo una solución *a la medida* de la persona con discapacidad.

El notario debe tener sumo cuidado al considerar los institutos de la tutela y la curatela, y no debe pensar, erróneamente, que son tal como están vigentes en nuestra legislación. Para esta, «la tutela es un cargo deferido por la ley o en virtud de una autorización de la ley, que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está bajo patria potestad

expresa. Pero todavía más, si ha contraído nupcias y luego es incapacitado, en caso de que [su] cónyuge procrea un hijo, éste será considerado legítimo sin que exista la posibilidad de desconocimiento de la paternidad, aun cuando haya causal para ello, dado que esta acción en vida de quien figura como padre, le es personalísima. Ni siquiera la presencia de intervalos lucidos le es suficiente para instaurarla» (ibídem, p. 28). «No puede contraer nupcias, incoar una acción de divorcio, reconocer de manera expresa un hijo natural, desconocer la paternidad, etc.» (ibídem, p. 32). «Es preciso ampliar los horizontes [...] no sería desatinado admitir la posibilidad que, dentro del período de interdicción, cuando el interdicto tenga lapsos de lucidez, se le atribuyan facultades especiales por los tribunales, para proceder a la realización de actos que tengan la condición de personalísimos y que no puedan ser realizados por el curador: v. gr. la celebración de matrimonio por el insano, el reconocimiento expreso de un hijo natural, instaurar una acción de desconocimiento de paternidad» (ibídem, p. 33).

23 RODRÍGUEZ COLLADO, Margarita del Carmen, y PÉREZ FUENTES, Gisela María. «La curatela y la tutela ante la nueva concepción de la discapacidad: un acercamiento a los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México». En *Cuestiones de Interés Jurídico*, febrero de 2018, pp. 4-5.

ni se halla habilitado por alguno de los medios legales para administrar sus negocios» (C. Civil, art. 313); «la tutela no puede ejercerse conjuntamente por más de una persona» (C. Civil, art. 315), y «el tutor representa al menor en todos los actos civiles» (C. Civil, art. 316). En cuanto a la segunda figura, el Código señala que «la curaduría o curatela no se diferencia de la tutela, sino en ciertos caracteres. Es un cargo impuesto a alguno, en favor del que no puede dirigirse a sí mismo o administrar sus bienes» (art. 431); «están sujetos a curaduría general, los incapaces mayores de edad. Hállanse en este caso los dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la ley n.º 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención de intérprete de lengua de señas será preceptiva para decidir la curatela» (art. 432); «en los casos de demencia, deberá el juez interrogar por sí mismo al supuesto demente y oír el dictamen de dos o más facultativos de su confianza» (art. 435). La inhabilitación de la persona en las etapas en que tiene intervalos lúcidos debe ser revisada: si un interdicto tiene intervalos lúcidos, tiene conciencia de sí mismo y aptitud para querer; desconocerlo significa atacar sus derechos fundamentales. Por supuesto que deberán implementarse medios probatorios de esos períodos de lucidez y de un lapso suficiente de tiempo como para permitirle la posibilidad de ser él mismo.

El derecho chileno asimila, hasta cierto punto, las dos figuras. El artículo 338 manifiesta que

las tutelas y curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios y que no se hallan bajo potestad de padre o madre que pueda darles protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.

También expresa que «la tutela y la curaduría generales se extienden no solo a los bienes, sino a la persona de los individuos sometidos a ellas» (art. 340); «están sujetos a tutela los impúberes» (art. 341), y «están sujetos a curaduría general los menores adultos, los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes y los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente» (art. 342).

En el caso de México, la tutela es una institución del derecho civil, cuya función principal es la protección personal y patrimonial de aquellas personas que son declaradas incapaces por el derecho. La curatela, por su parte, es una institución complementaria de la anterior, ya que la obligación principal del curador es vigilar la actuación del tutor y poner en conocimiento de la autoridad judicial todo aquello que considere que pueda ser dañoso al incapacitado. Para que el tutor pueda disponer de los bienes del incapaz, debe contar con la autorización del curador *en conjunto* con la del juez.²⁴

24 RODRÍGUEZ COLLADO y PÉREZ FUENTES. Ob. cit., pp. 5 y 11.

El Código Civil de Quebec establece, en el artículo 258:

Se le designará al mayor un curador, un tutor para representarlo o un consejero para asistirlo, en la medida que sea inapto para cuidarse de sí mismo o para administrar sus bienes, en razón especialmente de una enfermedad, de una deficiencia [o] de un debilitamiento debido a la edad que altere sus facultades mentales o su aptitud física para expresar su voluntad. Podrá también serle designado un tutor o un consejero al pródigo que ponga en peligro el bienestar de su cónyuge o de sus hijos menores [...] En la elección del régimen de protección, deberá tenerse en cuenta el grado de inaptitud de la persona para cuidarse por sí misma o para administrar sus bienes» (art. 259).

El artículo 260 dice:

El curador o el tutor del mayor protegido tendrán la responsabilidad de su guarda y de su mantenimiento, igualmente de asegurar el bienestar moral y material del mayor, teniendo en cuenta la condición de éste, sus necesidades y facultades, y otras circunstancias en las que se encuentre. Podrá delegar el ejercicio de la guarda y del mantenimiento del mayor protegido, pero en la medida de lo posible, deberá, al igual que el delegado, mantener una relación personal con el mayor, obtener su opinión en el caso concreto y tenerlo informado de las decisiones tomadas a su respecto.

El artículo 281 establece que el curador actuará si la inaptitud del mayor para cuidarse por sí mismo o administrar sus bienes es total y permanente, y si este tiene necesidad de ser representado para el ejercicio de sus derechos civiles. La tutela por el artículo 285 se aplica cuando la inaptitud del mayor para cuidarse por sí mismo o administrar sus bienes es parcial o temporaria y este tiene necesidad de ser representado para el ejercicio de sus derechos civiles. El tribunal determinará los actos que la persona bajo tutela podrá hacer por ella misma, sola o con la asistencia del tutor, o aquellos que no podrá hacer sin estar representada (artículo 288). El mayor bajo tutela conservará la gestión del producto de su trabajo, salvo que el tribunal decida otra cosa (artículo 289).

En el País Vasco, el tutor asume la representación de la persona en todos aquellos actos que esta no puede realizar por sí sola, tanto en la esfera personal como patrimonial. En tanto el curador no afecta la esfera personal de la persona incapacitada, sino la administración de sus bienes, no la representa, sino que la *asiste*, o sea, le ayuda a realizar determinados actos jurídicos.²⁵

Como puede observarse, el notario, cuando está frente a un tutor o curador extranjero, debe dejar de lado la conceptualización de nuestro derecho positivo y tener en cuenta tres circunstancias: las funciones del denominado

25 DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA. *La incapacitación: garantía de protección de los derechos de las personas mayores*. San Sebastián: Departamento para la Política Social de Guipúzcoa, 2003 (col. Bizitzen Lagundu, 3), p. 13.

tutor o curador; sus facultades, y el modo y las consecuencias de su actuación. No existe una posibilidad mediata de unificar el tratamiento a nivel universal de las funciones de ambos institutos; la mayoría de los derechos estatales manifiestan que son figuras muy próximas. Especialmente, mientras que los códigos decimonónicos mencionan con exactitud cuándo deben actuar, en la actualidad, la opción entre una y otra figura se vuelve más difusa. Estas figuras deben ser meditadas, debido a que nos hallamos «ante la revalorización del concepto de persona y es por ello que debe existir un repensar de la forma de proteger los derechos y la dignidad de las personas que presentan una discapacidad». Al haberse constitucionalizado el derecho civil, se impone cuestionarse principios básicos del derecho romano y ubicar en la cúspide del ordenamiento jurídico a la persona como valor. La persona ha recuperado un lugar preponderante en el sistema jurídico.²⁶

F. *El mandato judicial*

Es confiado por el juez a una persona física o jurídica, generalmente dedicada a cuidados tutelares. El mandatario se ve enfrentado a imperativos que a menudo son contradictorios, puesto que debe respetar la autonomía de la persona protegida, su voluntad y las decisiones que ella puede tomar sola, pero también asistirle, aclarar o flexibilizar algunas actuaciones cuando considera que corre peligro, protegiéndola contra sí misma, aunque respetando su libre arbitrio. En ese ámbito de libertad concedido a la persona con discapacidad, el mandatario puede celebrar un contrato de arrendamiento para que el mayor protegido se aloje, y puede acontecer que este último se aloje raramente allí; puede entregarle una mesada a la persona y que esta la gaste en bebidas alcohólicas o comida chatarra. También puede ocurrir que el mayor protegido entable amistad con personas que lo perjudican y que abusan de su estado, entre otras situaciones. Se trata de una tarea difícil, en la que siempre está presente el riesgo de la «infantilización del mayor».²⁷

G. *La representación como ultima ratio*

La *representación* (equivalente a ‘sustitución’) es tomada como un último recurso. El hecho es evidente y no necesita mayores explicaciones cuando nos hallamos ante personas en estado comatoso o enfermos de Alzheimer en estado muy avanzado, que no pueden atender a su persona y cuidar de sus bienes, para los no existe ninguna posibilidad de constatar un

26 RODRÍGUEZ COLLADO y PÉREZ FUENTES. Ob. cit., p. 2.

27 COUR DES COMPTES. *La protection juridique des majeurs*. Septiembre de 2016, pp. 21 y ss. Disponible en: <<https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20161004-rapport-protection-juridique-majeurs.pdf> 2016> [Consultado: 23.9.2021].

resquicio de aptitud al respecto. Dejar a estas personas sin una medida de protección —que ciertamente, debido a su condición, es extrema— significaría dejarlas en la orfandad y en la desprotección de sus derechos. Por tanto, la representación total de la persona con discapacidad debe integrar el cuadro de las medidas de protección, pero debe considerarse como la última solución posible a falta de una mejor, ya que se considera una solución profundamente intrusiva por cuanto permite que un tercero se inmiscuya en todos sus intereses, tanto personales como patrimoniales. El paradigma es *limitar sin excluir*, limitar la capacidad de obrar hasta donde sea efectivamente necesario y no ir más allá.²⁸

De todos modos, caben dos aclaraciones. En primer término, puede pensarse en una intervención judicial, donde el magistrado examinará todas las circunstancias que rodean a la persona con discapacidad en extremo: la voluntad y preferencias de esta persona, que procurará mantener, si esto fuera posible; la estructura familiar a la que está integrada, si ella existe; la idoneidad del representante; la obligación de este último de rendir cuentas periódicas, y las limitaciones que tiene el cargo de representante en cuanto a su alcance (qué es lo que puede o debe hacer) y duración (se rechazan las funciones de duración ilimitada; por el contrario, se trata de plazos relativamente cortos, usualmente entre tres y cinco años, que son renovables). La recomendación n.º R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa (norma de *soft law*), contiene el principio n.º 9 titulado «Respeto de los deseos y sentimientos de la persona interesada», que dice así:

28 La sentencia 48/2018 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno afirma que «como reseña HOWARD, [...] el nuevo paradigma de obtener una mayor autonomía para los discapacitados, en el caso concreto de aquellos que padecen deficiencias mentales, no se obtiene —como venía corriendo en la legislación anterior al CGP y que, en buena medida se mantuvo después de su aprobación— a través de la incapacidad total del sujeto y el nombramiento de un curador que lo supla en los negocios que le conciernen, sino que será menester recurrir a los apoyos, auxilios o respaldos que el sujeto requiera, de conformidad con su aptitud (o inaptitud) concreta. Por ende, es procedente la adopción de medidas restrictivas de la capacidad, pero ello en tanto sea necesario y hasta donde se imprescindible, puesto que, en lo demás, el sujeto mantiene su competencia para autogobernarse. [...] La sentencia que declara 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 solo aparecen justificadas en aquellas hipótesis en que la condición concreta del individuo al cual se imponen padezca un déficit intenso en su psiquis que le impida, en modo absoluto, el autogobierno. Fuera de estas condiciones, 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». Ver también del autor citado: «la incapacitación de una persona, total o parcial debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta» (HOWARD. «Los nuevos paradigmas en materia de incapacidad intelectual». En *Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo III, pp. 129, 130 y 135).

1. Cuando se instaure o se ponga en práctica una medida de protección de un mayor incapacitado, conviene, en la medida de lo posible, averiguar, tener en cuenta y respetar debidamente, los deseos pasados y presentes, y los sentimientos del interesado. 2. Este principio implica, en particular, que los deseos del adulto en cuestión, relativos a la elección de una persona para representarla o asistirle, deben ser tomados en consideración y debidamente respetados, en la medida de lo posible. 3. De ello se desprende también que una persona que represente o asista a un mayor incapacitado debe facilitarle las informaciones adecuadas, siempre que sea posible y apropiado; en concreto, en lo que respecta a cualquier decisión importante que afecte al mayor, y esto con el fin de que este último pueda expresar su opinión.

En segundo lugar, la propia persona puede redactar un poder de representación sobre la propia incapacidad, también denominado como *de autotutela o poderes preventivos*, donde prevé qué deberá realizarse si cae en un estado de discapacidad que no le permita cuidar de su persona o administrar sus bienes.²⁹ En nuestro derecho, contamos con la ley n.º 18.473 de 17.3.2009 respecto de las directivas sobre la propia incapacidad, pero que queda muy limitada en su ámbito material, al focalizar la protección de la ley a aquellas voluntades que busquen «oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible».³⁰ Todo parece indicar que correspondería ampliarlo a otros aspectos de la vida de la persona, en los que la muerte no aparece de un modo tan inmediato y perentorio.³¹ En suma,

29 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro. «Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IX, n.º 28, julio-diciembre de 2015, p. 26. «El apoderado sustituye al poderdante discapacitado, invirtiendo el paradigma de la Convención, el cual procura que sea el discapacitado quien intervenga, con los apoyos que fuere necesario».

30 SANTOS BELANDRO, Ruben. «La declaración de voluntad anticipada: los enfoques en la ley n.º 18.473 de 17 de diciembre de 2009 y en derecho internacional privado comparado». En *Revista Crítica del Derecho*, s/f., p. 1089, y SANTOS BELANDRO, Ruben. «La eficacia internacional de las declaraciones de libertad anticipada de acuerdo a la nueva legislación de Uruguay». En *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, n.º 3, 2013.

31 El principio n.º 18 de la recomendación n.º R (99) 4 del Consejo de Europa afirma: «1. Convendría considerar la necesidad de garantizar que los poderes conferidos a una persona a título de ley, y que le permitan actuar o tomar decisiones en nombre de un mayor incapacitado sin intervención de una autoridad judicial o administrativa sean limitados o su ejercicio controlado. 2. El hecho de conferir tales poderes no debería privar al mayor en cuestión de su capacidad jurídica. 3. Tales poderes conferidos a una persona deberían poder ser objeto de modificación o supresión en cualquier momento por una medida de protección adoptada por una autoridad judicial o administrativa. 4. Los principios 8 a 10 se aplican al ejercicio de tales poderes, así como a la puesta en práctica de medidas de protección. Principio 19. 1. Corresponde al Derecho interno definir qué actos son de naturaleza tan personal que no puedan ser cumplidos por un representante. 2. Corresponde igualmente al Derecho interno determinar si las decisiones tomadas por un representante sobre ciertas cuestiones importantes deben ser aprobadas específicamente por un tribunal u otro órgano».

la representación puede ser una medida judicial o ser implementada por el propio sujeto en el ejercicio pleno de su voluntad y discernimiento.

¿Hasta dónde llega la restricción de la capacidad?

Los actos personalísimos

Un recorrido por el derecho comparado nos presenta posturas divergentes. Los actos personalísimos son aquellos que incumben a la esfera privada de la persona y que se consideran inherentes a ella. Serían los derechos de la personalidad, algunos derechos familiares y las acciones relativas al estado civil. La doctrina ha considerado ciertas características de estos derechos: son inalienables, indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles. Para ellos, en principio, no es posible el mecanismo de sustitución. En la regulación de algunos de estos derechos y acciones, y en orden a su ejercicio, ÁLVAREZ LATA destaca que se rompe el binomio capacidad jurídica-capacidad de obrar y se atiende a la capacidad natural de la persona, prescindiendo de la incapacidad oficial del titular, por lo que el incapacitado, titular del derecho, podrá ejercitarlos si tiene capacidad natural para ello y si tiene suficiente juicio, pese a tener limitada su capacidad de obrar. Es el caso del matrimonio y del testamento, negocios en los que, en el derecho comparado, se admite que el incapacitado pueda participar si tiene juicio suficiente.³² Se suele operar con un concepto laxo de capacidad natural, por lo que se acepta que la existencia de determinadas deficiencias o anomalías síquicas no graves no impide el matrimonio. El tutor carece, en principio, de poder de representación en este ámbito, pero cuando se llega a los casos concretos, la situación no siempre es clara. Así, por ejemplo, en el derecho comparado se ha presentado la situación de un tutor que solicitó el divorcio en representación de su tutelado, debido a la situación de explotación a la que este se veía sometido por su cónyuge, algo que le fue negado porque se consideró que, al tratarse de un derecho personalísimo, era necesaria una actuación del propio interesado. Esto ha generado críticas por parte de la doctrina porque atentaba contra el interés superior del discapacitado y, en cierto modo, consagraba una indisolubilidad del vínculo matrimonial.³³

ÁLVAREZ LATA comparte la postura de evitar posiciones tajantes y afirma que es posible la intervención del tutor en el acto de ejercicio de los derechos personalísimos cuando concurren determinadas circunstancias, con la garantía de la autorización judicial, ya que la pasividad en el ejercicio de los derechos puede aparejar perjuicios para el titular. Con base en lo expresado, en derecho comparado se ha ido admitiendo la intervención del

32 ÁLVAREZ LATA, Natalia. «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)». En *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, enero-diciembre de 2001, pp. 21-22.

33 ÁLVAREZ LATA. Ob. cit., pp. 8 y ss.

tutor en esta clase de derechos con la autorización judicial. Proporciona los siguientes ejemplos: la internación del tutelado en un establecimiento de salud, de educación o de formación especial; el ejercicio del derecho al honor o a la intimidad personal o familiar; la esterilización de la persona incapacitada; la recepción de órganos, y la donación de embriones y fetos humanos, guiados por el mayor beneficio del incapaz (reconocimiento de su dignidad, la aplicación del principio de protección, etc.). Dada la gravedad de la intervención del tutor en este campo, su actuación quedará limitada por el principio de mayor interés del incapaz, o sea, la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales del incapaz en cuanto persona, y por la autorización judicial.

La especialista española en derecho de familia, María Jesús LÓPEZ FRÍAS, amplía el horizonte de dudas y de certezas, al considerar que

el problema de fondo [...] parte de la idea siguiente: si los actos personalísimos, por su propia naturaleza, exigen una actuación individual y una prestación de consentimiento *personal*, quedando excluidos de la actuación del representante, ¿qué ocurre respecto de los enfermos mentales? Dichos actos que, por estar referidos a la persona, son siempre fundamentales para el desenvolvimiento de los sujetos, deben ser realizados con plena conciencia y capacidad. Pero si esto no es posible [...] ¿tendríamos que pensar en una rebaja de la capacidad cognoscitiva y volitiva para poder dotarles de validez? Se trata de una esfera en la que no puede actuar el tutor.

Examina la propuesta de que pueda suplirse la voluntad para estos actos por la representación del tutor con autorización judicial, pero concluye que

esta solución es impensable para el testamento, matrimonio, reconocimiento de hijos, voto, etc.; solo sería posible para aquellos casos en los que sea tal la situación del enfermo mental que sea preciso, por tratarse de un acto necesario para su vida o su salud, que su representante supla la prestación del consentimiento, porque beneficia objetivamente al enfermo síquico y porque la no actuación y la pasividad es totalmente desaconsejable para el sujeto pasivo.

Considera que, ante un conflicto de intereses *capacidad versus libertad*, debe prevalecer esta última. Por último, afirma que hay casos de derechos personalísimos donde no cabe la sustitución bajo ningún motivo: la donación de órganos, la esterilización y el ejercicio del derecho al sufragio. Hay otros derechos problemáticos, como los siguientes: el matrimonio, en el que el sujeto debe entender las obligaciones que impone el estado matrimonial y la voluntad de cumplirlas durante el mismo (con el problema agregado de determinar si puede otorgar capitulaciones matrimoniales); el otorgamiento de un testamento, en donde no se le puede negar a una persona la facultad de testar en un intervalo lúcido; el reconocimiento de los hijos, etc.

Para BARRANCO, CUENCA y RAMIRO, la incapacitación no se proyecta directamente en el ejercicio de los derechos fundamentales; dada la tras-

condencia de estos derechos, no puede imposibilitarse o limitarse *a priori* su ejercicio a sujetos que estén realmente en condiciones de realizarlo y se mantiene que esas condiciones tendrán que valorarse en cada caso. Se defiende que, para el válido ejercicio de tales derechos, bastaría con que su titular posea lo que se denomina *capacidad natural*, definida como la capacidad de entendimiento y juicio suficientes para comprender el alcance y las consecuencias de la decisión a adoptar. De este modo, el incapacitado, con independencia de que esté sometido a tutela o a curatela, siempre que tenga suficiente capacidad natural, podrá ejercer sus derechos fundamentales. Se entiende que la incapacitación, por sí misma, no afecta la posibilidad del individuo de ejercitar sus derechos de la personalidad, y que tampoco el juez puede prohibirle al incapacitado el ejercicio de sus derechos fundamentales en la sentencia de incapacitación. Si el juez lo hace, y estos están debidamente precisados, nadie podría ejercerlos en su sustitución, según los códigos civiles decimonónicos. Sin embargo, se está abriendo en doctrina la posibilidad de un heteroejercicio que se dirija a satisfacer el interés iusfundamental.³⁴

En cuanto al artículo 831 del Código Civil uruguayo, este es claro: no pueden disponer por testamento los impúberes; los interdictos por demencia, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los no interdictos, pero que no gocen de libre uso de razón por demencia, ebriedad u otra causa, ni todo el que, de palabra o por escrito, no pueda expresar claramente su voluntad. El testamento será considerado nulo (C. Civil, art. 832).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención bajo estudio no tiene por objetivo crear nuevos derechos a favor de las personas con discapacidad, sino adaptar los ya existentes al contexto de la discapacidad. No obstante, se discute en doctrina sobre si los derechos a la accesibilidad universal, la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación tratados por la Convención son derechos nuevos específicos o si se trata de simples herramientas o instrumentos puestos al servicio de los derechos ya consagrados en los textos internacionales.

Con el énfasis que hemos agregado, la Convención afirma que «*todas las personas con discapacidad tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*» (art. 12, inc. 1) y que todo Estado ratificante está obligado a reconocer que «*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida*» (art. 12, inc. 2). También está obligado a

34 BARRANCO, María del Carmen, *et al.* «Capacidad jurídica y discapacidad: el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad». En *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 2012, pp. 61-62.

adoptar todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso *al apoyo* que puedan necesitar *en el ejercicio de la capacidad jurídica* (art. 12, inc. 3), y a asegurar que se le proporcionen *salvaguardas* adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Como puede constatar, el centro nuclear de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU lo constituye, precisamente, este artículo 12 que, al referirse a los derechos humanos fundamentales, ya ha ingresado al bloque de constitucionalidad, al haber sido ratificado por nuestro país.

Al ratificar la Convención, cada Estado parte asumió la obligación de presentar un primer informe sobre su país (y luego, informes periódicos) al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) de Uruguay elaboró y presentó un primer informe bajo el título «Uruguay y la convención sobre derechos de las personas con discapacidad». Respetando lo exigido por dicho tratado internacional, el informe de cada país recibe una respuesta por parte del Comité, y nuestro país la recibió el 31.8.2016, donde se señalan las principales áreas de preocupación y sus recomendaciones. En este documento, entre otras cosas, se instó al país a realizar numerosas modificaciones a su legislación interna. A los efectos que nos interesan, la observación n.º 25 dice así:

Al Comité le preocupa que distintas leyes del Estado Parte, en particular los arts. 37 y 80 de la Constitución de la República de Uruguay [que indican que el inmigrante en ningún caso adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad; o que la ciudadanía se suspende por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente], 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 modificación y actualización de las normas protectoras de los discapacitados, lo cual va dirigido específicamente al Código Civil. El Estado uruguayo 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 por los expertos en derecho, sin percibir que *desde el momento* en que Uruguay ratificó ambas normativas, se halla obligado a cumplir con lo dispuesto en ellas, bajo el riesgo de que su omisión genere responsabilidad internacional.

¿Esto 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 de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, del año 1979 (Montevideo, CIDIP II). En segundo lugar, porque por su contenido ya ha 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 reconoce en los artículos 7, 72, 82 y 332), por lo que, de conformidad con la doctrina neoconstitucionalista hoy en boga (sorprendentemente coincidente con el texto constitucional de 1830), *es de aplicación directa* en cualquier relación privada, sea esta nacional o internacional.³⁵

De todos modos, debemos ser conscientes de la extrema dificultad que conduce concretar este cambio de modelo respecto al tratamiento de las discapacidades, puesto que, obligadamente, debe realizarse una reforma profunda del sistema de incapacitación y de sus instituciones básicas. Sobre todo, ir diluyendo la clasificación binaria entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (entre personalidad y capacidad de ejercicio).

Esto significa, incluso, analizar detenidamente la manera en que hemos construido nuestro entorno, no solo físico, sino también intelectual, para que quien adolezca de alguna discapacidad pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones en relación con aquellas personas que no la tengan. El legislador y el magistrado (además de las figuras de apoyo) no pueden cobijarse bajo fórmulas abstractas, puesto que la promoción y el apoyo en la autonomía de la persona con discapacidad exigen un examen en concreto. Como señala CUENCA GÓMEZ, «su actuación no consiste en decidir por la persona sustituyéndola, sino [en] ayudar a decidir, acompañar en la decisión, decidir *con* la persona y *para* la persona».³⁶

SECCIÓN 2. REPERCUSIONES DE LA CONVENCION EN LA LEGISLACION DE URUGUAY

Como dijimos, en la convención bajo análisis intervinieron ampliamente (y quizás, cabría decir, preponderantemente) los sectores sociales que, de alguna manera, resultaban afectados por las normas nacionales y convencionales sobre la discapacidad. Igualmente, la Convención alienta a los Estados parte a actualizar sus legislaciones en consonancia con la suya,

35 SANTOS BELANDRO, Ruben. *Derechos humanos y derecho internacional privado (un análisis de su influencia recíproca)*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2018. La sentencia 48/2018 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno, arriba mencionada, confirma esta postura en el numeral V de los considerandos, al manifestar que: «El tribunal entiende que la legislación internacional de reciente aprobación, de aplicación directa a través de la Constitución de la República, al tratarse de instrumento internacional de derechos humanos, no resulta incompatible con la actual legislación nacional, el Derecho de fondo que regula a nivel interno la protección debida a las personas con discapacidad, mediante la organización de curatela en caso de la declaración de insania, sino que, por el contrario, ambas confluyen, por ahora, en necesaria complementariedad».

36 CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español». En *Derechos y Libertades*, n.º 24 (segunda época), enero de 2011, p. 238.

consultando y permitiendo la participación de los sectores mencionados. Eso se ve claramente en Uruguay, en las leyes aprobadas a partir del año 2010 y en la acordada abajo mencionada, que recogen el lema «Nada sobre nosotros sin nosotros».

1. Ley n.º 15.982, de 18.10.1988, o Código General del Proceso

En realidad, y como puede constatarse, el Código General del Proceso (CGP) se anticipó notablemente a la redacción y aprobación de la Convención sobre las Personas con Discapacidad, que es de 2006, pero lo incluimos en este apartado con la finalidad de apreciar cronológicamente la evolución de nuestra legislación. El cambio operado a través del código citado es explicable debido a presiones sociales y también jurisprudenciales, que pujaron para eliminar el sistema del *todo o nada* y reconocer la presencia de zonas grises de semincapacidad o seminhabilitación. Solo es posible inhabilitar a una persona si se demuestra que no puede gobernarse por sí misma o administrar sus bienes; no basta con que exista una enfermedad o una deficiencia en la persona, sino que se debe limitar o eliminar la capacidad de la persona para tomar decisiones con el pleno conocimiento de lo que se está haciendo.

Yendo directamente al punto, el artículo 447.2 del CGP confiere al magistrado la posibilidad de adoptar medidas de protección sin declarar la incapacidad. Este numeral dice así:

Si no adquiriera [el juez], convicción de ese 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.

El artículo 444.2 establece las facultades del tribunal, al destacar que «podrá, especialmente, 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».

Por tanto, el Código admite distintos grados de incapacitación y será el magistrado quien deberá determinar su extensión según el grado de incapacidad del sujeto. Será parcial, cuando afecte a un determinado tipo de actos, y total, cuando afecte a todos los actos. Será la sentencia la que indicará el régimen de protección que mejor se ajuste a las necesidades del caso. La declaración de incapacidad implica un cambio en el estado civil de la persona, por lo que debe inscribirse en los Registros Públicos.³⁷

37 El Dr. PIAGGIO cuestionó duramente las soluciones del Código General del Proceso. «La capacidad es esencial en la persona humana. Su ejercicio es a la vez condición y manifestación de la libertad personal. Ello nos instala frente a este tema en la región de los derechos humanos y no podemos prescindir de la consideración de éstos cuando estudiamos la regulación actual o posible de la capacidad de las personas, la exclusión o

HOWARD comparte esta evolución, destacando precisamente lo que hemos venido explicando en párrafos precedentes.

En efecto, las facultades de éstas [las autoridades judiciales] se amplían, al no tener necesariamente que establecer la capacidad o incapacidad de una persona, por cuanto es factible que decidan un *status iuris* intermedio, en el cual el sujeto es plenamente capaz para algunos actos, mientras que para otra categoría de actos tendría —a mi modo de ver— una capacidad atenuada.

Agrega:³⁸

Pero el procedimiento de la incapacidad no se limita solamente a proteger la salud del denunciado por insanía, sino que, además, procura el cuidado de su patrimonio, tanto frente a terceros que negocien con él y que puedan aprovecharse de la disminución de sus facultades como respecto de sus propios actos. A ello propenden, no con la claridad que sería de desear, los párrafos 2 y 3 del art. 444 del CGP.

Prosigue diciendo:

la limitación de su ejercicio. No están lejos los tiempos en que se utilizó la declaración de incapacidad para radiar de la vida civil a enemigos políticos. Con este punto de partida, o sea la inserción del problema capacidad en el estatuto de los derechos humanos, concluimos en que el principio de legalidad rige en las cuestiones relativas a la capacidad personal, por ser cuestiones atinentes a la libertad de las personas. [...] Concluimos en que lo que se relaciona con derechos individuales integra la *zona reservada exclusivamente a la ley*. Esta función de la ley [...] en el marco de los derechos individuales es indelegable, o sea que no es legítimo que la ley delegue en el administrador o en el juez la limitación de los derechos humanos. Con respecto a las incapacidades, tanto generales como a las inhabilitaciones, el principio de legalidad exige lo siguiente: 1) descripción del supuesto o elemento material que da mérito a la incapacidad o inhabilitación; 2) elenco de medidas que el juez puede aplicar, con sus consecuencias; 3) publicidad para salvaguarda de los derechos de terceros, y consecuencias jurídicas de los actos que infrinjan esas medidas», que no se da en la norma dentro del CGP. Prosigue diciendo que «el art. 447.2 en examen, en cambio, habilita al juez a mantener medidas de protección y administración a personas capaces en forma indefinida temporalmente, por causas innominadas y con efectos no regulados, con la sola limitación de que esas medidas estuvieran provisionalmente en vigor, o sea que la sentencia no puede innovar al respecto» (PIAGGIO, Eduardo. «Capacidad disminuida: su problemática». En *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Universidad Católica del Uruguay), n.º 19, s/f., pp. 35-39). HOWARD comparte la crítica de la indefinición del Código respecto de los sujetos afectados por las medidas (HOWARD, Walter. «Los nuevos paradigmas en materia de incapacidad intelectual». En *Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo III, p. 132). A título de ejemplo, incluye los casos de los ebrios o toxicómanos habituales (cuando dichos vicios sean debidos a una patología mental o provoquen una alteración síquica e impidan una correcta administración de sus bienes), los disminuidos mentalmente, los ludópatas y los que comienzan una demencia senil (HOWARD, Walter. *Incapacidad e inhabilitación: incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2005, p. 169).

38 HOWARD, Walter. «Interdicción total y parcial: incapacidad e inhabilitación». En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 13, p. 94.

Para GAMARRA, la asistencia, a diferencia de la autorización, y a semejanza de la representación, es un verdadero remedio de la incapacidad. Se distingue de la representación en que no hay sustitución del incapaz por un sujeto diverso (el representante) que contrata por el incapaz, sino cooperación de la voluntad del incapaz con la de otro sujeto. Considerando que la voluntad del incapaz no es suficiente por sí sola, la ley dispone que ella debe complementarse con la de otro sujeto. Se trata, por tanto, de una parte plurisubjetiva (compleja o compuesta). [...] Se torna menester entonces, armonizar ambos institutos. Por un lado, hay asistencia, es decir, que para realizar ciertos actos jurídicos se requiere que a la voluntad del inhabilitado se le sume la de otra persona que la asista: la del curador interino, si se admitió *supra*, éste es de existencia imprescindible al fijarse judicialmente este régimen. Y, por el otro, hay administración de sus bienes, lo cual supone un régimen de representación, de sustitución de su voluntad, por la del administrador.

2. Ley n.º 18.651, de 9.2.2010 (Ley de Protección Integral de las Personas con Discapacidad)

Con este número y en esta fecha se aprobó la Ley de Protección Integral de las Personas con Discapacidad. El primer artículo declara inaugurado

un sistema de protección integral a las personas con discapacidad, tendente a asegurarles su atención médica, su educación, su rehabilitación física, síquica, social, económica y profesional, y su cobertura de seguridad social, así como otorgarles los beneficios, las prestaciones y estímulos que permitan neutralizar las desventajas que la discapacidad les provoca y les dé oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad, un rol equivalente al que ejercen las demás personas.

La referida ley define a la *persona con discapacidad* como aquella «que padezca o presente una alteración funcional permanente o profunda, física (motriz, sensorial, orgánica, visceral) o mental (intelectual y/o síquica) que, en relación a su edad y medio social, implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral».

El artículo 3 atiende a la prevención de ocurrencia de discapacidades y el artículo 4, que regula la rehabilitación integral, merece ser reproducido, por cuanto adopta el método social:

Rehabilitación integral es el proceso total, caracterizado por la aplicación coordinada de un conjunto de medidas médicas, sociales, psicológicas, educativas y laborales, para adaptar y readaptar al individuo, que tiene por objeto lograr el más alto nivel posible de capacidad y de inclusión social de las personas con discapacidad, así como también las acciones que tiendan a eliminar las desventajas del medio en que se desenvuelven para el desarrollo de dicha capacidad.

El artículo 5 consagra en forma explícita:

Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos sin excepción alguna y sin distinción, ni discriminación, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente a ellas como a su familia.

El mismo artículo les reconoce, en especial, los siguientes derechos: al respeto a su dignidad; a disfrutar de una vida decorosa; a la adopción de medidas destinadas a permitirles lograr la mayor autonomía; a la salud, educación, adaptación y rehabilitación profesionales, e inserción laboral; a ser protegidas contra toda explotación, y a contar con el beneficio de una asistencia letrada competente cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de sus personas. En tanto, el Estado se obliga a amparar sus derechos para su «promoción y desarrollo individual y social».

Es importante el artículo 6, pues no solo comprende a las personas con discapacidad, sino que también quedan abarcadas las personas de quienes ellas dependan o a cuyo cuidado estén, así como las personas morales, que tienen como cometidos específicos promover, prevenir y favorecer el desarrollo integral de las personas con discapacidad. Es decir, que el término *personas con discapacidad* debe ser entendido en forma amplia, por cuanto los familiares o personas a cargo de ellas pueden sufrir también discriminación por tal motivo y verse afectadas sus chances de igualdad.

3. Ley n.º 19.353, de 18.11.2015 (Ley de Creación del Sistema Nacional Integrado de Cuidados)

Por medio de esta norma legal, se «declara de interés general la universalización de los cuidados a las personas en situación de dependencia». Por tanto, su objeto consiste en

la promoción del desarrollo de la autonomía de las personas en situación de dependencia, su atención y asistencia mediante la creación del SNIC, como un conjunto de acciones y medidas orientadas al diseño e implementación de políticas públicas que constituyan un modelo solidario y responsable entre familias, Estado, comunidad y mercado (art. 2).

Se considera como un derecho y una función social la promoción del desarrollo de la autonomía personal, atención y asistencia a las personas dependientes. Se define al cuidado como «un conjunto articulado de nuevas prestaciones, coordinación, consolidación y expansión de servicios existentes, como, asimismo, la regulación de las personas que cumplen servicios de cuidados». Cataloga la *autonomía* como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por iniciativa propia, decisiones acerca de cómo vivir y desarrollar actividades y necesidades básicas de la vida diaria, contemplando la cooperación equitativa con otras personas.

Considera los siguientes principios y directrices del sistema: la universalidad de los derechos a la atención de todas las personas en situación

de dependencia, en condiciones de igualdad; la progresividad en la implementación y el acceso a los servicios; la permanencia de la persona en el entorno donde se desarrolla su vida diaria, siempre que sea posible; la inclusión de las perspectivas de género y generacional, y la solidaridad en el financiamiento.

Finalmente, cabe señalar que consagra una serie de derechos de las personas con discapacidad, tales como el del ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales con pleno respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad; el derecho a recibir información completa y actualizada en términos comprensibles y accesibles de su situación; el de igualdad de oportunidades y de no sufrir discriminación de clase alguna, y el de accesibilidad universal a los servicios y prestaciones previstos en la normativa aplicable.

4. Ley n.º 19.529, de 24.8.2017 (Ley de Salud Mental)

Finalmente, llegamos a la Ley de Salud Mental. En su artículo 1, considera que «la presente ley tiene por objeto garantizar el derecho a la protección de la salud mental de los habitantes residentes en el país, con una perspectiva de respeto a los derechos humanos de todas las personas y, particularmente, de aquellas personas usuarias de los servicios de salud mental, en el marco del Sistema Nacional Integrado de Salud». Declara que sus disposiciones son de orden público e interés social.

El artículo 2 realiza una serie de definiciones. A título de ejemplo, por *salud mental* se entiende un estado de bienestar, en el cual la persona es consciente de sus propias capacidades; puede afrontar las tensiones normales de la vida; trabajar de forma productiva y fructífera, y es capaz de hacer una contribución a su comunidad. Dicho estado es el resultado de un proceso dinámico, determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos. La protección de la salud mental abarca acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación encaminadas a crear las condiciones para el ejercicio del derecho a una vida digna de todas las personas y, particularmente, de aquellas con trastorno mental. Se define, además, al *trastorno mental* como la existencia de un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociados en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia con el funcionamiento personal. La desviación social o el conflicto, tomados aisladamente y sin estar ligados a disfunciones personales, no deben incluirse en la noción de *trastorno*.

En el artículo 3, se consideran como principios rectores de la protección de la salud mental los siguientes: el reconocimiento de la persona de manera integral, el que debe considerar sus aspectos biológicos, psicológicos, sociales y culturales como constituyentes y determinantes de su unidad singular; la dignidad humana y los principios de derechos humanos, que constituyen el marco de referencia primordial de todas las medidas de

carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de cualquier otra índole en todos los ámbitos de aplicación que guardan relación con la salud mental; la promoción con énfasis en los factores determinantes del entorno y los estilos de vida de la población; la posibilidad de autodeterminarse; la ausencia de riesgo para la persona y para terceros, y la vinculación de la salud mental al efectivo ejercicio de los derechos al trabajo, la vivienda, la educación, la cultura y un medioambiente saludable.

En cuanto a los derechos de la persona usuaria de los servicios de salud mental, esta tiene derecho a ser tratada con respeto, debido a la dignidad de todo ser humano; ser percibida y atendida desde su singularidad, con respeto a su diversidad de valores, orientación sexual, cultura, ideología y religión; ser reconocida siempre como sujeto de derecho, con pleno respeto a su vida privada y libertad de decisión sobre la misma y su salud; ser protegida de todo tipo de explotación, estigmatización, trato discriminatorio, abusivo o degradante; no ser objeto de investigaciones clínicas ni de tratamientos experimentales sin el consentimiento informado; no ser sometida a trabajos forzados y recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar en actividades como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios, que luego sean comercializados; contar con asistencia letrada cuando se compruebe que la misma es necesaria para la protección de su persona y bienes. Si fuera objeto de una acción judicial, deberá ser sometida a un procedimiento adecuado a sus condiciones físicas y mentales.

5. Acordada n.º 8.056, de 18.12.2019

En esta acordada de la Suprema Corte de Justicia, se reconoce el reclamo de la Unión Nacional de Ciegos del Uruguay, que planteaba modificaciones al Reglamento Notarial, pues entendía que ciertos artículos, que estaban en contradicción con el artículo 12 de la Convención, restringían los derechos de las personas con discapacidad visual. En virtud de ello, la Suprema Corte agregó, al artículo 164 del reglamento citado, una oración donde se establecía que «si el otorgante ciego sabe firmar y puede hacerlo, así lo declarará y firmará la escritura, asistido por una persona de su confianza, quien le indicará el lugar donde debe estampar su firma y firmará conjuntamente con aquél, dejando constancia de la suscripción especial adoptada».

Como puede constatarse, el modelo social ha pasado a incidir claramente en la legislación uruguaya a partir del año 2010 y, como también puede apreciarse, ha sido tratado, principalmente, desde la diversidad física o sensorial. Hay todo un sector que ha quedado al margen de la evolución requerida. Se trata, principalmente, de toda la organización de la representación en el Código Civil, a través de la patria potestad, la tutela y la curatela. El mismo Reglamento Notarial (acordada 7.533 de 22.12.2004) implementa un sistema de apoyos para el otorgante que padece de sordera

absoluta, distinguiendo si sabe leer o no (si no sabe, pero conoce la lengua de señas uruguaya, deberá ser asistido por un intérprete [arts. 153 y 154]); el otorgante mudo (transitoria o permanentemente), pero que conserva el sentido del oído, prestará su consentimiento por escrito, señas o valiéndose de terceras personas (art. 155); en el caso del otorgante ciego, que no sabe o no puede firmar, firmará a su ruego uno de los testigos (art. 164).

6. Situación del Código Civil

El Código Civil de 1868 se ha mantenido al margen de este proceso evolutivo, con algunas modificaciones puntuales, pero sin alterar la esencia de su regulación, manteniéndose fiel a sus fuentes radicadas en el Código Civil francés, el proyecto español de GARCÍA GOYENA y el Código civil chileno, que erróneamente consideraban interdictas a las personas con discapacidad auditiva o de lenguaje, que hoy, si cuentan con la ayuda de un intérprete, no tendrían por qué ser declaradas de esa forma.³⁹

Esto no fue óbice para que se alzarán voces reclamando otro enfoque de la situación de las personas mayores con discapacidad. Es así como, hace ya más de cien años, en 1904, Francisco CAPELLA Y PONS escribía en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* sobre los derechos civiles en la senectud y hacía notar que faltaba una regulación de la etapa intermedia entre la capacidad absoluta y la discapacidad total, proporcionando ejemplos de la injusticia del régimen vigente. Decía al respecto: «la ley y la justicia deben prevenir el peligro tan categóricamente señalado. Entre la plena potencialidad y la incapacidad suele presentarse lo que pudiéramos llamar prolegómenos del decaimiento físico e intelectual, y ese estado reclama urgente y decidida consideración». Destacaba que «el juicio de incapacidad es insuficiente, es tardío, puede no llegar siquiera a provocarse, es además violento para los miembros de la familia y mortificante para el anciano». Ante lo cual, concluía:

El estado que se inicia en los dinteles de la ancianidad, intermedio entre la capacidad absoluta y la decrepitud, exige [que] se rodee el ejercicio de los derechos civiles de formalidades que, sin restringirlos, sirvan de defensa contra los posibles abusos y faciliten las acciones tendentes a frustrar los efectos del delito, puesto que, dada la experiencia alcanzada y los adelantos científicos que la acompañan, la omisión de tales garantías es hoy absolutamente inexcusable.⁴⁰

Igualmente, en la segunda mitad del siglo XX (1969), el magistrado Federico CAPURRO CALAMET, al examinar los artículos 395 a 397 del Código Civil, consideraba la necesidad de flexibilizar la exigencia de subasta

39 BENAVIDES LÓPEZ. Ob. cit., p. 125.

40 CAPELLA Y PONS, Francisco. «De los derechos civiles de la senectud». En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, año 11, n.º 1, 1904, pp. 19-22.

pública, en el caso de enajenación de los bienes raíces, e interpretaba la violación de la subasta como de nulidad relativa (la subasta recién fue suprimida por el artículo 3 del decreto-ley n.º 14.768 del año 1978).⁴¹

La cuestión es que la construcción de la capacidad jurídica está basada, generalmente, en estándares normativos respecto de las habilidades cognitivas, pero

la prioridad que se otorga a las habilidades cognitivas es cuestionable, dado que no todos nosotros utilizamos las habilidades cognitivas para tomar nuestras decisiones. ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados incapaces? Solo porque a ciertas personas se les puede adjudicar una capacidad plena no significa que utilicemos esa capacidad para evaluar y analizar la racionalidad, y tomar displicentemente elecciones analíticas. Esa racionalidad de la *excelencia* prácticamente no se da en el día a día, la vida no es así para la mayoría de las personas. ¿Por qué habría de serlo para la minoría? Existe una profunda contradicción entre una tolerancia extrema en la toma de decisiones, en las personas que no padecen una discapacidad, por un lado y, por otro lado, aquello que se toleraba ya no se tolera más, sino que se aumenta en demasía el nivel de intolerancia, para las personas con discapacidad. [...] La capacidad jurídica debería relacionarse con la libertad para tomar las decisiones y no con la sabiduría o prudencia de dichas decisiones. [...] La humanidad ha progresado, permitiendo a las personas la libertad de cometer errores. Cuando a una persona no se le permite ejercer su libertad para cometer sus propios errores no se le está permitiendo desarrollarse de conformidad con sus propios atributos. La dignidad del riesgo y el derecho a no ser protegido son derechos inherentes a las personas adultas.⁴²

El Código Civil mantiene hoy criterios que rozan el ejercicio de los derechos personalísimos, como el artículo 235, donde se establece que «el menor que no sea casado, emancipado o habilitado de edad no podrá reconocer válidamente a un hijo natural». En cuanto a nuestro derecho, Ema CAROZZI opina que no hay ninguna regulación específica respecto a la capacidad matrimonial de personas que padezcan de una capacidad disminuida, por lo que estas personas quedan «en una situación vaga, poco concreta, sometida a un régimen de protección, pero no se sabe exactamente hasta dónde alcanza el mismo», aun cuando sostiene que, al ser la capacidad la regla y la incapacidad la excepción, deberían poder contraer matrimonio. Otro ejemplo es el del artículo 446, que señala que una persona a quien se le ha designado un curador no podrá continuar ejerciendo

41 CAPURRO CALAMET, Federico. «Temas relacionados con la incapacidad de las personas». En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n.º 68 (tomo conmemorativo del 75.º aniversario), 1969, pp. 65-78.

42 BENAVIDES LÓPEZ. *Ob. cit.*, p. 148. «La mayoría de nosotros, la mayoría del tiempo, pensamos y actuamos irracionalmente» (*ibídem*).

la patria potestad sobre sus hijos. Declarada incapaz, continúa la autora, «esta persona no podrá contraer matrimonio, no podrá reconocer un hijo, no podrá adoptar, no podrá legitimar adoptivamente. En fin, estamos cercenando áreas enteras de su vida que están directamente vinculadas a derechos consagrados a nivel constitucional». ⁴³

Las modificaciones introducidas por la ley n.º 16.603 de 1995 permitieron que los habilitados por matrimonio y los púberes pudieran ser declarados incapaces y quedaran sometidos a patria potestad o tutela. En cuanto a la alienación mental, solo procede la interdicción si ello les impide la administración de los bienes y el cuidado de sus propias personas. Según CAROZZI, la enfermedad mental, cuando no repercute en el autogobierno y en la administración del patrimonio, no es causa suficiente para declarar la incapacidad. VAZ FERREIRA no pone el acento en la alteración de sus facultades mentales, sino en la imposibilidad de cuidar de sus propias personas y de administrar sus bienes. Por tanto, un término amplio comprendería al pródigo o al anciano que no maneja bien el dinero. Opinión contraria expone GAMARRA, para quien basta un déficit mental o del uso de la razón para que sean declarados incapaces, por ejemplo, ebrios o toxicómanos habituales, porque están privados de la capacidad de querer. ⁴⁴

HOWARD considera que

el demente es el más incapaz de los incapaces absolutos desde el punto de vista del Derecho sustantivo. En efecto, la incapacidad del demente lo es para cualquier acto civil —su realización implica siempre nulidad absoluta—; en cambio, los impúberes y los sordomudos imposibilitados de exteriorizar su volición de modo verbal o gestual tienen, a pesar de su incapacidad de obrar general, determinadas aptitudes especiales —es decir que, en ciertos casos, pueden generar efectos jurídicos con su propio accionar—. Los primeros pueden reconocer a sus hijos naturales cuando obtengan autorización judicial (inc. 2 del art. 30 del CNA) y, a partir de los diez años, son capaces de delito o cuasidelito civil (art. 1320 del CCU); asimismo, en caso de que contraigan matrimonio, la nulidad que se genera es subsanable si se dan los supuestos del art. 201; los segundos pueden contraer matrimonio si se comprueba la posibilidad de manifestar su consentimiento (art. 91, ord. 2, inc. 2, y 98, ord. 6), además de su capacidad delictual y cuasidelictual. Sin embargo, en materia procesal, los dementes interdictos poseen una capacidad especial establecida en el CCU, que radica en la facultad de intentar por sí solos la

43 CAROZZI FAILDE, Ema. «Capacidad disminuida. Su problemática». Trabajo presentado en el seminario organizado sobre el tema. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1 a 2 de noviembre de 1997. En CAROZZI FAILDE, Ema, y MARTÍNEZ, Elena. *Capacidad disminuida. Su problemática*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1998, pp. 17-19.

44 CAROZZI FAILDE. Ob. cit., p. 30.

rehabilitación de su interdicción (art. 449), además de la idoneidad para realizar ciertos actos procesales que les reconoce el CGP.⁴⁵

Al margen de la discusión, y como hemos anotado en párrafos precedentes, debe primar el principio *pro homine*, en cuanto significa el mayor estándar de protección de los derechos de las personas con capacidad restringida. El nuevo concepto de discapacidad no se centra en la existencia de una deficiencia en la persona, sino en la de una barrera en la sociedad, que le impide a aquella desarrollarse y actuar. Esto «obliga a reformar todas las leyes que *descalifican* a las personas con discapacidad para disfrutar de derechos a desempeñar actividades y responsabilidades, por ejemplo, votar, ocupar cargos públicos, ejercer como jurado, contraer matrimonio, criar a sus hijos, que implican también el ejercicio de la capacidad jurídica».⁴⁶

Finalmente, creemos oportuno analizar el sistema de las nulidades de los actos realizados por personas afectadas de demencia, que se establece en el Código Civil. Al respecto, pueden distinguirse varias situaciones:

- si la persona estaba declarada interdicta por razón de incapacidad al celebrar el acto o contrato, estos serán nulos;
- si la persona no ha sido interdictada por razón de demencia, ni antes ni después de la celebración del acto o contrato, aplicándose el inciso 2 del artículo 438 o los principios generales, sus actos o contratos podrán ser anulados, y, por último,
- si la persona falleció no interdictada. En tal hipótesis, se aplicará el artículo 439, que establece que los actos de una persona que ha fallecido no pueden ser impugnados por causa de demencia, con las siguientes excepciones: que los actos se hayan consumado luego de haberse intentado la demanda de interdicción o que la demencia haya resultado de los mismos actos; si la demanda de interdicción no se intentó contra el causante en vida, se presume que era plenamente capaz; si, contra el presunto incapaz, ya se había iniciado una demanda de interdicción y este murió antes de la sentencia, sus actos pueden ser impugnados. Veamos las reglas con más detenimiento:

Artículo 438. Son nulos de derecho, los actos y contratos del demandado por incapaz, posteriores a la inscripción de la interdicción respectiva, sea ésta provisorio o definitiva.

Los anteriores podrán ser anulados cuando la causa de la interdicción exista públicamente en la época en que esos actos o contratos fueron hechos.

45 HOWARD, Walter. *Incapacidad e inhabilitación: incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2005, p. 13.

46 BARRANCO, *et al.* Ob. cit., p. 67.

Artículo 439. Después de que una persona ha fallecido, no pueden ser impugnados sus actos entre vivos por causa de demencia, a no ser que ésta resulte de los mismos actos o que se hayan consumado después de intentada la demanda de incapacidad.

El profesor Juan BLENGIO comenta, en una excelente monografía, el dilema que se le presenta al juez BERMÚDEZ «entre el Derecho y la Justicia», al asentar su voto disorde en la sentencia n.º 37 de 29.4.1996, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil.⁴⁷ El caso fue el siguiente: el Sr. X enajenó el único bien de su propiedad sin necesidad comprobada y quedó sin techo a los noventa y seis años de edad. La hija alegó que, si bien no existía declaración de incapacidad a la fecha de la demanda, esto no significaba que el otorgante fuera consciente de sus actos, ya que se había comprobado en su historia clínica que padecía de «cerebro esclerosis», «delirio incipiente» y «encefalopatía difusa» en diversas etapas, por lo que solicitó la revocación de la sentencia. El tribunal, por mayoría, resolvió que, como en contra del supuesto incapaz no se había promovido en vida la demanda de interdicción, la demencia debía resultar del acto mismo. La prueba debía ser clara, precisa e independiente del testimonio incierto de los hombres. En concreto, era necesario que, del mismo acto que se impugnaba, resultara la demencia del que lo había celebrado. El tribunal recordó los basamentos de una norma tan severa: la dificultad de probar la demencia en cuanto el presunto incapaz no podía ser interrogado; por otro lado, coartar las acciones de los herederos en cuanto la celebración de actos y contratos por el causante serían perjudiciales para sus intereses y, por último, era necesario dotar de certeza a los negocios jurídicos, pues, de lo contrario, nadie contrataría con una persona anciana pero capaz: «De ahí que se exija que la prueba de la demencia resulte exclusivamente de los mismos actos».

La diferencia de trato surgía de la distinción entre capacidad legal y la incapacidad natural o de hecho. Dándose la primera situación, no era necesario demostrar que el sujeto era realmente incapaz en el momento en que se realizó el acto, sino que bastaba con probar la interdicción y la inadmisibilidad de que haya actuado bajo un intervalo lúcido. Si acontecía la segunda, la incapacidad natural debía ser probada y debía resultar del propio acto, prueba que quedaría sometida a la apreciación del magistrado.⁴⁸ La mayoría de los integrantes del tribunal consideraron que «no

47 BLENGIO, Juan E. «Anatomía de la discordia de un gran juez. La estructura de la sentencia y su contenido. Interpretación judicial. Reflexiones a modo de comentario de jurisprudencia». En *Revista Judicatura*, n.º 43, abril de 2005, pp. 28 y ss.

48 Se excepcionan los testamentos, los cuales pueden ser impugnados probando que el testador se encontraba en estado de demencia en la época de su otorgamiento. Como este otorgamiento no puede ser conocido en vida del testador (el Registro de Testamentos no da información), el testamento no puede ser impugnado hasta luego del fallecimiento del testador.

corresponde ingresar al análisis de elementos probatorios que no estén consignados en la misma compraventa cuestionada (por ejemplo: informes médicos, historia clínica, testimonio, edad del otorgante, única propiedad de este, etc.)», lo que sí habría sido pertinente en el supuesto de que la interdicción hubiera sido intentada en vida. Por lo tanto, del negocio mismo no emergió la demencia del vendedor.

El análisis del negocio no lo evidencia: ni el precio puede ser tildado de vil ni las restantes estipulaciones contienen nada diverso a las usualmente contenidas en las escrituras de compraventa. Por el contrario, en autos se constata que el Escribano autorizante, prudentemente, requirió un asesoramiento médico para cerciorarse de la salud mental del vendedor.

Por ello, se concluyó:

Se impone un criterio valorativo de la prueba, que en el caso se confina a la propia escritura de compraventa que arroje un resultado claro, terminante, pues de otra manera se afectaría el principio de conservación de los contratos, afectando la seguridad jurídica y los legítimos intereses de los terceros (la parte adquirente), cuya buena fe no se ha puesto en duda.

En su voto disconforme, el juez BERMÚDEZ procede a un examen minucioso del caso bajo todos sus aspectos. El citado magistrado expone:

La *demencia*, como se ha dicho, no queda reducida a un concepto psiquiátrico («déficit mental adquirido») en el sistema del Código Civil, sino que como se ha señalado, debe complementarse con un criterio *económico-social* y que, en consecuencia, requiere la justificación de una serie de elementos respecto a la posibilidad de dirigirse a sí mismo o administrar sus negocios.

Prosigue preguntándose cuándo cabe admitir que la demencia resulta de un acto o contrato. Siguiendo a CESTAU, «cuando el acto o contrato en sí, por sus consecuencias patrimoniales negativas para la persona debilitada en su capacidad, resulte del obrar de un demente.» La razón de una norma tan severa la halla, principalmente, en obtener la certeza jurídica. BERMÚDEZ, indirectamente, considera que la sentencia del tribunal de primera instancia prácticamente es una «prueba diabólica», al reclamar la prueba inequívoca, concluyente, fehaciente, indubitable de que el sujeto era incapaz en el tiempo o el momento exacto, preciso, de celebrar el contrato. Dice el magistrado mencionado:

Por ende, me inclino por sostener que la severidad del art. 439 no excluye la factibilidad de hacer valer una prueba seria que lleve al ánimo del sentenciante la total convicción de la incapacidad por demencia del sujeto que celebre un acto luego impugnado.

Y esa prueba la encuentra en diversos hechos: la falta de racionalidad, al haber enajenado el único bien a la edad de noventa y seis años para pasar a vivir como arrendatario; el desmentir la importancia del embargo, que era de muy bajo monto, ya que, aun manteniendo el embargo, había salido de garantía del sobrino de su esposa en segundas nupcias en un

contrato de arrendamiento; el hecho de vender las dos viviendas y pasar a vivir en muy diversos lugares (X gritaba, cuando fue desalojado, que no quería irse de la casa); el haberse demostrado las presiones de la cónyuge y del sobrino de esta, acreditadas por testigos, que vieron que fue llevado a dormir a una terraza techada y a una reposera de playa de hierro; la falta de interés económico evidente de la apelante, que inició la demanda penal equivocadamente cuando debió haber interpuesto una demanda por demencia, ya que el informe del especialista, del que se proveyó el escribano actuante, en el que constaba que X estaba en uso de razón, contradice la historia clínica de la persona y la pericia penal (ese informe no fue protocolizado, por lo que no tenía fecha cierta y no fue actualizado en el momento del otorgamiento de la compraventa celebrada un mes después), y que antes del otorgamiento de la carta de pago de un precio absurdo o pagadero en forma también absurda, X estuvo internado por «encefalopatía difusa, síndrome demencial».

BERMÚDEZ reconoce que

la rígida aplicación del art. 439 en casos como el corriente deja a la norma totalmente vacía de contenido, la torna completamente inaplicable, porque si la demencia debe surgir *de los mismos actos*, la disposición solo juega en los supuestos irreales o absurdos que, en cuanto tales, son de prácticamente imposible concreción.

Prosigue expresando:

La norma no impone una interpretación según el tenor literal de la misma, ya que entonces se llegará al resultado inconveniente e injusto que hemos mencionado, en el sentido de que la norma se tornaría carente de aplicación en la práctica. Una adecuada interpretación que consulte la *ratio legis* y el propio contexto de la disposición, conlleva a admitir que la expresión legal «de los mismos actos» no significa que la demencia se derive exclusivamente del acto jurídico concreto, despreciando el entorno negocial que puede explicar racionalmente y sin violencia, la falta de capacidad y de voluntad del sujeto fallecido sin haber sido declarado incapacidad [errata: *incapaz*] judicialmente; tal como sucede *in casu*, ya que toda la prueba (entorno negocial, como se dijo) indica concluyentemente que X estaba incapacitado para realizar válidamente cualquier acto o negocio jurídico, siendo terminantes los dictámenes del Dr. Z e inaceptable el certificado médico del Dr. Y.

Como una conclusión del estudio del caso precedente, BLENGIO considera que

en definitiva, la interpretación que BERMÚDEZ hace del art. 439 del Código Civil en su discordia, tiene la virtud de permitir, en el marco de la situación fáctica que considera probada, una solución que no solo es formalmente ajustada a la ley, sino que satisface adecuadamente las exigencias de las circunstancias del caso [...] al obrar ponderando equilibradamente los intereses en juego, conforme al ordenamiento jurídico, con un criterio ético

fundamentado en los principios, lo cual es necesario, al decir de DWORKIN, para tomarse los derechos en serio.

En el mismo sentido, al examinar esta solución del art. 439, Juan Andrés RAMÍREZ considera que, si la interpretación estricta es la correcta, «el resultado de ello es la existencia de una capacidad natural *ope legis* inimpugnabile, aunque pudiera demostrarse fehacientemente que el autor se encontraba en una incapacidad natural severa (accidental o permanente), al tiempo de la realización del acto».⁴⁹ Concluye expresando que

los mismos argumentos que llevaron correctamente a nuestra doctrina a ver más allá del texto del art. 438, inc. 2, y admitir la incapacidad natural, debe llevarla a ver también, más allá del texto (solo retroactivo en apariencia), que la incapacidad natural invalida los actos aunque el autor haya fallecido.

Finalmente, cabe recordar que el denominado *Apéndice* del Código Civil ha sido sustituido por la ley n.º 19.920, de 17.11.2020 (Ley General de Derecho Internacional Privado), con fecha de vigencia 16.3.2021. El artículo 20 de esta ley plantea una contradicción con lo que consagra la Convención de 2006, ya que el inciso 2 del referido artículo establece que la «la capacidad de ejercicio de las personas físicas se rige por la ley del domicilio», mientras que la Convención señala que, para tener capacidad de ejercicio, no se necesita de ley alguna, por cuanto esta capacidad es inherente a la persona y se tiene desde que se nace. Va a ser necesaria una modificación del artículo 20, que suprima lo dispuesto y, en su lugar, consigne que *las restricciones a la capacidad de las personas físicas se rigen por la ley del domicilio*, que es lo correcto.⁵⁰

Algunas decisiones jurisprudenciales

No siempre están acordes los pedidos de incapacidad o inhabilitación y la resolución de los magistrados; en algunos casos, porque se declara la incapacidad cuando esto no es necesario, y en otros, porque se concede una inhabilitación cuando debe procederse a una interdicción total. Como hemos visto anteriormente, la jurisprudencia se ha alineado a favor de constatar el grado de discapacidad inhabilitante para cuidar de su persona y administrar sus bienes con el objetivo de tomar decisiones *a la medida* de la situación o que calcen como un guante. Esa decisión *a la medida* no

49 RAMÍREZ, Juan Andrés. «Incapacidad natural en diferentes ámbitos del derecho. La supuesta capacidad *ope legis* del art. 439 CC». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, n.º 37, 2006, pp. 670, 671 y 673.

50 SANTOS BELANDRO, Ruben. *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay n.º 19.920 de 17 de noviembre de 1920. El texto y el contexto americano. Curso general*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021 (por mayor abundamiento, especialmente en lo referido a los medios de protección de los incapaces).

siempre concita la adhesión de todos y puede llegar a ser duramente cuestionada, precisamente al no ajustarse a *las medidas del caso*. Por razones de espacio, solo citaremos tres casos como ejemplo.

En el primero de ellos (UY/JUR/208/2009), el juez de primera instancia declaró el estado de incapacidad del demandado, sin perjuicio de autorizarlo a realizar tareas laborales y administrar su peculio profesional. Los padres se agraviaron de la decisión «porque lo decidido no contempla la capacidad disminuida de su hijo, quien se desempeña correctamente en el ámbito social y laboral. El planteamiento de la denuncia tiene por fin proteger al denunciado, pero no disminuirlo». De acuerdo con el alcance de la sentencia impugnada, el denunciado no podría ejercer el deber cívico de votar o integrar sociedades sin fines de lucro, extremos que son de sumo interés de su hijo. Pidieron la revocación parcial de la sentencia, que se declarase al denunciado en estado de incapacidad relativa o disminuida y que se señalasen, expresamente, los actos que le estaban vedados. Se agregaron una fotocopia de la credencial cívica y un certificado de la Oficina Nacional Electoral. El Tribunal de Apelaciones se apoyó en un concepto amplio de demencia (criterio jurídico, psicobiológico y social), que comprende toda aquella alteración mental que sea causa de no poderse manejar por sí mismo o administrar sus bienes, y en que, a partir de la sanción del CGP, doctrina y jurisprudencia entienden, con variantes, que también puede arribarse a una decisión que tenga en cuenta semincapacidades (o capacidades relativas), capacidades disminuidas o interdicción parcial, y que contemple diversos grados de autonomía. El abordaje del tema debe tener en cuenta que el principio general es la capacidad y que la incapacidad es la excepción, de interpretación absolutamente estricta. Esto implica «el respeto a la dignidad de la persona, derecho que tiene raigambre constitucional en los arts. 7, 72 y 332, puede inferirse del art. 250.4 y 5 del CGP, y constituye uno de los principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». El tribunal examinó la autonomía del sujeto en lo personal, doméstico y social, y concluyó:

si bien el conjunto de la prueba (art. 140 CGP) permite concluir que presenta un retraso mental moderado, con dificultades en la capacidad de abstracción y limitación en la resolución de problemas, se entiende que debe ampliarse el elenco de actividades a desarrollar con autonomía.

Consideró que el extremo más discutible refería al ejercicio del deber cívico del voto, donde es aplicable el artículo 80.1 de la Constitución, que regula la suspensión de la ciudadanía a quien «por ineptitud física o mental» esté impedido de obrar libre y reflexivamente. «A la luz de lo dispuesto por el art. 29 de la Convención citada y teniendo en cuenta que el denunciado tiene acceso a la información y posibilidad de expresarse libremente, se amparó el agravio». En virtud de lo expuesto se falló ampliar el elenco de derechos a ejercer por la propia persona, al de

integrar sociedades sin fines de lucro de naturaleza cultural, deportiva y de beneficencia, salvo que ello implique asunción de obligaciones de orden patrimonial y comprometa su responsabilidad, ejercer el derecho al voto en elecciones nacionales, municipales, referéndum y plebiscitos, sin perjuicio del desempeño de actividad laboral y administración de su peculio profesional.

En el otro caso (UY/JUR/664/2009), el Tribunal de Apelaciones decidió confirmar la inhabilitación parcial, por el plazo de un año, de una mujer incapaz, en lo referente a la administración de sus bienes y celebración de negocios jurídicos, para lo que esta debía actuar asistida por un curador, dado que había perdido transitoriamente su capacidad de dirigirse y administrar sus bienes. Consideró que «nuestro Derecho en forma tardía y no muy ortodoxa, insertó el instituto de la semi-interdicción, a partir de la sanción del CGP (coordinación de los arts. 444.2 y 447.2)». Este último habla de protección y de administración. El tribunal advirtió «que no puede volverse a caer en posiciones ya perimidas, de proteger como único valor el patrimonio, en desmedro de la persona, cuando ésta deba ser contenida». Ante el trastorno bipolar, en lo patrimonial se dispuso que actuara asistida de un curador, el que también supervisaría el tratamiento psiquiátrico, y se estableció que la guarda material de los hijos sería ejercida por este. La recurrente (su madre) se agravió (esta vez, en un sentido inverso al caso anterior), solicitando que se reconociera que la hija «estaba incapacitada en forma global, permanente e irreversible», ya que nunca había tenido trabajo y, si bien el Instituto Técnico Forense consideró que «era apta al momento actual, aunque puede estar sujeta a futuras descompensaciones que afecten parcial y transitoriamente sus actitudes», no se tuvo en cuenta la peligrosidad de las descompensaciones. El fallo analizó la evolución de la legislación y de la doctrina operada en nuestro país (especialmente la posición de Juan BLENGIO en cuanto a considerar que la inhabilitación cubre tanto el aspecto patrimonial como el personal), y señaló:

En este tercer milenio, se trata de centrar el derecho en la persona, abandonándose el criterio individualista y patrimonialista del s. XIX. Actualmente los derechos humanos encuentran su encaje en el Estado social, lo que se caracteriza por un compromiso activo del Estado con el bienestar de los ciudadanos, es decir, que los individuos no pueden quedar abandonados a su propia suerte, sino que, por el contrario, el Estado, además de crear un marco adecuado de libre ejercicio de los derechos individuales y castigar todas las violaciones que se realicen de los mismos, está obligada a proveer a los titulares de los multicitados derechos, las condiciones que sean necesarias para su ejercicio y obligar a los particulares a contribuir con tal provisión, encontrándose dentro de estas obligaciones del Estado, la efectivización a través de los medios adecuados, para el restablecimiento de las personas o para que puedan realizar ciertos actos. Un mecanismo hábil para lograr tales finalidades es la figura del asistente, quien cuando el caso lo requiera, puede controlar el efectivo cumplimiento de un tratamiento o aunar su voluntad a la del inhabilitado, en ciertas decisiones respecto de su

vida personal. [...] Como corolario, entendemos que el Estado debe respetar el derecho a la dignidad de la persona (deber negativo), pero también debe propender a que esa dignidad se efectivice en cada uno de los habitantes de su territorio. Dentro de este derecho fundamental, que la doctrina enmarca como uno de los que proporciona «calidad de vida» a la persona, se encuentra la posibilidad de autodeterminación, la cual no solo tiene que ser respetada por el Estado, sino también fomentada.

En virtud de lo cual, se resolvió confirmar la sentencia impugnada en cuanto a la inhabilitación, ya que la persona no era absolutamente incapaz, tomando en consideración que, al momento de ser examinada, tenía autonomía personal y social; realizaba un manejo eficiente del dinero; leía y escribía sin problemas, y se encontraba trabajando en un supermercado. Se consideró adecuada la designación del curador para asegurar que la persona tomara los medicamentos y no cayera en situaciones de descompensación. Ante lo expuesto, se confirmó la sentencia recurrida en forma parcial y se designó una guarda material (tenencia) de los hijos.

En cuanto al caso que hemos mencionado abundantemente a lo largo de esta monografía, señalado con el n.º 48/2018 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno, ante el pedido de declaración de incapacidad del denunciado y la designación como curadora de la madre de un joven con un retardo mental importante, que suponía la carencia de nivel de autonomía, que no tenía posibilidades de autocuidado y que requería de asistencia continua (no tenía pareja, se le indagó qué era tener novia o casarse y no pudo dar cuenta de eso; en el barrio donde vivía podía andar en bicicleta y regresar al hogar, pero si el recorrido hubiera sido más complejo, se hubiera perdido; no reconocía el dinero ni qué significaban los partidos políticos ni quién era el presidente de la República; no sabía el nomenclátor de las calles ni podía administrar sus bienes; no sabía leer ni escribir, y no conocía el nombre ni los medicamentos que tomaba). La madre se agravió ante la resolución de la jueza letrada de primera instancia de Flores de 2.º Turno, que había desestimado la declaración de incapacidad y había ordenado oficiar al Banco de Previsión Social para la adjudicación de una pensión. También había dispuesto el sistema de apoyo laboral del Mides para favorecer las habilidades personales y que este ministerio le proporcionase información acerca de sus derechos sexuales y reproductivos, cívicos y laborales, conforme a su discapacidad. Apelada la resolución ante el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno, este acogió la apelación, revocó la sentencia y declaró incapaz al joven y curadora a su madre legítima.

La rebelde presencia de los casos extremos y las fricciones con el modelo social

A las cosas hay que llamarlas por su nombre. No cabe duda alguna de la importancia y trascendencia del modelo social para una mayor humanización de las relaciones con las personas con discapacidad, pero también es cierto que, al abrazar una nueva ideología, no podemos dar la espalda a la realidad. Todos hemos tenido familiares o personas cercanas que, para dar solo dos ejemplos, se encontraban en un coma profundo o afectadas por un Alzheimer terminal, donde el sistema de apoyos, en relación con la capacidad de obrar del individuo, no podía funcionar en absoluto. No hay relación posible, porque si es necesario un 100 % de apoyos, se está reconociendo que tal sistema no sirve y debe irse a una representación legal. No forcemos los hechos para que se ajusten a derecho; no nos dejemos arrastrar solo por las proclamas y pongamos pie a tierra. Indudablemente, la cuestión es cómo resolver el problema *dentro* de la Convención. Precisamente, BENAVIDES es uno de los pocos que ha enfrentado el dilema:

Si bien la Convención reconoce el sistema de apoyos como *única* herramienta válida a intervenir en la toma de decisiones de personas que lo necesiten, sin embargo, habría un espacio para excepciones justificadas, pero no necesariamente la eliminación del sistema de sustitución (adecuándose al nuevo procedimiento) para utilizarlo en casos puntuales y debidamente justificados.⁵¹

El autor manifiesta que habrá que evaluar si se adoptaron los ajustes razonables, evitando situaciones de dominación arbitraria. BENAVIDES considera que el principio de protección debe ser supletorio del de autonomía, ya que solo debe ingresar cuando la autonomía no pueda conseguirse. Por tanto, la acción de sustitución debe realizarse desde el paradigma de los apoyos debe ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos, etc.; debe ser tomada para ella y no por ella. Es lo que parece inteligirse (aunque no muy claramente) del numeral 4 del artículo 12. BENAVIDES dice que «en casos excepcionales de apoyos intensos que puedan llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos consistirán en *reconstruir* la voluntad y las preferencias de la persona».⁵² Considera que el numeral 4 estaría reconociendo un modelo de sustitución encubierto (a través de lo que la Convención menciona como «salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos»).

51 BENAVIDES LÓPEZ. Ob. cit., pp.184-185.

52 BENAVIDES LÓPEZ. Ob. cit., p. 177.

La contradicción entre la observación n.º 25 del Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que aconseja la eliminación de la curatela general, y la opinión de la doctrina y jurisprudencia de Uruguay

El lector habrá advertido que existe una diferencia de enfoque importante entre la observación realizada por el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que aconseja la eliminación de la curatela general, y las opiniones de la doctrina y jurisprudencia nacionales, que sostienen que esta debe ser mantenida. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han manifestado estar de acuerdo con la filosofía de la Convención, pero llega un punto en que el sistema de apoyos resulta insuficiente y, en ese momento preciso, la persona con discapacidad profunda necesita de una representación legal, llámese curaduría o no. Ese momento ha sido omitido por la Convención, quizás pensando que recogerlo sería introducir un caballo de Troya en la nueva visión de la discapacidad, que sería manejado por los Estados parte para permanecer en el *statu quo* legal. Así, HOWARD sostiene que

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 su figura se mantiene. Lo que ha variado es que se ha transformado —a juicio de quien suscribe— en un instrumento residual, que solo 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. [...] Procediendo la restricción de su aptitud solo en aquellos terrenos en que su condición mental le impide autogobernarse. Pero incluso en estas últimas áreas, dado que es imposible la adopción de medidas con carácter abstracto, dependerá de los tribunales —que para ello están dotados de amplísimas facultades al respecto— determinar en qué consisten los apoyos que se le pueden brindar al sujeto, esto es, una medida sustitutoria de la voluntad o el sistema de asistencia que se considere adecuado a la hipótesis concreta.⁵³

Esta visión ha sido incorporada expresamente en la sentencia 48/2018 multicitada. En los futuros mensajes remitidos al Comité por Uruguay,

53 HOWARD, Walter. «Los nuevos paradigmas en materia de incapacidad intelectual». En *Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo III, pp. 136-137. «El principio de subsidiariedad significa que solo puede recurrirse a someter al discapacitado a un régimen de curatela, en el cual el curador actúe en representación de aquél, en la medida que no existan otras alternativas para solucionar su situación. La graduación de las medidas debe estar rigurosamente ordenadas en forma jerárquica» (ibídem).

para evitar roces con dicho organismo internacional, debería explicarse claramente la postura de nuestro país con el objetivo de evitar la reiteración de la observación sobre este aspecto.

SECCIÓN 3. LA PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

Por varias razones, nos parece indispensable realizar un análisis de las implicaciones de este nuevo paradigma sobre las reglas de derecho internacional privado, en tanto en cuanto estas aún siguen adheridas a las pautas marcadas por el derecho privado interno, especialmente en las normas de derecho civil contenidas en las normas codificadas.

En primer lugar, por un tema de armonía de todo el orden jurídico, ya que al integrar la convención de marras el bloque de constitucionalidad de nuestra Constitución iusnaturalista, está presionando fuertemente para que las normas infraconstitucionales se adecuen a la carta magna. En esta hipótesis, el derecho internacional privado debe respaldarse más sobre el bloque de constitucionalidad, por las razones apuntadas extensamente en lo ya dicho, que sobre las normas de derecho interno desajustadas. Dice BARIFFI:

Los derechos humanos tienen que garantizar igualdad en el ejercicio de los derechos, lo cual necesariamente significa irrumpir en el sistema clásico del Derecho civil, que viene en nuestros ordenamientos derivados del Derecho romano y, más directamente, del Código napoleónico. [...] Los estándares universales de derechos humanos requieren una revisión profunda de instituciones y concepciones claramente anacrónicas y desfasadas, que se sostienen más bien en la inercia de una tradición legal de otros tiempos, que en criterios o concepciones de justicia y respeto a la igualdad, propias del discurso de los derechos humanos.⁵⁴

En segundo lugar, al extenderse el tiempo de vida de las personas, y gracias a la intensificación de las comunicaciones, las personas con discapacidad viajan de un Estado a otro con gran facilidad, por lo que pueden resultar afectadas en sus actos y contratos por soluciones que pueden favorecer o perjudicar sus derechos fundamentales. Además, pueden tener un patrimonio repartido en varios Estados, lo cual convoca igualmente a un derecho internacional privado de nuevo corte: atento al hombre y a sus intereses, ubicado en el centro de sus implicaciones transfronterizas.

En tercer lugar, si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene un alcance y una vigencia prácticamente planetarios, debido al número de Estados que la han ratificado, no todos ellos han adecuado su ordenamiento jurídico a las nuevas pautas: lo han hecho

54 BARIFFI. Ob. cit., pp. 321, 323 y 335.

en forma gradual y lentamente. Generalmente, se observa en el ámbito del derecho comparado que se ha comenzado por suprimir las barreras físicas, pero han avanzado mucho más pausadamente, o no han avanzado en absoluto, respecto de los mecanismos que puedan sustituir a la antigua patria potestad, la tutela y la curatela, en medidas de apoyo acordes con la nueva mentalidad. Si bien el nombre no hace a la cosa, para realizar esa conversión, sería aconsejable que la patria potestad se transmutara en *responsabilidad parental*, dando realce a la responsabilidad de los padres en la educación y a la promoción en autonomía de sus hijos menores de edad, y que la curatela general fuera suprimida o reservada para casos extremos y con facultades muy limitadas, que podrían pasar a denominarse *personas mayores protegidas*, *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar* o *medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía*.

En cuarto lugar, si bien la convención analizada es un muy importante aporte al tratamiento de nuestros congéneres con discapacidades físicas, intelectuales y cognitivas, y exige un cambio de mirada hacia los mismos, parece insuficiente, por sí sola, para resolver la diferencia de legislaciones existentes en la actualidad, habida cuenta, como hemos dicho, de que no todos han avanzado a igual ritmo en la renovación de las medidas de protección. Muchos ordenamientos jurídicos están aún anclados firmemente en los antiguos institutos, en tanto que otros se hallan enteramente renovados, por lo que este constituye un campo propicio para la actuación del derecho internacional privado. Manteniéndonos sobre el plano convencional, y aun reconociendo la urgencia de modificar el derecho interno, todo parece indicar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, del año 2006, debe funcionar en pareja con el Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, del año 2000⁵⁵ (que Uruguay no ha ratificado), encargado de resolver, bajo una óptica más moderna, los problemas de los conflictos de leyes, de jurisdicciones y de eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras. No obstante, el binomio señalado debería ir acompañado de la actuación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y de otras convenciones complementarias (la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Guatemala en el año 1999 y ratificada por Uruguay a través

55 SANTOS BELANDRO, Ruben. «Una Convención oportuna para actualizar la protección internacional de los adultos». En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 19, 2006, pp. 165-184, y SANTOS BELANDRO, Ruben. «Un enfoque de derecho internacional privado que rejuvenece el tratamiento tradicional hacia el adulto mayor». En OYARZÁBAL, Mario (coord.), *Derecho procesal transnacional. Homenaje al profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ábaco, 2012, pp. 407-436.

de la ley n.º 17.330, de 9.5.2001;⁵⁶ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 19.12.1979, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10.12.1984, entre otras).

El elenco básico mencionado parece ser esencial para cubrir los problemas de las personas con discapacidad en su más amplio significado. Podrían formularse reparos al Convenio de La Haya del año 2000, en cuanto introduce, en varias oportunidades, la posibilidad de actuación del criterio de conexión *nacionalidad*. Sin embargo, este criterio ha perdido —como también el domicilio— el carácter absoluto que tenía en otras épocas y actúa hoy como uno de los modos posibles de determinación tanto del derecho aplicable como de la jurisdicción competente, considerando, además, el importante número de uruguayos radicados en el extranjero. En atención a su Constitución, de conformación iusnaturalista, y al bloque de constitucionalidad integrado, entre otros, por el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nuestro país puede resolver muchos de los problemas de esa desarmonía sobre el plano internacional de forma satisfactoria para los intereses y derechos de estas personas.

En suma, al notario uruguayo se le presenta un nuevo panorama, al que deberá adecuarse: desde el año 2008, debe incluir los derechos humanos (el derecho internacional de los derechos humanos) en el examen del caso concreto, que acompañará a las reglas de conflicto de leyes y de jurisdicciones, campo este último que ha sido el que habitualmente ha manejado cuando recibe consultas sobre casos dotados de elementos de extranjería. Es decir, ni el derecho internacional de los derechos humanos barre el o los sistemas de conflictos de leyes y de jurisdicciones ni estos últimos pueden actuar ya más, prescindiendo de un examen de los derechos humanos a respetar en el caso concreto: ambos deberán actuar en conjunto. Se trata de una tarea realmente nueva y desafiante, y esta mutua interpenetración será diferente en cada situación concreta.

En el tema *capacidad de las personas físicas*, el traslado de una rama a otra del derecho implica acudir a técnicas y formas de actuar diferentes a las tradicionales. Como hemos mencionado en otra obra,⁵⁷ la influencia de los derechos humanos sobre el derecho internacional privado puede dividirse en dos. Por un lado, una influencia anticipada y suave, que modifica las categorías existentes, remodelándolas o creando otras nuevas;

56 Ante una redacción defectuosa de la Convención Interamericana que colisionaba con la Convención de la ONU, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) dictó una resolución que interpreta el art. 1.2 de la primera en consonancia con el art. 12 de la segunda.

57 SANTOS BELANDRO, Ruben. *Derechos humanos y derecho internacional privado (un análisis de su influencia recíproca)*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2018, pp. 133 y ss.

influyendo sobre el número y funcionamiento de los puntos de contacto; estableciendo directivas materiales o sustantivas sobre la regla de conflicto, y alterando, en cierta forma, su función tradicional de una pura localización. Por el otro, una influencia fuerte, decidida, frontal, tanto sobre las concepciones del foro acerca de los mentados derechos como sobre el derecho extranjero designado como aplicable por la regla de conflicto, que acepta el ejercicio de la autonomía de la voluntad, acudiendo a la adaptación, a la aceptación de los derechos adquiridos en el extranjero, y que, particularmente, ubica el problema dentro de la denominada excepción de orden público internacional, dotada esta de un enfoque diferente, como puente que facilite el diálogo entre culturas (el notario estará obligado a pensar), antes que como pretexto para el rechazo *in limine* del otro, evitando una superioridad no razonada de los derechos humanos defendidos por el foro. Para ello, será necesario encontrar un método que permita sumar y no restar; ese método, para nosotros, es el método sintético-judicial.

Aclarados estos puntos, deberemos examinar el derecho aplicable a la discapacidad; la jurisdicción internacionalmente competente; la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales o administrativas con facultades jurisdiccionales dictadas en el extranjero, y la cooperación internacional sobre este tema.⁵⁸ Sobre estos cuatro temas daremos algunas soluciones de *lege ferenda*, tomando en consideración que, si bien tenemos una Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no contamos con normas de conflicto adecuadas para la solución de esos problemas y, menos aún, un tratamiento global de los cuatro puntos señalados. Es cierto que, dentro del Mercosur contamos con el Protocolo de Las Leñas de 1992 sobre cooperación y asistencia jurídica en materia civil, comercial laboral y administrativa, y el Protocolo sobre Medidas Cautelares de 1994, con su Acuerdo Complementario de 1997. También es cierto que, sobre el plano regional, además de los consabidos tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, y del Código de Bustamante de 1928, tenemos un conjunto de convenciones de las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que regulan la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo, 1979); exhortos y cartas rogatorias (Panamá, 1975), con su Protocolo Adicional (Montevideo, 1979), y cumplimiento de medidas cautelares (Montevideo, 1979), pero todos ellos adolecen de una falta de adecuación al tema que hemos examinado y, sobre todo, de una visión de conjunto de estas cuatro cuestiones. Como una sola muestra de lo afirmado, podemos mencionar la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que exige «copia auténtica del auto

58 ADROHER BIOSCA, Salomé. «La protección de adultos en el derecho internacional privado español: novedades y retos». En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71/1 (ene.-jun. 2019), pp. 163 y ss.

que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o de fuerza de cosa juzgada» (art. 3.c), cuando es evidente que las medidas judiciales de protección de los discapacitados no la tienen.

Respecto del *derecho aplicable*, los nuevos textos normativos comparados establecen, como principio general, el reconocimiento de la residencia habitual de la persona discapacitada para determinar su grado de discapacidad y el o los apoyos necesarios para compensarla, y para que esta pueda integrarse eficazmente a la sociedad con grado suficiente de autonomía. El derecho aplicable gozará, en principio, de eficacia extraterritorial. Este punto de conexión debe regir tanto para los interdictos totales (apartándose del derecho interno, que generalmente establece que no pueden fijar domicilio) como para los inhabilitados parciales. No debemos olvidar que las medidas de protección (especialmente, de un adulto) incluyen —tanto la protección decidida por un magistrado como la autoprotección, bajo la denominación *autotutela*— poderes preventivos de incapacidad futura, medidas previas, etc. Sin duda, dichos poderes serán otorgados de conformidad con la ley del Estado que los conceda, pero su real eficacia se producirá si es admitida por la ley del Estado donde resida habitualmente la persona.

En cuanto a la *jurisdicción internacionalmente competente*, esta también debe ser reconocida a favor de los jueces del lugar de residencia habitual de la persona afectada por alguna discapacidad que aconsejen la implementación de algún apoyo. Se trata de un proceso catalogado como *jurisdicción voluntaria* (aun cuando, eventualmente, puede transformarse en contencioso si se suscita oposición). No hay que olvidar que, junto a este foro general, debe reconocerse la posibilidad de que actúen otros foros especiales para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento, si la persona se halla en el extranjero y requiere la adopción de medidas de apoyo por motivo de su discapacidad, manifestada en ese momento o ya decretada en el Estado de su residencia habitual, o incluso de tomar alguna medida de internación, si la situación es lo suficientemente grave como para decidirla. También puede presentarse y reconocerse la posibilidad de asumir competencia bajo el rubro *foro de necesidad*, pero será un fenómeno muy residual y poco frecuente, dadas las exigencias de las que está rodeado.

En lo atinente al *reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras y de documentos públicos extranjeros*, al tratarse las primeras de decisiones declarativas o constitutivas, no tienen que pasar por el trámite del *exequatur*; en cuanto a los documentos públicos, estos estarán sometidos a un trámite de legalización abreviado si es aplicable la Convención de La Haya. No debemos olvidar la posibilidad de que se presente un poder para la incapacidad futura que, en la medida en que se regule por nuestro país fuera del caso de la ley n.º 18.473, si está extendido en documento público, deberá legalizarse de la manera antes citada.

La sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno, SEI 0010-000071/2016 considera:

El juicio de insanía tiene una finalidad cautelar en beneficio del denunciado, razón por la cual, como lo expresa el apelante, y compartiendo su naturaleza cautelar, se dictan sus resoluciones bajo el principio *rebus sic stantibus*. Las medidas cautelares que se dictan, de considerarse indispensables, es decir, ante la ausencia de medios menos lesivos para obtener el fin de conjurar un peligro inminente, actual, de lesión o de frustración de un derecho; necesidad, peligro y derecho sumariamente acreditados. Y bajo la condición *rebus sic stantibus*, es decir, en tanto y en cuanto se mantengan las condiciones de la plataforma fáctica presentada por el solicitante y habida cuenta para la imposición de las mismas (arts. 311 y ss. del CGP). Se ha dicho que es de la esencia de las medidas precautorias su carácter provisorio, que se traduce en que su subsistencia está directamente vinculada con los extremos que se tomaron en cuenta al decretarlas. La resolución que dispone de medidas cautelares es siempre provisional y debe ser modificada o suprimida atendiendo a la variación o a la invalidez de las circunstancias. Crean un estado jurídico provisional, susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio. El auto que dispone una cautela no causa estado. La provisoriedad es una de las características más señaladas de las medidas precautorias. El auto que ordena o deniega una medida cautelar, cualquiera que sea su naturaleza, no tiene la fuerza material de cosa juzgada y, no obstante, la preclusión de la facultad de impugnarlo, corresponde modificarlos cuando cambian las circunstancias. [...] La plataforma fáctica, siempre en casos como el presente, puede variar, ya que la capacidad de ejercicio de los derechos de una persona puede modificarse en función de su estado, resultando un elemento dinámico por naturaleza. [...] El proceso de insanía, con su naturaleza cautelar multicitada, tiene un destinatario único como beneficiario de las medidas que se adopten, que es el presunto incapaz.

¿Qué sucederá entonces? El criterio para seguir será el de no perjudicar los derechos humanos fundamentales de la persona discapacitada, por lo que será necesario escucharla, oírla, atenderla y entenderla. El notario podrá verse enfrentado a diferentes situaciones:

- a) podrá presentársele una resolución judicial que declare incapaz total a un sujeto al que, concomitantemente, se le ha nombrado un curador general. Por lo explicado anteriormente, no deberá rechazar dicha resolución; antes bien, deberá examinar la causa de la interdicción, *que deberá constar en la propia resolución o en un documento fidedigno anexo*, y si esa causa es la imposibilidad de cuidar de su persona y de administrar sus bienes, le reconocerá efectos extraterritoriales a la medida (en principio, se considerará que cualquier otra causa vulnera los derechos humanos de la persona discapacitada y deberá rechazarse).
- b) podrán presentársele una o varias medidas de apoyo que acompañen a una capacidad restringida. Ante tal hipótesis, tendrá que examinar qué ámbito de capacidad sin restricciones se le reconoce a la persona. Dentro de ese ámbito, esta última podrá actuar con total normalidad, por cuanto no debemos olvidar que ella no ha perdido su capacidad.

Asimismo, el notario analizará cuál es el área que requiera de apoyos y cuáles puedan ser estos. En esta última área, el notario deberá abstenerse de actuar con la persona con capacidad restringida sin los apoyos decididos por la sede judicial del Estado de su residencia habitual; por el contrario, deberá actuar con ellos y en la medida decretada por la resolución del magistrado. Sus actos en violación de lo mencionado generarán nulidad relativa, en la medida en que el acto notarial perjudique los intereses personales y patrimoniales de la persona con capacidad restringida.

- c) es posible que se exhiba un poder de autotutela, por lo que deberá estudiarse su contenido; si resulta adecuado a los derechos humanos del otorgante; las medidas concretas que disponga, si estas encuadran en la situación específica que se ha presentado, y los aspectos formales de que está dotado dicho poder (legalización, traducción, protocolización).

En los tres casos, si bien las inscripciones registrales tienen efectos territoriales, sería aconsejable obtener información registral, en el Estado de residencia habitual del individuo involucrado, acerca del estado de situación de los tres casos analizados. Esta información debería ser obtenida a través de un correo privado y su fecha de expedición debería ser lo más próxima posible al acto notarial a realizar en nuestro país, debido a la existencia del principio *rebus sic stantibus*.

Finalmente, la *presencia de normas sobre cooperación internacional entre magistrados* se vuelve cada vez más importante por lo asidua, debido al traslado de las personas discapacitadas a países distintos del de su residencia habitual y a que puede acontecer, por ejemplo, un accidente laboral o de tránsito con discapacidad, o la concreción de un accidente cerebrovascular, entre una variedad bastante amplia de hipótesis. Se hará necesaria la comunicación entre autoridades judiciales (entre la autoridad judicial donde ocurrió el suceso y la autoridad judicial del lugar del Estado donde el afectado tiene su residencia habitual). Habrá que averiguar si ya existe un sistema de apoyo; si el dador de apoyo tiene facultades para actuar internacionalmente; la forma del traslado del afectado de un país a otro, y la autorización judicial para efectuar el traslado. Respecto de los inmigrantes a los que se le reconoce el derecho a la reunificación familiar, se aprecia una tendencia a privilegiar la reunificación con aquellos familiares que adolecen de alguna discapacidad, pues estos serán mejor atendidos que en sus lugares de origen.

SECCIÓN 4. EL ROL DEL NOTARIO ANTE EL NUEVO PARADIGMA

Indudablemente, al notario, aplicador natural del derecho, se le abre un panorama totalmente diferente al tradicional. Hasta hace muy pocas décadas, en el caso de una persona declarada incapaz, la situación ofrecida era entre *blanco o negro*; capacidad y, por tanto, aptitud para actuar, o incapacidad y, por ende, imposibilidad de hacerlo. Esto sometía obligadamente a la persona a una representación que sustituía al representado, que quedaba bajo la tutela de la ley y del magistrado, en virtud de lo cual, los actos personalísimos, al presentarse una interdicción total, no podían ser ejercidos, ni aun en períodos de lucidez, al igual que su patrimonio, por el que la persona debía obtener venias o autorizaciones judiciales para poder enajenar o gravar. Bastaba, por tanto, que el profesional examinara la declaración judicial de incapacidad y obrara conforme a los artículos referidos a las venias contenidas en el Código Civil. El notario debía tratar directamente con el representante y, generalmente, no conocía en forma personal al representado; este último quedaba totalmente invisibilizado.

Hoy en día, el panorama es muy distinto. El principio de que *la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción* se ha visto insuflado de nuevos enfoques. Es así como al menor, aun cuando no haya llegado a la mayoría de edad conformada por los dieciocho años, puede considerársele apto para realizar los actos referidos a su persona, en tanto cuente con la madurez suficiente y el reconocimiento de los efectos que dichos actos puedan ocasionar. Numerosas leyes van en ese sentido y a ellas nos remitimos. Queda aún un bloque duro, que es el patrimonial, que aún debe quedar sometido a la obtención de las venias establecidas por los incisos 1 y 2 del artículo 271 o por el artículo 395 del Código Civil, pero una necesidad de armonía de las fuentes constitucionales con las infraconstitucionales hará que, más pronto que tarde, este último reducto de la despersonalización de los incapaces caiga bajo el influjo de un nuevo texto más atento a los derechos humanos fundamentales. Al Código Civil le falta una actualización y una regulación de todas las medidas de apoyo y de salvaguardas, y está pendiente la tarea de despejar algunas de las ambigüedades o dudas que ha generado el CGP.

De todos modos, no estamos tan mal, en cuanto las disposiciones incorporadas al CGP, a influjo del profesor Enrique VÉSCOVI PUPPO, hacen posible la presencia en él de las personas con discapacidades parciales. En tal caso, el notario deberá consultar la decisión judicial para establecer qué puede y qué no puede hacer directamente la persona con discapacidad y si quedará sometida a un régimen de simple consulta o consejo, de co-decisión, de asistencia o de un apoderado para la propia incapacidad, etc. Es así como una persona que sufra de síndrome de Down podrá celebrar el contrato laboral extendido por el notario y percibir directamente su sueldo; también podrá votar, como lo ha determinado el Tribunal de Apelaciones en

lo Civil. Según hemos analizado, será una tarea más minuciosa, pero más respetuosa de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La respuesta a la interrogante planteada en el título de esta monografía será que la representación legal permanecerá como una institución especialísima, con el objetivo de cubrir ciertas situaciones extremas de discapacidad (un comatoso o un afectado por la enfermedad de Alzheimer en sus últimas etapas, etc.), pero deberá tener límites precisos, deberá establecerse por un plazo determinado judicialmente, con períodos de ejercicio renovables, y actuar respetando el modelo de vida que tuvo o pudo haber tenido la persona con discapacidad, de acuerdo con su historia y su entorno. Fuera de estas situaciones límites, de alguna manera, el notario deberá tener un contacto directo para tomar en consideración la voluntad, los deseos y las aspiraciones del discapacitado parcial.

Todo documento notarial implica un juicio implícito por parte del autorizante, relativo al discernimiento de los comparecientes en el momento del otorgamiento, aun cuando el documento no lo especifique. Sin embargo, cualquier mención que se consigne, que esté relacionada con la capacidad de las partes, no gozará del amparo de la fe pública, ya que esta alude a los actos o hechos cumplidos por el propio notario u ocurridos en su presencia. El juicio (de la aptitud discerniente) que realizará el notario será anterior al otorgamiento del acto, y se irá conformando por las audiencias preliminares, en las que constatará la identidad de las partes, ilustrará a los interesados del alcance del negocio, evacuará las dudas y constatará su nivel de entendimiento. ARÉVALO agrega que «la valoración del estado de lucidez de los otorgantes del acto notarial integra ese conjunto de acciones preventivas, con la particularidad de que principia en la primera audiencia (o entrevista) y solo concluye una vez autorizado el documento», asistida de las informaciones registrales pertinentes, siempre partiendo de la premisa de que la capacidad de obrar constituye una presunción *iuris tantum*.⁵⁹

La calificación que haga el funcionario o profesional jurídico de la comprensión suficiente del acto por parte del titular, deberá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren y en especial las siguientes: 1) la intensidad de los apoyos recibidos, pudiendo solicitar el incremento de los mismos; 2) la trascendencia económica del acto; 3) la previa consumación de las prestaciones; 4) la constitución de obligaciones futuras a cargo de la persona con discapacidad, y 5) la opinión de la contraparte, si la hubiera. [...] El notario debe tener una inmediatez con la persona discapacitada y si su capacidad natural lo permite, recabará su consentimiento.⁶⁰

59 ARÉVALO, Enrique Jorge. «La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 9, n.º 36, 2015, p. 82.

60 LARA-TAMAYO RODRÍGUEZ. Ob. cit., pp. 55-56.

Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo a la persona con discapacidad

A la Unión Internacional del Notariado Latino le ha preocupado desde hace tiempo esta problemática, fruto de la cual dictó una recomendación en la asamblea de los ochenta y siete notariados miembros de la Unión, que se reunió en Buenos Aires el 1.10.2018. Allí, se realizó la figura del notario como prestador de *apoyo institucional* a la persona con discapacidad; se buscó reforzar el juicio de capacidad o de discernimiento que realiza el notario en cada acto notarial, como medio de garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad. Se reforzó la figura del notario como la autoridad que vela por la existencia de salvaguardas que impidan el abuso e influencia indebida y que, a su vez, garanticen el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. La intervención notarial puede garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad.

El Ministerio de Justicia de Colombia recomienda lo siguiente, en el marco del derecho notarial: garantizar rampas adecuadas para el ingreso a las notarías; buscar la posibilidad de garantizar intérpretes en lengua de señas (en este caso, la uruguaya); enviar documentos de forma digital en formato Word para una persona con discapacidad visual que usa lector de pantalla; dedicar, si es necesario, más tiempo con las personas con discapacidad para asegurar que la información que reciban esté siendo bien entendida; realizar la atención en un lugar que no genere estrés, y utilizar un lenguaje menos técnico y más simple, entre otras.

CONCLUSIONES PROVISORIAS

En el prólogo del Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud, Stephen HAWKING manifestó que la discapacidad no debería ser un obstáculo para el éxito. Él mismo sufrió durante casi toda su vida adulta de una neuropatía motora y no por ello dejó de desarrollar una destacada carrera profesional como astrofísico y de tener una feliz vida familiar. Reconoció que ha tenido suerte, pues su carrera le ha otorgado un trato humano especial, del que carecen muchas personas, por lo que aconseja luchar por suprimir cualquier obstáculo que impida la realización personal.

Del desarrollo de los análisis realizados, puede apreciarse la orfandad y el carácter algo cartesiano que presenta nuestro Código Civil en relación con el nuevo enfoque sobre la capacidad como un derecho humano fundamental. Basta observar la diferencia abismal existente entre nuestro Código y el Código Civil y Comercial de Argentina: en el primero, debemos buscar el tema bajo estudio en «Obligaciones», en los artículos 1279 a 1281, o respecto de los testamentos; en tanto, el segundo dedica todo el título primero a la *persona humana* (43 artículos), regulando el comienzo de la

existencia; la capacidad; las restricciones a la capacidad; los sistemas de apoyo; el cese y las restricciones a la capacidad; la inhabilitación, y los derechos y actos personalísimos.

Esta comparación marca la urgencia de una adecuación de nuestro Código a los nuevos tiempos, en especial, tomando en consideración que hemos ratificado una Convención (la del año 2006, sin perjuicio de otras que tocan temas similares), que ya se ha incorporado al bloque de constitucionalidad y presiona para que el cambio en el derecho interno se produzca a la mayor brevedad. Se ha hablado de un paulatino vaciamiento del Código Civil a favor de leyes especiales dotadas de principios generales y soluciones propias y acotadas a su campo de acción.⁶¹ De no remozarse nuestro viejo código de 1868, la prescindencia de atacar estos temas tan fundamentales, basados en la centralidad del hombre en la regulación del derecho privado, significará un golpe de muerte a la pretendida aplicación general de los principios de derecho privado contenidos en nuestra Constitución. Esa adecuación se habrá de llevar a cabo de un modo singular e inédito, basado en el aforisma latino *Nihil de nobis, sine nobis* («Nada sobre nosotros sin nosotros»).

61 RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge. «Código Civil y dispersión legislativa». En *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 29, 2011, pp. 229-253.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHOTEGUI, Joseba. «Emigrar en situación extrema: el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (síndrome de Ulises)». En *Norte de Salud Mental*, n.º 21, 2004, pp. 39-52.
- ADROHER BIOSCA, Salomé. «La protección de adultos en el derecho internacional privado español: novedades y retos». En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71/1, enero-junio de 2019, pp. 163-185.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia. «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)». En *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15 (ene.-dic. 2001), pp. 7-39.
- ÁLVAREZ TORNÉ, María. *La protección internacional de adultos. El encaje de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE*. En *Working Paper*, n.º 3, 2016, pp. 1-8 (Universitat de Barcelona). Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106468/1/WP_2016_3.pdf>.
- ARÉVALO, Enrique Jorge. «La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 9, n.º 36, 2015, pp. 61-88.
- 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 BARIFFI, Francisco José y PALACIOS, Agustina (coords.). *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- BALIERO DE BURUNDARENA, María de los Ángeles. Sistemas de protección en torno a las personas vulnerables. Las figuras de la representación y la asistencia a la luz del nuevo Código Civil y Comercial». En *Actualización del Código Civil y Comercial comentado*, Santa Fe: s. e., 2017, pp. 1-24.
- BARATTA, Roberto. «Derechos fundamentales y derecho internacional privado de familia». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVI, 2016, pp. 103-126.
- BARIFFI, Francisco José. «Cinco reflexiones para traducir el paradigma de la capacidad jurídica en el derecho civil argentino». 2.º panel: «Los desafíos de la aplicación efectiva del art. 12. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad». Argentina, 2014.
- *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Getafe: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014.
- BARRANCO, María del Carmen, et al. «Capacidad jurídica y discapacidad: el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad». En *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 2012, pp. 53-80.
- BENAVIDES LÓPEZ, Álvaro Fernando. *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Getafe: s. e., diciembre de 2013.

- BENÍTEZ CAORSI, Juan J. «La existencia mínima como derecho fundamental». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, n.º 48, 2017, pp. 831-838.
- BLENGIO, Juan E. «Anatomía de la discordia de un gran juez. La estructura de la sentencia y su contenido. Interpretación judicial. Reflexiones a modo de comentario de jurisprudencia». En *Revista Judicatura*, n.º 43, abril de 2005, pp. 21-55.
- BLONDEL, Marion. «La personne vulnérable en droit international». Tesis. Université de Bordeaux, 2015.
- BÓRQUEZ, Gladys, *et al.* «La evaluación de la “capacidad de la persona”: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado». *Revista Médica de Chile*, n.º 132, 2004, pp. 1243-1248.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio. «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad». En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, vol. 155, n.º 8, setiembre de 2016, pp. 2004-2005.
- CAPELLA Y PONS, Francisco. «De los derechos civiles de la senectud». En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, año 11, n.º 1, 1904, pp. 19-22.
- CAPURRO CALAMET, Federico. «Temas relacionados con la incapacidad de las personas». En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n.º 68 (tomo conmemorativo del 75.º aniversario), 1969, pp. 65-78.
- CAROZZI FAILDE, Ema. «Capacidad disminuida. Su problemática». Trabajo presentado en el seminario organizado sobre el tema. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1 a 2 de noviembre de 1997. En CAROZZI FAILDE, Ema, y MARTÍNEZ, Elena. *Capacidad disminuida. Su problemática*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1998, pp. 11-24.
- COLEF, Gabriela. «Funciones del asesor de los menores de edad». En *Revista de Derecho de Familia*, n.º 61, septiembre de 2013 (cita online: AR/DOC/6214/2013).
- COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (COPREDEH), *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Versión comentada*. Guatemala, 2011.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observación general del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), sobre la necesidad de interpretar el art. I.2, inciso B) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Disponible en: https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Comite-_CEDDIS-_1er_reunion_extraord_-_Mayo_2011.pdf [Consultado: 24.9.2021].
- CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación n.º R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección de los mayores incapacitados*.
- COUR DE COMPTES. *La protection juridique des majeurs*. Septiembre de 2016, pp. 21 y ss. Disponible en: <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/>

- EzPublish/20161004-rapport-protection-juridique-majeurs.pdf 2016 [Consultado: 23.9.2021].
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español». En *Derechos y Libertades*, segunda época, n.º 24, enero de 2011, pp. 221-257.
- DE ASÍS ROIG, Rafael. *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidades, educación, derecho y poder*. México: UNAM, 2006, pp. 1-15.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma. «Personas con discapacidad y libertad para testar». En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12, febrero de 2020, pp. 448-471.
- DHANDA, Amita. «Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 5, n.º 8, 2008, pp. 43-59.
- DÍAZ SIERRA, María del Carmen. *Semi incapacidad, inhabilitación, semi interdicción: efectivización de los derechos humanos en el derecho civil de las personas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- «Capacidad de goce y de ejercicio. Una revolución copernicana. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Protocolo Facultativo. Eliminación de las diferencias entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de ejercicio o de obrar». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 48, 2017, pp. 807-815.
- «Una primera lectura sobre la ley 18.661: el derecho a la vivienda de las personas discapacitadas —derecho fundamental— ¿a través de bien de familia y derecho de habitación?». En *Revista Jurídica Regional Norte*, año 5, n.º. 6, s/f., pp. 45-60.
- DIMENSTEIN, Magda. «La reforma psiquiátrica y el modelo de atención psicosocial en Brasil: en busca de cuidados continuados e integrados de salud mental». En *CS*, n.º 1, enero-junio de 2013, pp. 11-43.
- DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA. *La incapacitación: garantía de protección de los derechos de las personas mayores*. San Sebastián: Departamento para la Política Social de Guipúzcoa, 2003 (col. Bizitzen Lagundu, 3).
- DUTHEIL-WAROLIN, Lydie. «La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé» (tesis). Limoges: Université de Limoges, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 2004.
- ECHEZARRETA, Mayte, y RODRÍGUEZ, Ángel. «La protección de los gerontoinmigrantes comunitarios en España». En *Revista de Derecho de la UW*, n.º 11, 2.º semestre de 2006, pp. 27-44.
- EYRAUD, Benoît. *Les protections de la personne à demi capable. Suivis ethnographiques d'une autonomie scindée*. París: École des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), 2010.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Capacidad, discapacidad, incapacitación, modificación judicial de la capacidad». En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 23, 2011, pp. 53-81.

- FRANZINA, Pietro. «La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVI, 2016, pp. 27-148.
- GAMARRA, Jorge, y BLENGIO, Juan. *Tratado de derecho civil uruguayo*, 5.^a ed., tomo X. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- GUILLAUME, Florence, y DUREL, Bastien. *La protection internationale de l'adulte*. Neuchâtel: Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de Droit de la l'Université de Neuchâtel, 2012.
- HOWARD, Walter. *Incapacidad e inhabilitación: incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2005.
- «Interdicción total y parcial: incapacidad e inhabilitación». En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 13, s/f., pp. 91-106.
- «Los nuevos paradigmas en materia de incapacidad intelectual». En *Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo III, s/f., pp. 127-142.
- KARJALAINEN, Katja. *Ancianos, movilidad y derecho internacional privado. El punto de vista de la UE*. En *Working Paper*, n.º 2, 2016 (Universitat de Barcelona). Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104557/7/WP_2016_2.pdf.
- LAS HERAS, Leonor. *La discapacidad en el espejo y en el cristal: derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia. Artículo 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un camino previo para recorrer*. Madrid: CERMI, 2016.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. «Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile». En *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXII, n.º 1, junio de 2019, pp. 117-137.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús. «El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos». En *Revista de Derecho Privado*, año 83, n.º 4, 1999, pp. 296-320.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro. «Comparecencia de una persona con discapacidad ante notario». En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IX, n.º 28, julio-diciembre de 2015, pp. 7-60.
- MARCHADIER, Fabien. *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruselas: Bruylant, 2007.
- MARTÍNEZ, Elena. «Capacidad disminuida. Su problemática». Trabajo presentado en el seminario organizado sobre el tema. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1 a 2 de noviembre de 1997. En CAROZZI FAILDE, Ema, y MARTÍNEZ, Elena. *Capacidad disminuida. Su problemática*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1998.
- MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Hacia una nueva visión de la función notarial. El notario como garante del proyecto de vida de la persona*. Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2016.
- MERCANT LANDEIRA, Manuel. «El juicio de incapacidad y el nuevo Código». En *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, tomo 28, 1991, pp. 25-34.

- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (MIDES) Y (PROGRAMA NACIONAL DE DISCAPACIDAD) (PRONADIS). *Uruguay y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Texto completo. Primer informe país.*
- MINJUSTICIA. *Capacidad legal de las personas con discapacidad.* Bogotá: Minjusticia. Disponible en: <<https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/PublicacionesMinJusticia/Capacidad%20legal%20DISCAPACIDADv3.0.pdf>> [Consultado: 24.9.2021].
- *Capacidad jurídica y derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho notarial.* Bogotá: Minjusticia y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto. «La protección de las personas con discapacidad en el derecho internacional: especial referencia a las situaciones que implican la intervención de varios Estados». En *MEDIC*, vol. 21/2, 2013, pp. 52-60.
- «Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces». En *Persona y Derecho*, n.º 72, 2015, pp. 287-300.
- NAVARRO FLORIA, Juan G. «Los derechos personalísimos». En LAFERRIÈRE, Jorge. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial.* Buenos Aires: El Derecho, 2012, pp. 107-116 (Pontificia Universidad Católica Argentina).
- NOGUÉRO, David. *Vulnérabilité et aptitude.* Disponible en: <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Aptitude/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9%20et%20aptitude_Nogu%C3%A9ro.pdf> [Consultado: 24.9.2021].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay.* Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de agosto de 2016.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe mundial sobre la discapacidad*, 2011.
- PAGANO, Luz María. «Los distintos tipos de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica». Trabajo presentado en el II Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos. La Plata, 7 y 8 de septiembre de 2017.
- «Yo voto, tu votas, él vota... ¿todos votamos?». En *Diario DPI. Suplemento Civil. Bioética y Derechos humanos*, n.º 35, 20 de marzo de 2018.
- PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: Cinca, 2008.
- y BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: Cinca, 2007.
- PIAGGIO, Eduardo. «Capacidad disminuida. Su problemática». En *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Universidad Católica del Uruguay), n.º 19, s/f., pp. 35-39. (serie Congresos y Conferencias: seminario de 1 y 2 de noviembre de 1997).
- PLOVANICH DE HERMIDA, María Cristina. *La representación de niños, niñas y adolescentes: una mirada del aspecto patrimonial* (cita online: AR/DOC/5652/2013).

- PUGLIESE, Leticia. «Derechos humanos de los adultos mayores. El camino hacia su reconocimiento universal». En *Comentarios de Seguridad Social*, n.º 25, octubre-diciembre de 2009, pp. 47-63.
- QUINN, Gerard, y DEGENER, Theresia. *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2002.
- RAMÍREZ, Juan Andrés. «Incapacidad natural en diferentes ámbitos del derecho. La supuesta capacidad *ope legis* del art. 439 CC». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, n.º 37, 2006, pp. 661-673.
- RAMOS CABANELLAS, Beatriz. «Capacidad de los adultos mayores o ancianos». En *Estudios Jurídicos*, n.º 6, 2009, pp. 149-168.
- RAOUL-CORMEIL, Gilles. «La protection des malades mentaux par le droit civil». En *Centre de Recherche en Droit Privé*, n.º 12, 2014, pp. 59-72.
- RICHEZ-PONS, Anne. *La residence en droit international privé: (conflits de jurisdictions et conflits de lois)*. Lyon: Université Jean Moulin-Lyon III, 2004.
- RODRIGUES, Sophie. *Le droit international privé français en matière de protection juridique des majeurs*. Ministère de la Justice. Disponible en: <https://docplayer.fr/23720617-Le-droit-international-prive-francais-en-matiere-de-protection-juridique-des-majeurs.html> [Consultado: 24.9.2021].
- RODRÍGUEZ COLLADO, Margarita del Carmen, y PÉREZ FUENTES, Gisela María. «La curatela y la tutela ante la nueva concepción de la discapacidad: un acercamiento a los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México». En *Cuestiones de Interés Jurídico*, febrero de 2018, pp. 1-28.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis. *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*. Santiago de Chile: CEPAL-Naciones Unidas, 2010.
- «La eficacia internacional de las declaraciones de libertad anticipada de acuerdo a la nueva legislación de Uruguay». En *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, n.º 3, 2013.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. «Una Convención oportuna para actualizar la protección internacional de los adultos». En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 19, 2006, pp. 165-184
- *Minoridad y ancianidad en el mundo actual: un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital*, 2º ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012.
- «Un enfoque de derecho internacional privado que rejuvenece el tratamiento tradicional hacia el adulto mayor». En OYARZÁBAL, Mario (coord.) *Derecho procesal transnacional. Homenaje al profesor doctor Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ábaco, 2012, pp. 407-436.
- *Derechos humanos y derecho internacional privado (un análisis de su influencia recíproca)*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2018.
- «El derecho de los menores de edad a la autodeterminación». En *Revista Crítica del Derecho*, n.º 15, 2018, pp. 1011-1049.

- «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*, n.º 1-12 (ene.-dic. 2019), pp. 63-103.
- «¿Es posible la conciliación o un acercamiento entre el iusnaturalismo, iuspositivismo y neoconstitucionalismo?». En *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n.º 12, junio de 2020.
- «La declaración de voluntad anticipada: los enfoques en la ley n.º 18.473 de 17 de diciembre de 2009 y en derecho internacional privado comparado». En *Revista Crítica del Derecho*, s/f., pp. 1089-1106.
- SKLIAR, Carlos. *¿Y si el otro no estuviera ahí? Notas para una pedagogía (improbable) de la diferencia*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2002.
- TONOLO, Sara. «Protezione degli adulti (dir. int. priv.)». En *Treccani. Diritto online*, 2013. Disponible en: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/protezione-degli-adulti-dir-int-priv_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/protezione-degli-adulti-dir-int-priv_(Diritto-on-line)/)> [Consultado: 24.9.2021].
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO (UINL). *Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad*. Buenos Aires: Asamblea de Notariados Miembros de la UINL, 1 de octubre de 2018. Disponible en: <<https://patricionotario.files.wordpress.com/2019/03/anm-buenos-aires-resolucic3b3n.pdf>> [Consultado: 24.9.2021].
- *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública*. Comisión de Derechos Humanos de la UINL. Disponible en: <https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec> [Consultado: 24.9.2021].
- VALENTE, Luis Alberto. «Derechos personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación». En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, noviembre de 2014.
- VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea, et al. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos». En *CES Derecho*, vol. 8, n.º 1, 2017, pp. 33-21.
- VARELA DE MOTTA, María Inés. «Interdicción e inhabilitación judicial. Sentencia n.º 310 de 2 de setiembre de 1993, dictada por la Sra. Juez Lto. en lo Civil Dra. Diver Rial de Nin». En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 9, 1994, pp. 27-35.
- VAZ FERREIRA, Eduardo. «Incidencia en el derecho civil del Código General del Proceso». En *Anuario de Derecho Civil*, tomo 20, 1989.
- VELOSO GIRIBALDI, Natalia. «Nuevo marco jurídico de la salud mental en Uruguay. Ley n.º 19.259 de 19 de setiembre de 2017». En *Revista de Derecho Público*, año 27, n.º 54, diciembre de 2018, pp. 101-120.
- VÉSCOVI, Enrique. «Modificaciones al proceso de incapacidad por el nuevo Código General del Proceso». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 24, 1993, pp. 651-660.
- VILLARREAL LÓPEZ, Carla. *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela. Lineamientos para la reforma del*

- Código Civil para la implementación del sistema de apoyos en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. Disponible en: <<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5259>> [Consultado: 24.9.2021].
- VILLARREAL MARTÍNEZ, Mónica. «La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe». En *Población y Desarrollo*, n.º 64, diciembre de 2005.
- WAUTELET, Patrick. «La gestion du patrimoine de l'incapable délocalisé. Quelques leçons à l'attention de la pratique». En *Chroniques Notariales*, vol. 53/2, 2011.
- WEINDENSLAUFER, Christine, y TRUFFELLO, Paola. *Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica*. Santiago de Chile: Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, junio de 2019, pp. 1-39.
- YGLESIAS, Arturo. «Juicio de incapacidad. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno». En *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 9, s/f.