

La capacidad jurídica ante el cambio de paradigma*

por Carolina Morales Bresó**

Este trabajo en el que se analizará la capacidad jurídica de los sujetos ante el cambio de paradigma, cambio que ha tenido lugar primordialmente en las últimas décadas, constará de tres grandes partes, a saber:

- *Introducción.* A modo introductorio se proporcionará, muy escuetamente, un marco teórico correspondiente al tema objeto de análisis.
- *Objetivos generales.* Se analizará cómo se ha regulado históricamente y cómo se encuentra regulada hoy, tanto a nivel de derecho comparado como de derecho nacional, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; se hará especial énfasis en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006, y su protocolo facultativo.
- *Objetivos específicos.* Se sugerirán medidas para que nuestro país esté en consonancia con la Convención y su protocolo, ratificados por las leyes 18.418, de 20 de noviembre de 2008, y 18.766, de 15 de julio de 2011.

* Trabajo distinguido con el segundo premio en el concurso «La capacidad jurídica ante el cambio de paradigma: con especial referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 23 de diciembre de 2006, y su protocolo facultativo, ratificados por Uruguay por leyes 18.418 y 18.776», organizado por la Asociación de Escribanos del Uruguay durante los meses de abril y mayo de 2021.

** Escribana pública egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en 2018. Desde entonces y hasta diciembre de 2020, pasante en la Intendencia Departamental de Montevideo como redactora de pliegos para licitaciones abreviadas y públicas. Actualmente, en el ejercicio libre de la profesión.

1. INTRODUCCIÓN: MARCO TEÓRICO

Debe comenzarse este trabajo haciendo referencia a qué se entiende por *capacidad*. Muchos autores la definen como la aptitud legal de una persona para la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles; esto es, la idoneidad de toda persona de ser sujeto de derechos y de hacerlos valer por sí mismo.

Si bien la capacidad es una sola, corresponde precisar que en ella encontramos lo que algunos autores nacionales y extranjeros han denominado «dos grados» o «dos grandes grupos»: el de la *capacidad jurídica* o *de goce*, y el de la *capacidad de ejercicio* o *de obrar*.

La *capacidad jurídica* o *de goce* es la capacidad que tiene todo ser humano, desde su nacimiento —incluso desde la concepción, para los efectos que le sean favorables—, por el mero hecho de serlo. Esta no podrá ser suprimida ni limitada sino por causa de muerte. Se trata de un concepto que ha sido escasamente recogido en los instrumentos internacionales de derechos humanos; como consecuencia de ello, su definición ha sido tradicionalmente reservada a la jurisdicción interna de los Estados. En nuestro derecho, esta capacidad se reconoce, en general, a todas las personas físicas y jurídicas (C. Civil, art. 21).

Por su parte, la *capacidad de ejercicio* o *de obrar* es aquella que se requiere para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos u obligaciones específicas, como pueden ser otorgar un testamento, comparecer en calidad de testigo, intervenir en calidad de fiador, contraer matrimonio o ser constreñido a la devolución de un préstamo. Esta capacidad es la que da lugar a la distinción de las personas en *capaces* e *incapaces*. De este modo, entonces, cuando hablamos de *incapacidad* nos referimos a la ausencia de esta capacidad de obrar, ausencia que ha llevado a la creación de diversos institutos —patria potestad, tutela, curatela— tendientes todos ellos a resguardar al incapaz en la proyección jurídica y económica de sus actos, así como a los terceros que se relacionen con él.

Por otra parte, es importante, ya desde el comienzo del presente trabajo, distinguir los conceptos de *capacidad* e *incapacidad* del concepto de *discapacidad*.

Actualmente, cuando hablamos de *discapacidad* nos referimos al resultado de la interacción entre alguna diversidad funcional que pueda tener una persona y las barreras que la sociedad en la que vive le genera, lo que le impide el ejercicio efectivo de sus derechos. Esto significa, entonces, que la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por impedimentos que pueden ser sociales, físicos, actitudinales o jurídicos.

En nuestro derecho, la ley 18.651 implementa una protección integral para estas personas y proporciona, además, un concepto de *discapacidad*. Así, en el artículo 2.º se establece:

Se considera con discapacidad a toda persona que padezca o presente una alteración funcional permanente o prolongada, física —motriz, sensorial, orgánica, visceral— o mental —intelectual y/o psíquica— que con relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

2. OBJETIVO GENERAL: ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) y su protocolo facultativo fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006.

Según la mencionada convención, los derechos humanos para las personas discapacitadas incluyen: el derecho a la no distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en su condición de discapacidad; el derecho a la igualdad de oportunidades; el derecho a una completa igualdad y protección ante la ley; el derecho a un alto estándar de salud para un tratamiento médico, psicológico y funcional (de igual manera, a una rehabilitación médica y social, y otros servicios necesarios para el máximo desarrollo de las capacidades, habilidades y autoconfianza); el derecho a trabajar, de acuerdo con sus capacidades y a recibir salarios que contribuyan a un estándar de vida adecuado; el derecho a ser tratado con dignidad y respeto.

El artículo 1.º de la CDPD ha definido lo que se entenderá por *discapacidad*. No obstante, para una interpretación sistemática del texto bajo análisis no solo debe leerse el artículo 1.º, sino también el preámbulo de la CDPD; allí se reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo entiende la CDPD, según el artículo 1.º, que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

A partir de las disposiciones transcriptas puede expresarse que ya desde el comienzo de esta Convención se desprende un innegable avance en materia de reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad, puesto que, tal y como surge de lo antes mencionado —y del artículo 12, el cual nos dedicaremos a analizar más adelante—, dicha Convención recoge el denominado «modelo social de discapacidad». Según tal modelo, no son las personas las que tienen que cambiar para poder merecer el «atributo» de la capacidad jurídica, de manera que puedan ser privadas de ella y sustituidas por un tercero en la toma de sus decisiones cuando no consiguen superar sus «deficiencias»: es esta construcción social la que

debe adaptarse a la situación de las personas con discapacidad. Considera además que las personas con discapacidad tienen tanto para aportar a la sociedad como aquellas que no lo son. Es decir, según los defensores del modelo social, el problema radica en que es la sociedad quien tiene sus propias limitaciones al no ser capaz de asegurar que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Vemos, entonces, que la Convención deja de lado dos modelos de la capacidad que históricamente han existido: el *modelo de prescindencia* y el *modelo médico o rehabilitador*.

En el *modelo de prescindencia* —Antigüedad y Edad Media—, tal como lo indica su nombre, la actitud más común hacia la discapacidad era la prescindencia; ya sea por haber recibido las personas con discapacidad un castigo de los dioses o bien por considerarse que dichas personas no tenían nada que aportar a la comunidad, se asumía que sus vidas carecían de sentido y que, por lo tanto, no valía la pena que la vivieran.

Esta concepción hacia las personas con discapacidad fue «evolucionando», y a principios del siglo XX, a raíz de la Primera Guerra Mundial y de la introducción de las primeras legislaciones en torno a la seguridad social, el concepto de *discapacidad* comienza un cambio de paradigma. Aparece así lo que ha sido denominado *modelo médico o rehabilitador*. Tal modelo se basa en dos presupuestos: en primer término, las causas de la discapacidad ya no son religiosas, sino científicas; en segundo lugar, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad y, siempre que sean rehabilitadas, pueden tener algo que aportar.

El objetivo del modelo médico es curar a la persona discapacitada o bien modificar su conducta con el fin de esconder la diferencia y, de ese modo, incorporarla a la sociedad. Pese a que este intento parece bienintencionado, ha recibido dos importantes críticas: la primera, que el tratamiento se lleva a cabo a través de la institucionalización, que, las más de las veces, termina transformándose en una instancia de marginación y maltrato; la segunda, que contribuye a la creación de una identidad en la que el discapacitado se define por su enfermedad.

No obstante dichos cuestionamientos, existen dos aspectos por los cuales el modelo médico debe ser valorado. Primero, cabe destacar que con el paradigma de rehabilitación, los Estados comienzan a hacerse cargo de aquellos ciudadanos que poseen diversidades funcionales; surgen así políticas públicas tendientes a poner los tratamientos médicos y los medios técnicos al servicio de las personas con discapacidad. Esto deriva en una segunda consecuencia: aunque supeditada a la rehabilitación, la vida del discapacitado adquiere sentido.

Análisis pormenorizado del artículo 12

El artículo 12 de la Convención refleja la aplicación de la filosofía propia del *modelo social* de la discapacidad en el ámbito de la capacidad jurídica; con ello se marca un antes y un después en lo que tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

El artículo 12 reafirma que «todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica» (inciso 1.º). Además, obliga a los Estados parte a: reconocer que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (inciso 2.º); adoptar «todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (inciso 3.º); asegurar «que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos» (se especifican algunas de ellas; inciso 4.º); y, finalmente, garantizar el acceso de las personas con discapacidad a una serie de ámbitos patrimoniales en los que tradicionalmente han visto vulnerada su igualdad de oportunidades (inciso 5.º).

Podemos decir, entonces, que el artículo 12 es el resultado de la interacción del principio de igualdad y no discriminación con el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica. El reconocimiento de tales principios requiere, en efecto, que se erradiquen las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones. Se pasa así al *modelo de apoyo* en la toma de decisiones.

Corresponde aclarar que todo esto no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones —por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona— la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una *acción de sustitución*. En todo caso, esta acción de sustitución se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y no debido a discapacidad, y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad.

Entonces, nos preguntamos: ¿en qué consiste este modelo de apoyo en la toma de decisiones de las personas con discapacidad?

De lo que se trata, mediante la instauración de este nuevo sistema, es de analizar la situación de la persona y establecer las medidas necesarias —que pueden consistir en el apoyo de un tercero— para que esta pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Se trata de un modelo complejo que no puede consistir simplemente en reemplazar, por ejemplo, el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales. Por el contrario, tal modelo exige instaurar —promover, al menos— la creación de diversas figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal; adaptar o reemplazar otras instituciones

legales; establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones; desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo; dotar de recursos materiales, humanos y financieros, etcétera. El funcionamiento adecuado de este sistema debe involucrar, además, a toda la sociedad. El Estado y sus diferentes autoridades y funcionarios —no solo jueces y fiscales, sino también médicos y notarios, entre otros profesionales, además de diferentes agentes y operadores privados— deben velar por el buen funcionamiento del sistema de apoyo. Asimismo, deben existir mecanismos para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en base a la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

Además, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona; debe ser capaz de adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales, y tener en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado.

Es importante destacar que se ha establecido que el Estado tiene la obligación de facilitar la creación de este apoyo.

Características de las medidas de apoyo

Las medidas de apoyo deben caracterizarse por su *amplitud*; por tanto, deben proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse —con las debidas revisiones— mientras sean necesarias.

Además, deben ser *respetuosos con los derechos*, esto es, el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Más aún, el apoyo es un mecanismo para posibilitar el ejercicio de estos derechos.

Los mecanismos de apoyo, por tanto, deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con el *ejercicio de derechos fundamentales*. Las personas con discapacidad —quizá también personas en otras situaciones— deben contar con apoyo para ejercer el derecho al voto, al acceso a la justicia, a contraer matrimonio, a decidir sobre tratamientos médicos, etcétera. En todo caso, y dada la relevancia de la materia afectada, deben establecerse especialmente en este ámbito garantías adecuadas. Finalmente, el sistema de apoyo debe estar «salvaguardado», exigencia a la que se refiere, precisamente, el apartado 4.º del artículo 12.

3. OBJETIVO ESPECÍFICO: SUGERENCIA DE MEDIDAS PARA ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CDPD AL MODELO DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES CONSAGRADO POR ELLA

Se trata de un tema que ha sido objeto de estudio por distintos operadores jurídicos, puesto que la CDPD supone una auténtica revolución respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica en las legislaciones nacionales. Esta revolución suele sintetizarse en el paso del modelo de sustitución en la toma de decisiones, que parte de la configuración tradicional del sistema de incapacitación o interdicción, a un nuevo modelo de apoyo o *de asistencia* en la toma de decisiones que trata de hacer realidad la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (y con ello, en el ejercicio de sus derechos).

Adaptar la normativa interna a lo establecido por la CDPD es un deber de los Estados parte que la propia Convención les ha puesto. Es decir, dichos Estados parte tienen el deber de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y de proporcionar el acceso a los apoyos necesarios, así como de garantizar las salvaguardias que impidan abusos en su ejercicio (art. 12). Como sostiene la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad DEVANDAS AGUILAR, la capacidad jurídica es considerada un atributo universal inherente a las personas en su condición de tales, por lo que negar la legitimación para actuar a una persona afectaría su condición de persona ante la ley.

En los últimos tiempos se ha tratado de que la legislación comparada reforme y adapte su normativa interna a la nueva concepción de la capacidad de las personas con discapacidad. Entre los países que han dado lugar a tales reformas podemos destacar a Costa Rica, Irlanda y Perú.

Costa Rica

En virtud de las recomendaciones en 2014 del Comité de la CDPD a Costa Rica, se promulgó en dicho país en 2016 —esto es, ocho años después de haber ratificado la Convención— la ley 9.379 para la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad. Su objetivo es promover y asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal, para lo que establece las figuras del garante para la igualdad jurídica de tales personas y la asistencia personal humana, entre otras medidas.

Irlanda

El gobierno irlandés firmó la CDPD en 2007, pero la ratificó en marzo de 2018. En el período intermedio, el presidente Michael D. HIGGINS promulgó la ley de toma de decisiones (capacidad) asistida, en diciembre de 2015. Esta ley, que crea un nuevo sistema para ayudar a las personas a tomar decisiones, deroga la «Ley de Locura», de 1871, que había establecido el sistema de las tutelas judiciales. Esta nueva norma significó un cambio cultural innovador; proporcionó el marco legal para que las personas reciban ayuda y apoyo para tomar decisiones sobre su salud, bienestar y propiedad, en acuerdos legalmente vinculantes, asistencia particularmente necesaria cuando la persona carece o puede carecer de la capacidad para tomar tales decisiones por sí misma. También establece nuevos arreglos para quienes ejercen tutela judicial y para las personas que desean hacer un poder notarial duradero.

La ley en estudio define *capacidad* como «capacidad de toma de decisiones», es decir, la de comprender la naturaleza y las consecuencias de la decisión que una persona deba tomar en el contexto de sus opciones disponibles en ese momento. Por tanto, las disposiciones de la nueva ley no se limitan a las personas con discapacidad, sino que se aplican a cualquier persona adulta cuya capacidad de toma de decisiones se encuentre en «cuestión». La capacidad de toma de decisiones se presume, pero puede demostrarse su falta utilizando una prueba funcional de evaluación.

Perú

En Perú, el reconocimiento legal de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se concretó con la ley 29.973, «Ley General de la Persona con Discapacidad», promulgada en diciembre de 2012 y reglamentada en abril de 2014.

Dicha ley, en su artículo 9.1, reconoce que la persona con discapacidad «tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás», y encomienda al Código Civil regular los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que la persona requiera para la toma de decisiones. En particular, se detallan los derechos que el Estado debe garantizar a la persona con discapacidad, en el ámbito patrimonial y en el personal, tales como el derecho a la propiedad; a la herencia; a contratar libremente; a acceder a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero; a contraer matrimonio, y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.

Además, la ley 29.973 establece, por primera vez en una norma interna del Estado peruano, el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad (art. 11), así como el derecho a la participación en la vida política y pública (art. 12).

Medidas sugeridas para que nuestro país esté en consonancia con la CDPD y su protocolo

Sin perjuicio de la situación en la que se encuentran los países antes mencionados, lo cierto es que en la mayoría de los Estados parte de la CDPD, incluido el nuestro, la reforma de la legislación en materia de capacidad jurídica y la implantación del modelo de apoyo sigue siendo una cuestión pendiente.

Posiblemente sean varias las razones que explican el escaso avance en este terreno. En primer lugar, el cambio de modelo que propugna el artículo 12 de la Convención afecta a la regulación de materias de gran tradición jurídica y consolidadas en algunos sectores del ordenamiento jurídico —como sucede paradigmáticamente con la incapacitación y la interdicción— que se muestran de por sí especialmente resistentes a los cambios. En segundo lugar, esta modificación se proyecta en normas que se presentan y contemplan como orientadas a la «protección» de las personas con discapacidad, por lo que su reforma es vista con desconfianza desde algunos sectores del movimiento de personas con discapacidad y por algunos actores relevantes en el funcionamiento del actual sistema, quienes si bien se muestran críticos con él —al menos con algunos aspectos de su funcionamiento en la práctica—, temen que un nuevo modelo que reemplace completamente al anterior pueda conllevar desamparo y desprotección de las personas con discapacidad. En tercer lugar, la puesta en marcha del nuevo sistema exige, como se señaló, dotar de medios materiales y humanos, lo que en el momento actual, marcado por la crisis económica, se antoja complicado.

No obstante las grandes limitaciones recién señaladas, resulta esencial plantear una reforma equilibrada que tenga como principio rector la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.

A continuación, y cumpliendo así con el objetivo específico propuesto al principio de este trabajo, nos enfocaremos en sugerir una serie de medidas necesarias para que nuestro país comience a adoptar, poco a poco, el modelo de apoyo en la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad.

Primero que nada, corresponde destacar que nuestra ley reconoce en todas las personas —mayores o menores; varones o mujeres; solteros, casados, viudos o divorciados; orientales o extranjeros— igual aptitud para el goce de sus derechos civiles. Esto es, todas las personas tienen capacidad de goce desde que nacen hasta que mueren, y todas las personas tienen la misma amplitud de posibilidades en cuanto al goce de los derechos civiles. Dicha capacidad es la regla, y la incapacidad, la excepción.

Cuando tiene lugar la incapacidad, nuestro Código Civil reconoce tres institutos para la protección de dichos sujetos, a saber: la *patria potestad*, la *tutela* y la *curatela*.

Patria potestad. Nuestro Código Civil la define como «el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad» (art. 252). Se trata de un conjunto de derechos y deberes que la ley concede e impone a ambos padres sobre la persona y los bienes de cada uno de sus hijos menores de edad no emancipados ni habilitados por matrimonio a fin de que aquellos cumplan con sus obligaciones de padres.

Tutela. Su definición legal se encuentra en el artículo 313 del Código Civil. Puede decirse que se trata de un instituto que suple a la patria potestad en todos aquellos casos en que siendo esta necesaria, debido a la minoridad de las personas, falta quien la desempeñe. Tiene por objeto la guarda —cuidado y defensa— de la persona y los bienes del menor, sano o mentalmente enfermo, que no está bajo potestad de ninguno de sus progenitores ni se halla habilitado legalmente para administrar su patrimonio. La tutela es un antiguo mecanismo, construido sin consultar a las personas con discapacidad, y desde donde se asume que algunas personas no tienen la capacidad necesaria para la toma de decisiones jurídicamente vinculantes.

Curatela. El tercer y último de los institutos de protección de los incapaces de que trata nuestro Código Civil es el de la curatela. En todos los tiempos, el legislador sintió la necesidad de proteger la persona y los bienes de los incapaces mayores de edad. Nuestro derecho no fue ajeno a tal necesidad y recogió este instituto, definido por el artículo 431 del Código Civil. Puede decirse que la curatela general es un cargo impuesto a alguien en favor de un mayor de edad que no puede dirigirse a sí mismo o administrar sus negocios.

Ahora bien, a partir de la mención de dichos institutos de protección de los incapaces, y teniendo en cuenta todo lo mencionado a lo largo de este trabajo, entiendo que el paso más importante en esta materia, y que sin duda consistirá en una adecuación innegable de nuestro ordenamiento jurídico interno a la Convención, es la sustitución de estos tres institutos consagrados por nuestro Código Civil, propios de la época de su sanción, por nuevos institutos que se adecuen de manera correcta a la nueva concepción que se tiene sobre las personas con discapacidad y que den lugar a la implementación efectiva en nuestro derecho del modelo de apoyo. Considero que, a medida que se ha avanzado en materia de reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad, debió avanzarse también en la legislación interna que regula su situación y sus derechos. Lo cierto es que, en la realidad, esto no se ha hecho, por lo que es menester, y es un deber de nuestro país para con las personas con discapacidad, establecer nuevos y correctos institutos que tengan en cuenta sus deseos y su voluntad, y que, principalmente, se adapten a cada caso concreto según el grado de incapacidad y las limitaciones de cada sujeto.

Obviamente, y como ya se ha destacado, no se trata de una tarea sencilla ni que, mucho menos, pueda desarrollarse de un día para el otro con una

simple reforma de la ley. Por el contrario, es una tarea gradual, compleja y, por sobre todas las cosas, un compromiso y una labor no solo del legislador, sino de la sociedad toda.

Teniendo en cuenta lo recién expresado, un primer y muy importante paso podría consistir en la concientización de la sociedad sobre la situación de las personas con discapacidad y la necesidad e importancia de respetar sus derechos humanos fundamentales. Asimismo, destacar la importancia de la existencia de profesionales idóneos que puedan encargarse de educar e instruir de forma correcta a las personas con discapacidad a los efectos de que estos puedan formar activamente parte de la sociedad. En este sentido, también resulta crucial implementar nuevas políticas y promover las existentes para que las empresas comerciales y organizaciones civiles integren a las personas con discapacidad, asegurando las condiciones para que el trabajador/colaborador sea respetado y considerado por todos.

En segundo lugar, es necesario que deje de priorizarse lo económico, esto es, el coste que puede llegar a significar para el Estado implementar este nuevo sistema. Para ello es necesario que se tengan en cuenta todas las disciplinas que intervienen en el apoyo de la persona incapaz, a saber: las médicas, las sociales, las habilitantes, las psicológicas, las educativas y las relativas a la inserción y la educación familiar; también la creación de espacios físicos accesibles que permitan, por ejemplo, su desplazamiento. De este modo, las políticas y programas de salud integrales, para toda la población, podrán irse adecuando a estos nuevos conceptos.

En tercer lugar, y como ya se señaló, el paso más complejo —aunque fundamental— es adecuar nuestra normativa interna al modelo de asistencia o de apoyo en la toma de decisiones y dejar de lado el modelo de sustitución. Para lograr dicha adaptación podría comenzarse por la sustitución de los institutos de protección de los incapaces antes referidos por nuevos modelos de apoyo. Así, CUENCA GÓMEZ postula que el sistema de apoyo podría articularse a través del reconocimiento de un derecho general a los apoyos que implicaría que todas las personas —no solo las personas con discapacidad— que se encuentren en una situación que les dificulte la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica tengan derecho a: 1) el uso y reconocimiento de los apoyos informales con los que cuentan y a la prestación de los apoyos necesarios por parte de diferentes autoridades y operadores, y 2) solicitar la formalización de estos apoyos a través del establecimiento, en sede judicial, de un plan personalizado de medidas de apoyo.

Las funciones de apoyo podrían ser desempeñadas tanto por personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada como por instituciones —públicas o privadas— o redes comunitarias creadas para este fin; podrían, además, ser desarrolladas por una o por varias personas o instituciones, atendiendo a la voluntad, preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieran.

Solo en circunstancias excepcionales, y cuando las personas por cualquier motivo —y no solo por discapacidad— se encuentren en una situación que les impida conformar o expresar por cualquier medio su voluntad, se propone la articulación de apoyos obligatorios que pueden dar entrada a acciones puntuales de sustitución para evitar daños irreparables a las personas.

En cuarto y último lugar corresponde destacar el importante rol que el notario cumpliría en la implementación de este nuevo sistema. Como agente del sistema jurídico que es, le compete colaborar con el Estado en la adecuación de la legislación en la dirección propuesta por la comunidad internacional. En efecto, siendo la función notarial una respuesta a las necesidades de la organización social desde el orden legal, la profesión debe adaptarse a las exigencias dinámicas de su finalidad.

En este sentido, corresponde señalar que si bien resulta obvio que el notario no tiene los conocimientos psicológicos ni médicos suficientes como para diagnosticar enfermedades como la esquizofrenia, los trastornos bipolares o las tóxicodependencias, lo que sí sabe este profesional es que ellas pueden traducirse en diferentes grados de incapacidad para gobernarse a sí mismo y sus intereses patrimoniales. En estos casos que la doctrina llama «zonas grises» en la capacidad de personas que, sin ser razonable su interdicción, traducen manifestaciones de algún grado de limitación, el notario no puede incurrir en la excesiva prudencia de no autorizar los actos que pretendan otorgar o exigir su declaración de incapacidad para actuar con sus representantes legales; mucho menos, en el otro extremo, valerse de un «certificado libre de interdicciones» y pretender, de tal forma, exonerar su responsabilidad por los eventuales perjuicios que pueda causar a sí mismas o a terceros el obrar de dichas personas. Es ejemplo de frecuente preocupación en la actuación notarial la autorización de actos jurídicos —especialmente testamentos— de personas de edad avanzada en quienes no es posible determinar la existencia de alguna limitación incapacitante. Habitualmente, el notario en Uruguay, ante situaciones de duda, pretende sortearlas exigiendo la presentación de un certificado médico en el que conste que la persona se encuentra en condiciones mentales de dirigirse a sí mismo, el que protocoliza junto con el documento otorgado. No obstante, en la mayoría de los casos, los certificados médicos así obtenidos no reúnen las garantías mínimas, ya que no responden a un exhaustivo examen psicofísico. Resulta frecuente también que, al fallecer el otorgante, se desencadenen procesos judiciales en los que se ataca la regularidad de tales actos por la real o supuesta incapacidad de aquel.

Dejando de lado todo lo que pueda significar o repercutir en la responsabilidad del notario, debe resaltarse que en estas situaciones se pone a prueba toda su experiencia, sagacidad y prudencia, al servicio de la protección del derecho de la persona a disponer de sus bienes, garantizando, a la vez que lo realiza en forma libre y sin perjuicios, otros derechos que también deban ser tutelados. El notario puede no advertir situaciones en

las que existen perturbaciones psicológicas o mentales que actúan sobre la voluntad y, por ende, la libre expresión de esta. El problema es que aun cuando las advierta, no cuenta con un adecuado marco legal en el ordenamiento jurídico nacional para un proceder que garantice la protección de tales personas. En efecto, al respecto existe un vacío en el Código Civil, y la única norma que puede venir en auxilio de la situación es el artículo 447.2 del nuevo Código General del Proceso (ley 15.982, de 6 de octubre de 1988, en la redacción dada por la ley 19.090, que no modifica aquella en lo sustancial).

En resumen, vemos entonces que el primer y gran paso fundamental para lograr adaptar nuestro derecho interno a las ideas consagradas en la Convención es concientizar a la sociedad sobre la importancia de consagrar y respetar los derechos humanos de las personas con discapacidad, quienes han de dejar de ser vistas como «enfermos» para pasar a ser vistas como «iguales»; es necesario educar a toda la sociedad en tal sentido. Esto, indudablemente, debe ir seguido de una reforma de la ley, puesto que tal y como señala la profesora CAROZZI,

nuestro ordenamiento jurídico en materia de regulación de las incapacidades patológicas y de las discapacidades intelectuales presenta una inadecuada rigidez que impide la eficiente protección de los derechos comprometidos [...]. Existe una ausencia de institutos jurídicos idóneos para lograr la eficaz protección y promover la real integración de personas que, padeciendo de limitaciones intelectuales, no se encuentren en lo que clásicamente se entendió como *situación de incapacidad o demencia* [...]. Existe una amplia franja de personas que por diversas causas se encuentran en categorías intermedias frente a las cuales es tan desacertado y violatorio de sus derechos fundamentales el recurso al instituto de la curatela (mediante el cual se suprime absolutamente la voluntad del discapacitado, sustituyéndola en el ámbito negocial por la de su representante legal) como ignorar el grado real de disminución intelectual provocada, dejando al sujeto librado al peligro que entraña la absoluta ausencia de las medidas de protección que necesita.

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 248/2018

Considero oportuno finalizar este trabajo con el análisis de la sentencia de primera instancia 39/2018 del Juzgado Letrado de Familia de 2.º turno y de la sentencia de segunda instancia 248/2018 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º turno.

Corresponde centrarnos en la sentencia 248/2018 recién mencionada. Marca un antecedente sin precedentes en nuestro derecho: el tribunal encargado de su dictamen decide aplicar, por primera vez, las normas internacionales sobre los derechos de las personas con discapacidad, dejando de lado lo establecido por nuestro derecho interno; revoca también

la sentencia 39/2018, dictada en primera instancia, por la cual se había declarado la incapacidad de una persona, de profesión arquitecta, que contaba con sus propios medios de vida y tenía la administración de todos sus bienes e ingresos.

En primera instancia, a raíz del proceso de declaratoria de incapacidad iniciado por la hermana del sujeto cuya capacidad se encontraba en tela de juicio, se decidió declararlo incapaz y proceder al nombramiento de un curador, de acuerdo con lo establecido en los artículos 431 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º turno que intervino en segunda instancia entendió que si bien dicho sujeto tenía una afectación mental, esta no lo limitaba en el ejercicio de sus derechos y deseos, y decidió, por lo tanto, que no era necesario el nombramiento de un curador en los términos en los que conocíamos dicho instituto hasta el momento. En este sentido, lo que se hace es nombrarle una especie de «curador asistente», encargado de controlar su enfermedad, de darle la medicación correspondiente y de velar por el cuidado personal del sujeto, permitiéndole a la persona continuar con su vida y sus actividades cotidianas y, fundamentalmente, dándole la posibilidad de tomar decisiones como si no fuera incapaz.

Otro aspecto a resaltar de dicho fallo, y que tampoco había tenido lugar antes en nuestro ordenamiento, es que se le preguntó a la propia persona quién quería ella que fuera su curador para asistirle. Claramente, se tuvo en cuenta su deseo.

Dicha sentencia, sin lugar a dudas, implica un avance en nuestro ordenamiento jurídico interno en materia de reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, lo cual considero es un buen punto de partida para implementar, poco a poco, el modelo de apoyo en la toma de decisiones.

5. CONCLUSIÓN

Como se estableció desde el comienzo del presente trabajo, el objetivo primordial por parte de los Estados parte de la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad debe ser intentar proveer a dichas personas de los apoyos necesarios para que puedan resolver las situaciones que inevitablemente se les presentarán en su peripecia vital; darles las herramientas para evitar que sean manipulados o abusados durante el desconcierto que le provocará la transición de haber sido tratado como un niño o un objeto a ser considerado, transformado, tratado ahora como un ser humano adulto y capaz. Parte importante de esas herramientas serán las que les permitirán hacer frente a sus necesidades económicas, civiles y comerciales.

En lo que refiere a nuestro país, lo cierto es que como ordenamiento jurídico y como sociedad, estamos muy lejos aún de cumplir con el objetivo de la Convención. No obstante, es momento de no postergar más el tema y

de empezar por cumplir algunas de las medidas sugeridas en este trabajo. Lograremos así, y de a poco, una completa integración de las personas con discapacidad a la sociedad. En ese proceso de adaptación convendrá tener siempre presentes las palabras de la Esc. Ema KLACZKO de TUZMAN expresadas en mayo de 2018:

En definitiva, todos somos diferentes y debemos esforzarnos para relacionarnos de forma pacífica y respetuosa, ayudándonos mutuamente a suplir, en lo posible, nuestras diferencias, lo cual implica que debemos aceptarnos tal cual somos y aceptar al otro (siempre diferente) tal cual es.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ADROHER BIOSCA, Salomé. «La protección de adultos en el derecho internacional privado español: novedades y retos». En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 1 (ene.-jun. 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.
- ANDRIOLA, Karina. «El rol del Ministerio Público en los procesos de protección contra las violencias». En *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 12 (abr. 2015), pp. 168-194. La Plata: Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.
- 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 órdenes jurídicos internos». Tesis doctoral. Getafe: Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia, y RAMIRO, Miguel Ángel. «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, tomo V (2012), pp. 53-80. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- 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*, 155, n.º 8 (2004-2005).
- CHAO PEÑA, Susana. «Las garantías para los derechos de las personas con discapacidad en la normativa notarial». Trabajo presentado a la 1.ª Jornada Académico-Notarial sobre los Derechos Humanos. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 12 jun. 2018. Recurso en línea.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el

- ordenamiento jurídico español». En *Derechos y Libertades*, n.º 24, época II (ene. 2011), pp. 221-257.
- DE ASÍS ROIG, Rafael. «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidades, educación, derecho y poder». En *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. Ciudad de México: UNAM, 2006, pp. 1-15.
- 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), 1, pp. 53-81.
- GROISMAN, Carlos. «Modificaciones relativas a normas sobre capacidad en el derecho positivo». En *Taller de Derecho Civil*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 15 ago. 2019. Videoconferencia.
- 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 (jul.-dic. 2015), pp. 7-60.
- MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Hacia una nueva visión de la función notarial. El notario como garante del proyecto de vida de la persona*. Lima, 2016.
- OMS. BANCO MUNDIAL. *Informe mundial sobre la discapacidad*. Malta, 2011.
- PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, 2008.
- 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, 2007.
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (UINL). *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública*. UINL, Comisión de Derechos Humanos, 2020. Recurso en línea.
- 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*, n.º especial, nov. 2014.
- WEIDENSLAUFER, Christine, y TRUFFELLO GARCÍA, Paola. *Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2019.