

GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

EL NOTARIO COMO APOYO INSITUCIONAL Y AUTORIDAD PÚBLICA.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS,
UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO.



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



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

ÍNDICE

CARTA DE JOSÉ MARQUEÑO DE LLANO.....	4
CARTA DE ALMUDENA CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ.....	7
AGRADECIMIENTOS.....	9
SÍNTESIS.....	9
INTRODUCCIÓN	10
I. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (CRPD).....	12
A. LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS.....	12
B. SU FINALIDAD Y PRINCIPIOS GENERALES.....	13
C. UNA IDEA FUNDAMENTAL.....	14
D. LA CUESTION FUNDAMENTAL: EL ARTÍCULO DOCE.....	14
II. IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL.....	22
A. EL NOTARIO: AUTORIDAD Y APOYO INSTITUCIONAL.....	26
B. EL PROCESO O ITER NOTARIAL.....	29
C. EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD:RECOMENDACIONES PARA LA ACCESIBILIDAD JURÍDICA.	29
D. DEBER DE ASESORAMIENTO.....	37
III. PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO INFORMADO CONFORME A DERECHO: JUICIO DE CAPACIDAD, DISCERNIMIENTO Y COMPRENSIÓN.....	40
A. PERSONAS CON RESOLUCIÓN JUDICIAL DE INCAPACITACIÓN SOMETIDAS A SISTEMAS DE GUARDA Y PROTECCIÓN.....	42
B. PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL: SIN INCAPACITAR Y SIN SISTEMA DE GUARDA Y PROTECCIÓN.....	43
IV. LAS NECESARIAS REFORMAS LEGISLATIVAS: EL NOTARIO COMO CREADOR DE DERECHO.....	46
CONCLUSIÓN.....	49
COMISIÓN Y NOTARIADOS DE LA UINL.....	51



Como Presidente de la UINL tenemos la satisfacción de haber fijado a nivel institucional como una de las principales prioridades de la legislatura la defensa jurídica de las personas y, en concreto, de aquellas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Somos conscientes del gran reto y la responsabilidad que hemos asumido y estamos muy satisfechos del gran esfuerzo de los Notariados de los 88 países miembros de la UINL, si bien tenemos muy presente el largo camino que nos queda por recorrer.

La UINL permite que la cooperación jurídica y el intercambio de experiencias entre los diferentes Notariados sea una realidad, facilitando a cada país dar la respuesta jurídica más adecuada a las necesidades de su ciudadanía, y garantizando la seguridad jurídica a través de la institución notarial. De esta forma ponemos nuestro granito de arena en la defensa de valores superiores como la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad, la paz social, que están inseparablemente ligados a los derechos de la persona y al desarrollo social.

La Guía Notarial de buenas prácticas que ahora publicamos en inglés, francés y español, estudia el impacto que tiene la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre la actividad notarial en los diversos países miembros de la Unión Internacional del Notariado, a quienes va dirigida.

En el informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por la relatora especial para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas se refiere a la importancia del juicio de capacidad notarial y a la necesidad de formación en el nuevo paradigma consagrado por la Convención. En su punto 77 señala expresamente que "en el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica". Añade que el Notariado debe tener en cuenta el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica y el paradigma de apoyo introducido por la Convención "para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica".

Su contenido es de carácter general y no hace referencia a casos concretos, sino que el notariado de cada país, a su vez, la tendrá que aplicar y adaptar. En esta Guía, y a falta de las reformas legislativas necesarias, se dan unas directrices acerca de la forma de proceder del notario distinguiendo entre personas con discapacidad sobre las que haya recaído una sentencia de incapacitación, y personas con discapacidad en las que no haya recaído esta sentencia -que son la mayoría-, presentando al notario como apoyo y autoridad en el ejercicio de sus derechos.

Empieza la Guía destacando la importancia de la Convención -primer tratado ratificado por la Unión Europea- sus principios, el propósito de la misma, el impacto y las recomendaciones para la accesibilidad legal: deber de asesoramiento, información, apoyo...

Después entra de lleno en el estudio de su importantísimo artículo 12 desde el punto de vista del ejercicio de los derechos con los apoyos necesarios. El notario ejerce de apoyo institucional para que la persona con discapacidad reciba toda la información y recomendaciones concretas para ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad.

En definitiva, hace referencia a la forma en que los notarios pueden proveer ese apoyo institucional mediante el juicio de capacidad, o más correctamente juicio de discernimiento o juicio de comprensión del acto concreto que se está ejercitando.

Se cierra la publicación con la propuesta de reformas legislativas necesarias para adaptar las legislaciones de los países a la Convención y haciendo referencia al notariado como impulsor de dichas reformas, como, por ejemplo, en España la Ley del Patrimonio protegido de las personas con discapacidad, Ley de Propiedad Horizontal, pactos sucesorios, poderes preventivos, autotutela y un largo etcétera que demuestra la labor de creatividad jurídica que realiza el notario.

Termino estas líneas con la esperanza de que esta Guía contribuya a mejorar y cambiar la realidad de la discapacidad en el mundo. Queda muchísimo por hacer, pero desde aquí animo al notariado español y al mundial a seguir aplicando cada día la Convención en beneficio de los más de 650 millones de personas con discapacidad.

José Marqueño de Llano
Presidente de la UINL
Notario de Barcelona





Bajo la presidencia española de la UINL hemos elaborado esta Guía de buenas prácticas notarial en materia de discapacidad, que es fruto del intenso trabajo realizado por su Comisión de Derechos Humanos, con el objetivo de proporcionar unas directrices al notariado internacional respecto a la necesidad de adaptación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El estudio de la Convención de Nueva York de 2006 ha sido una prioridad absoluta para la Presidencia española de la UINL y ha permitido aprobar esta Guía por la representación de los 88 países miembros del notariado mundial reunidos en Veracruz en el mes de mayo de 2019.

En el informe presentado a la Asamblea de Naciones Unidas en diciembre de 2017 por la Relatora Especial de Naciones Unidas, Catalina Devandas Aguilar, en relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se refiere específicamente al notariado como autoridad para el ejercicio de derechos y su obligación de formación en materia de discapacidad.

En abril de 2018 en Ginebra en la sede de las Naciones Unidas, con asistencia de representantes de más de 50 países, se debatió sobre el impacto del tratado internacional en la función notarial, y fruto de ese rico debate internacional es la Guía que hoy presentamos, destacando el papel del notario como autoridad, apoyo institucional y asesor cercano que da soluciones legales a las personas con discapacidad y sus familias pues nuestro día a día no son los papeles, sino las personas.

Para finalizar, solo me queda agradecer a la UINL, al notariado mundial y a todos y cada uno de los notarios que se erijan en garantes del ejercicio de derechos por parte de las personas, en especial a todos y cada uno de los miembros de la Comisión de Derechos Humanos de la UINL que he tenido el honor de presidir en esta legislatura, por su dedicación y su enorme esfuerzo y trabajo y, finalmente, a nuestro Presidente, Don José Marqueño de Llano, por su decidido empeño en incluir la discapacidad entre los asuntos más relevantes del notariado internacional y reivindicar el papel del notariado español como abanderado del mundial en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Almudena Castro-Girona Martínez
Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la UINL
Directora de la Fundación Æquitas del Consejo General del Notariado español
Notaria de Castellbisbal (Barcelona)



AGRADECIMIENTOS

Los miembros de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Unión Internacional de Notarios (UINL) desean agradecer al Presidente de la Unión, Sr. José Marqueño de Llano, así como a los miembros del Comité Ejecutivo y al Consejo General de UINL por su apoyo. También agradecemos a la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar, y al Coordinador de Investigación del Relator Especial de las Naciones Unidas, Sr. Alberto Vásquez, por su valiosa colaboración.

Finalmente, deseamos saludar a los notarios de todo el mundo y a todas las personas con discapacidad y sus familias.

SÍNTESIS

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad está en vigor desde 2008. Su aprobación fue un acontecimiento histórico porque la Convención sitúa a la discapacidad en el nivel de los derechos humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y la concepción de las personas con discapacidad.

Los autores presentan los principios generales de la Convención y discuten su artículo 12, su piedra angular, que establece el reconocimiento pleno e igualdad ante la ley de las personas con discapacidad. Luego examinan el impacto de la Convención en la actividad notarial. Después de haber explorado el papel del notario como proveedor de apoyo institucional para personas con discapacidad, los autores exponen cómo en cada acto notarial se realiza por parte del notario un control de legalidad y un juicio de capacidad, discernimiento y comprensión de las partes que garantizan que el consentimiento informado está prestado conforme a derecho. Finalmente, los autores proponen a notarios de todo el mundo medidas concretas para realizar ese apoyo institucional en el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad y promover su participación plena y efectiva en la sociedad y el respeto de sus derechos.

INTRODUCCIÓN

Es clara la preocupación de los diferentes Estados y de los organismos internacionales por la defensa y el respeto de los derechos las personas en situación de vulnerabilidad, como son los menores, las personas mayores y las personas con discapacidad, así basta pensar: En el Convenio sobre la protección internacional de los adultos mayores del 2000 o la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999 sobre "Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados" donde se afirma que :

1º.- Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.

2º.- La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

3º.- Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.

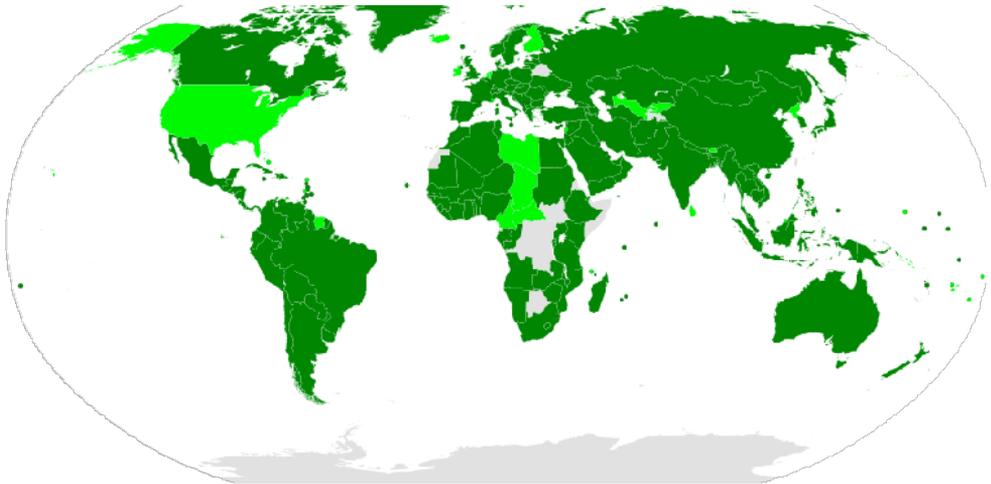
4º.- Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta, así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

En la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012), la recientemente firmada convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores de 2015 en vías de ratificación o las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

A nivel mundial en la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 en vigor desde el 3 de mayo de 2008 y ratificada por más de 160 países, de los cuales casi 90 han ratificado su protocolo facultativo.

La Convención está supervisada por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que puede sancionar a los Estados por incumplimiento de las obligaciones que emanan del tratado.

Fue ratificada por la UE, por lo que la Convención pasa a formar parte del Cuerpo legislativo de la Unión en enero de 2011.



Estados partes y firmados por el Pacto:

-  Firmado y ratificado
-  Firmado pero no ratificado
-  Ni firmado ni ratificado



I. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (CRPD)

A) LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS:

La aprobación por parte de la ONU de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en más CDPD) ha supuesto un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa a la discapacidad en el plano de los Derechos Humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad.

Fue aprobada el trece de diciembre de 2006 después de un proceso de negociación increíblemente rápido en el ámbito internacional en el cual colaboraron conjuntamente no sólo los gobiernos de los distintos estados sino también la sociedad civil y en concreto el movimiento asociativo de las personas con discapacidad reflejando el ya acuñado lema: **"nada de la discapacidad sin la discapacidad"**

Entró en vigor el tres de mayo de 2008 al trigésimo día de la veinteva ratificación por parte de los estados firmantes de la CDPD convirtiéndose en un instrumento jurídico vinculante exigible para todos aquellos Estados que la han ratificado.

El lugar que ocupa este tratado internacional de derechos humanos en el sistema de fuentes de cada país depende del mecanismo adoptado por cada Estado para la recepción del mismo como derecho interno vinculante, esto es, según se adopte un sistema monista o dualista.

Una vez incorporado al ordenamiento jurídico de cada país forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa, teniendo un doble efecto, por un lado un efecto interpretativo, de modo que todos los operadores jurídicos (jueces, fiscales, notarios, abogados..) deben interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Convención y, por otro lado, impone a los Estados una imperiosa necesidad de adaptación de sus propios cuerpos legales, teniendo en cuenta que al ser un tratado sobre derechos humanos se incorpora al sistema de fuentes con valor constitucional.

B) FINALIDAD. PRINCIPIOS GENERALES:

Así, el artículo 1 de la CDPD recoge la finalidad de esta y una definición amplia de discapacidad al establecer que el propósito es:

"promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas a las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

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".

Por su parte, el artículo 3 reconoce los principios generales, tales como:

- a) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad;
- d) El respeto a la diferencia;
- e) La accesibilidad;
- f) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- g) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, entre otros;

De este modo queda proscrita la "discriminación por motivos de discapacidad" entendiéndose por tal cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o la finalidad de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. (Artículo 2).

Los ajustes razonables son, según la CDPD, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (Artículo 2).

La CDPD consagra una serie de derechos que podemos clasificar en:

- a) derechos de igualdad, como son los de igualdad y no discriminación, (artículo 5) accesibilidad (artículo 9) igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) e igualdad en el acceso a la justicia.
- b) derechos de protección, como la protección de la vida (artículo 10), la protección en situaciones de riesgo y emergencia humanitarias (artículo 11) etc.
- c) derechos de Libertad y autonomía personal, como la libertad y seguridad personal (artículo 14), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18) etc.
- d) derechos de participación, como la participación en la vida política y pública (artículo 29) y
- e) derechos sociales básicos, como la educación, el trabajo y el empleo o la salud.

C) UNA IDEA FUNDAMENTAL:

La toma de conciencia del artículo 8:

La Convención se refiere a lo que ella misma denomina "toma de conciencia" sobre la discapacidad, traducéndolo en obligaciones para los Estados Parte, ya que estos se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas.
- b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad. Incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida.
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

D) LA CUESTIÓN FUNDAMENTAL EL ARTÍCULO DOCE DE LA CONVENCIÓN:

Para poder hablar de ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad la piedra angular de la Convención es el artículo doce de la misma, pues la capacidad jurídica, entendida como capacidad de obrar, es "la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos", es una condición sine qua non a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades.

El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no solo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos, puesto que únicamente con el reconocimiento como persona ante la ley pueden protegerse los derechos a través de los tribunales (el derecho a recurso), posibilitar la celebración de contratos (el derecho al trabajo, entre otros), comprar y vender bienes (el derecho a poseer bienes por sí solo y en asociación con otros), contraer matrimonio y fundar una familia.

La redacción definitiva del artículo doce fue fuente de graves discusiones e incluso estuvo a punto de poner en peligro la adopción misma del texto final de la Convención, la polémica se centraba en la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, pues mientras los países de cultura occidental tanto de Europa como de América, liderados por los de la UE, abogaban por el reconocimiento pleno de la capacidad de obrar, otros, como los países islámicos, China y Rusia, se limitaban exclusivamente a la capacidad jurídica, lo que provocó la asombrosa inclusión de una salvedad mediante una novedosa "nota a pie de página" en el propio precepto que fue posteriormente suprimida en el texto definitivo aprobado por la Asamblea General de la ONU, de modo que la redacción final del nombrado artículo queda como sigue:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

En realidad, el primer apartado no crea ex novo, sino que comprueba y refuerza una situación jurídica previa, preexistente, el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El segundo es más categórico, despliega un mayor alcance y desencadena efectos más desestabilizadores, pues afirma de modo taxativo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida y para que esto se dé en la realidad es necesario no solo que tengan efecto frente a tercero sino que se reconozca la validez y eficacia de los derechos ejercitados y de los actos otorgados en igualdad de condiciones.

En el párrafo tercero se reconoce la capacidad de obrar aunque sin mencionarla expresamente con esta terminología latina, pero como sabemos, no es otra cosa que "el ejercicio de la capacidad jurídica" imponiendo a los Estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo que les permita su ejercicio, recogiéndose en el apartado quinto manifestaciones concretas del ejercicio de derechos pues señala expresamente que los Estados "tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

Mención especial se merece el apartado cuarto pues impone a los estados la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las salvaguardias adecuadas y efectivas en el ejercicio de esa capacidad jurídica, no como limitación, sino para impedir abusos, imponiendo que, en todo caso, esas salvaguardias o "ajustes razonables" aseguren el respeto de sus derechos y de su "autonomía" evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida, procurando en todo momento que esas salvaguardias sean proporcionales, adaptadas a la "persona" y sujetas a un control por parte de una "autoridad u órgano judicial" atendiendo siempre al "superior interés de las personas con discapacidad".

Ahora bien, no sólo el artículo 12 impone esta obligación a los estados firmantes, sino que a lo largo de todo su articulado enumera las medidas necesarias, que deberán adoptar los diferentes países signatarios, para remover los obstáculos que puedan suponer desigualdad o trato discriminatorio respecto de las personas con discapacidad, así, pensemos en el artículo 8, que habla de "promover la toma de conciencia respecto de las capacidades....de las personas con discapacidad" o en el artículo 26 que señala que los estados adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el "apoyo" de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación en todos los aspectos de la vida, o el artículo 32.1 que, basándose en la importancia de la cooperación internacional, señala como medida "el facilitar y apoyar el fomento de la capacidad incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas entre los Estados" por ejemplo el artículo 16 en su número 3, que para impedir cualquier forma de explotación, violencia o abuso impone adoptar a los estados formas adecuadas de "asistencia y apoyo"; el artículo 19 apartado b, referido al derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad, habla de "servicios de asistencia domiciliaria y otros servicios de apoyo" y, por ejemplo, el artículo 23 en su número 2 cuando establece "los estados partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos" o en el 3 "los estados partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y sus familias."

Ahora bien, es patente la relación directa que existe entre el principio de autonomía personal y el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyo desde el punto de vista jurídico civil, de modo que, sin pretender restar importancia al conjunto del articulado de la CDPD, es quizá su artículo 12 uno de los preceptos a los que hemos de otorgar mayor relevancia en el ámbito del derecho privado, que es la rama que regula por antonomasia el ejercicio de derechos por parte de los particulares.

Este artículo ha de ponerse en relación con las **Observaciones Generales elaboradas por el Comité de seguimiento de la Convención** en relación con la interpretación del artículo 12, que literalmente dicen:

Contenido normativo del artículo 12

Artículo 12, párrafo 1

- En el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito previo para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona.

Artículo 12, párrafo 2

- En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados de tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".
- La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos ambientales y sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.
- En la mayoría de los informes de los Estados parte que ha examinado hasta la fecha el Comité se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que se considera que tiene consecuencias negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.

Artículo 12, párrafo 3

- En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.
- El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias).
- El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se describen como un principio general de la Convención "el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas". En todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones.
- Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás con arreglo al artículo 12, párrafo 2, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3.

Artículo 12, párrafo 4

- En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 12, párrafo 4, debe interpretarse en conjunción con el resto del artículo 12 y toda la Convención. Exige a los Estados partes crear salvaguardias apropiadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos en igualdad de condiciones con las demás personas.

Artículo 12, párrafo 5

- El artículo 12, párrafo 5, obliga a los Estados Partes a adoptar medidas (entre otras, legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas prácticas), a fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás. Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad en función del modelo médico de la discapacidad. Ese criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad."

DEBEMOS RESALTAR:

1. Que estamos en presencia de una disposición de vanguardia que impone obligaciones a los Estados, que, en su gran mayoría, deberán reformar la legislación doméstica sobre capacidad jurídica, reformas en las que el tradicional **modelo basado en la "sustitución" de la persona**, debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas que recoge la Convención, y que aboga por un **sistema de "apoyo"**.

2. Son escasas las legislaciones nacionales adaptadas a día de hoy a los mandatos de la Convención, con carácter general todas las legislaciones a través del procedimiento de incapacitación y el nombramiento de tutor privan del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en base a lo que el Comité denomina "capacidad mental" es decir, la aptitud para tomar decisiones que lógicamente varía de una persona a otra, pero que varía no solo por la existencia de una discapacidad sino también por factores

familiares, culturales, sociales o medioambientales, sin embargo, los procedimientos de incapacitación de nuestras legislaciones basándose exclusivamente en el criterio de la condición de los resultados o funcional en vez de proveer de los apoyos necesarios para el ejercicio de los derechos PRIVAN de la posibilidad de ejercerlos a las personas con discapacidad.

3. El sistema de apoyos debe respetar los principios consagrados en el párrafo tercero y variarán tanto en la intensidad como en la forma de prestarlos pues deben ser adecuados a la persona en concreto.

4. Estamos ante una norma internacional que se incardina en la mayoría de los ordenamientos jurídicos con valor cuasi constitucional lo que implica que es vinculante y aplicable por todos los operadores jurídicos.



II. IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL.

Hoy en día nos invade una gran confusión pues tenemos una legislación de rango superior (Convención de la ONU), que es directamente aplicable, que apunta en una dirección y, conviviendo con ella, la legislación nacional que apunta en una dirección opuesta.

Todos los actores, públicos y privados están llamados, en tanto no se produzcan las reformas legislativas precisas, por un lado, a impulsar esas reformas legislativas y, por otro, a adaptar la normativa actual a las exigencias de la Convención.

Ni el ámbito de la seguridad jurídica preventiva del que forma parte el notariado, ni el ámbito de la seguridad jurídica reparadora o sancionadora (Jueces, Fiscales, Médicos Forenses) deben permanecer ajenos a esta exigencia. Así, los instrumentos jurídicos y judiciales actualmente existentes deben ser interpretados y adaptados, es decir, "ajustados razonablemente" de modo que permitan cumplir, en el modo más elevado posible, los principios de la Convención, sin que ello suponga una renuncia en la exigibilidad plena de lo consagrado por la Convención sino que más bien todo lo contrario pues demuestra la necesidad de que exista esa reforma legislativa puesto que la situación actual genera más inseguridad jurídica pues dependerá de la sensibilidad de cada operador que se produzca un resultado u otro.

El derecho debe responder a la realidad social de hoy, así la Convención de Nueva York refleja en la actualidad el nuevo concepto de la discapacidad que no se centra en la existencia de una deficiencia en la persona sino de una barrera en la sociedad que le impide a ésta actuar, por ello, el derecho privado y en concreto la legislación civil debe adaptarse a este nuevo paradigma, no puede ser que la sociedad del siglo XXI brinde como único mecanismo para la persona con discapacidad (PCD) la incapacitación judicial, pues estamos contraviniendo lo dispuesto por la Convención, dejando en manos de la sensibilidad de cada operador jurídico la adecuación o no de este procedimiento a la Convención, y lo que es más importante, no garantizamos el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás ni el ejercicio de su capacidad jurídica en los términos reconocidos por la Convención.

Debemos explorar el papel del notariado en la promoción y el respeto del derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica, pues si existe una autoridad ante la cual se ejercitan por antonomasia derechos de muy diversa índole por parte

de cualquier ciudadano, es la autoridad notarial. Llegados a este punto, es necesario preguntarse cómo debe la autoridad notarial colaborar en la correcta aplicación de la Convención, y de las medidas que se desprenden de la misma.

La relatora de Naciones Unidas en su Informe presentado a la Asamblea General en diciembre de 2017 se refiere al Notariado como **autoridad**, a la importancia del **juicio de capacidad notarial** y a la **necesidad de formación**, en concreto señala expresamente en su punto 77 que "En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica". Añade que el notariado debe conocer el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica y el paradigma de apoyo introducido por la Convención "para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica".

Sabemos que en la práctica, cuando una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría dicha asistencia o apoyo y esta situación es detectada por un operador jurídico, generalmente el Notario, prácticamente la única salida que ofrecen los ordenamientos jurídicos nacionales es que para valerse de dicha asistencia sea previamente incapacitada, se produce de facto esa restricción a la capacidad jurídica, pues en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privada de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

El Notariado de raíz latino-germánica o, como dice la relatora, de "tradición jurídica romanista" es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, una autoridad que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo.

La autoridad notarial se configura, pues, en las leyes de esos países, como un profesional del Derecho dotado de fe pública que, por tanto, es un instrumento de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos o, si se prefiere utilizar la terminología hoy predominante, entre los consumidores y ello con independencia de la condición social, cultura, sexo, edad, etnia, formación y demás condiciones personales que tenga la persona que requiere sus servicios.

A nivel institucional la UINL consciente de la gran responsabilidad y el reto que afronta el notariado ha fijado como una de las principales prioridades de la legislatura, la defensa jurídica de las personas y, en concreto, de aquellas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

Somos conscientes del gran reto y la responsabilidad que hemos asumido y estamos muy satisfechos del gran esfuerzo de los Notariados de los 87 países miembros de la UINL, si bien tenemos muy presente el largo camino que nos queda por recorrer.

Por ello se desarrolló una jornada técnica en Ginebra los días 23 y 24 de abril de 2018 en el Palacio de Naciones Unidas con la asistencia de diversos expertos internacionales de Naciones Unidas y de la Conferencia de la Haya y más de 40 notarios de 19 países miembros de la UINL; fruto del debate técnico que en la misma se desarrolló, se alcanzaron una serie de conclusiones que posteriormente fueron debatidas y ampliadas en el foro que bajo el título **"EL NOTARIO Y LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: RETOS DEL FUTURO"** tuvo lugar en Buenos Aires a principios del mes de octubre de 2018.

Los objetivos específicos de este foro fueron debatir sobre los retos del notariado en relación con la defensa jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad, el intercambio de experiencias que permitiera a cada notariado dar la respuesta jurídica más adecuada para su ciudadanía a través de la seguridad jurídica que brinda la institución notarial. Y, finalmente, estrechar la colaboración entre el sistema internacional de derechos humanos, el notariado y las organizaciones de personas con discapacidad, con la finalidad de compartir con las instituciones mundiales y los gobiernos nuestra experiencia en la protección de los derechos fundamentales, aportando aquello que nos define: brindar seguridad jurídica que permita el desarrollo y la cohesión social.

Finalmente, la **Asamblea de los 87 Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL)**, reunida en Buenos Aires, Argentina, el primero de octubre de 2018 en sesión conjunta con el Consejo General, adopta por unanimidad las siguientes **Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad.**

1. Potenciar la figura del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad.
2. Reforzar el juicio de capacidad o juicio de discernimiento que realiza el notario en cada acto notarial que autoriza como medio para garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad.

3. Reforzar la figura del notario como autoridad que vela por la existencia de salvaguardias que impidan abuso e influencia indebida y que, a su vez, garanticen el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.
4. En la recepción de información, la labor de asesoramiento y consejo, y en la emisión de una voluntad libre e informada el notario ejerce de prestador de ajustes razonables, es fundamental la comunicación directa con el notario de ahí que deba garantizarse la accesibilidad física y jurídica promoviendo el uso de las nuevas tecnologías para que esa comunicación directa sea viable y real.
5. Promover reformas legislativas que reconozcan el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la Convención: a este respecto apela a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos que respondan a la nueva realidad social tal y como ha pasado en otros ámbitos como el aprovechamiento por turnos o la propiedad horizontal en el ámbito inmobiliario, o como el patrimonio protegido o el poder preventivo por lo que concierne los derechos relativos a la persona. El notariado ve la nueva problemática de la sociedad y podemos dar respuesta jurídica.
6. La intervención notarial puede garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad pues para que esto se dé en la realidad es necesario no solo que tengan efecto frente a tercero, sino que se reconozca la validez y eficacia de los derechos ejercitados y de los actos otorgados de ahí que sea imprescindible reforzar el juicio de capacidad o discernimiento que realiza el notario.
7. Difusión en el notariado a través de la UINL: congresos, jornadas, premio de investigación jurídica, publicaciones e instaurar un día dentro de la UINL para la concienciación a este respecto.
8. Valorar en su caso la elaboración de recomendaciones, protocolos de actuación e indicadores de la existencia de abusos o conflicto de intereses.
9. Formación a los notarios de los elementos claves del mecanismo y del uso de los apoyos, acordes con la Convención. A ello se refiere el punto 60 del informe de la Relatora. Por ejemplo, en la Universidad Notarial.
10. Elaborar un plan de actuación conjunto de la UINL con la Relatora de Naciones Unidas y el Comité de Seguimiento. A este respecto resalta el compromiso de la relatora en participar en el fórum internacional sobre esta temática.

11. Detectar las normas jurídico-privadas que limitan la autonomía de la voluntad en el diseño de sistemas de autorregulación, o normas discriminatorias para el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad.

12. Se propone a cada notariado que contacte a nivel nacional tanto con sus respectivos gobiernos como con las organizaciones del tercer sector para brindar la colaboración en la aplicación de la Convención bajo el prisma de la llamada "neutralidad sistémica" y garantizando así el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad.

A. EL NOTARIO: AUTORIDAD Y APOYO INSTITUCIONAL.

En el Notario latino-germánico concurren dos dimensiones: la de autoridad pública y la de jurista, dimensiones que no deben contraponerse, sino que la primera define la función y la segunda describe una parte de ella.

Como Autoridad, en este sistema el Notario latino es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo.

El Notario, como parte del sistema jurídico de cada país, es el encargado de velar en el ámbito jurídico extrajudicial por la regularidad de los negocios jurídicos, es el encargado de asegurar el adecuado respeto, al tiempo de celebrar un negocio jurídico, de las cautelas de protección que en cada ordenamiento se establece para que el mismo nazca válidamente y sea eficaz en el mundo jurídico, pues en nuestra estructura jurídica la intervención notarial se sitúa en un momento crucial: en el momento en el que se forman las voluntades, se prestan los consentimientos, se ejercitan los derechos y nacen los negocios jurídicos.

El Notario latino es configurado como un instrumento de seguridad jurídica preventiva en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos.

La intervención notarial permite a todo ciudadano cualquiera que sea su procedencia y condición ejercitar su capacidad jurídica, su capacidad de autorregulación y el ejercicio de su autonomía dentro del marco jurídico previsto por cada ordenamiento, en definitiva, posibilita a las personas ejercitar sus derechos en el día a día ya sean derechos de

carácter meramente patrimonial (compraventa o préstamos hipotecarios) o personal (poderes preventivos, autotutela...) o familiar (capitulaciones matrimoniales, matrimonio, reconocimiento de hijos, divorcio...) o sucesorio (testamentos y particiones hereditarias...).

Como jurista, el notario no se limita a recoger declaraciones de voluntad sino que es función primordial la labor de asesoramiento, consejo, asistencia, siendo esencial a nuestra función prestar asistencia especial al otorgante más necesitado de ella desarrollando así una función equilibradora entre las partes; en este sentido, **el notario realiza en cada actuación micro-empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a los ciudadanos ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad dotándoles de la debida seguridad jurídica.**

El notario es una autoridad que en el ejercicio de su función está íntimamente relacionado con la persona: con el ejercicio de sus derechos, su desarrollo personal, sus actividades económicas y sus intereses personales.

Si existe un colectivo que ha estado históricamente apartado del derecho civil, en concreto de la posibilidad de ejercer sus derechos, pues a aquel solo le interesaba su protección patrimonial y no su integración, es el colectivo de las personas con discapacidad.

Si además incorporamos en este colectivo a los llamados adultos mayores, pensemos en el envejecimiento acuciante de Europa, nos encontramos con una de las minorías más mayoritarias a día de hoy.

Pues bien, el notariado debe estar a la altura para atender las demandas sociales de estos colectivos, es más, si no lo hace, estaremos impidiendo que el desarrollo de su personalidad y el respeto a sus derechos y a su autonomía de la voluntad sea un hecho.

Estamos a día de hoy ante la aplicación de un tratado internacional respecto del cual:

1. Tenemos organismos internacionales que velan por su aplicación y que examinan a cada país en su legislación interna (Comité de Seguimiento de la Convención de Nueva York).
2. Informa el ordenamiento jurídico con esa función interpretativa que no puede desconocer ningún operador jurídico que debe aplicar dicho tratado internacional en su día a día.

3. E impone a los Estados firmantes la obligación de reformar su ordenamiento interno de la legislación civil, respecto de la cual debe respetarse el principio de "neutralidad sistémica" es decir, el respeto a la configuración jurídica de cada país con las necesarias adaptaciones a la nueva realidad social, por ello, los sistemas de tradición latino-germánica, donde el notariado es pieza fundamental para la seguridad jurídica, deben dar respuesta a esta nueva demanda social

El notario puede y debe ofrecer lo que en la terminología de la Convención se denomina "apoyo" para el ejercicio de la capacidad, como hace con cualquier ciudadano, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el alcance y consecuencias del negocio, así como dando su propia opinión sobre la oportunidad de éste como hacemos con cualquier ciudadano que reclama nuestra intervención.

En este punto resalta la función del **notario como Apoyo institucional** para el ejercicio de derechos y como autoridad en relación con las **salvaguardias** en un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida.

Analicemos, por tanto, el "**iter notarial**" atendiendo a la expresión de la voluntad, la labor de asesoramiento, el juicio de capacidad o discernimiento notarial, la prestación del consentimiento informado, pues en este "**proceso notarial**" es en el que:

- Se realiza la comunicación de la voluntad y preferencias de la persona, se manifiesta la voluntad en un caso concreto.
- Se debe prestar esa labor de asesoramiento y consejo propia de la función notarial para el ejercicio de un derecho en concreto.
- Se ha de respetar la capacidad legal de las partes intervinientes, posibilitando el ejercicio de derechos con el apoyo institucional del notario en un acto concreto y no de forma genérica.
- Se posibilita el acceso a los apoyos necesarios en condiciones de igualdad.
- Se realiza ese juicio de capacidad, discernimiento y comprensión que hace el notario en cada acto notarial que garantiza el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, pues para que esta igualdad sea real y efectiva es imprescindible que los derechos ejercitados sean válidos y eficaces y que no sean atacados sólo por razón de discapacidad, pues si esto no se da en la realidad, quedarán fuera del tráfico jurídico.

B. EL PROCESO O ITER NOTARIAL.

Se trata de una fase en la que se confunden la exposición de las pretensiones y voluntad del requirente o compareciente y el asesoramiento que presta el notario, que ha de indagar e interpretar su voluntad.

Es necesaria la comunicación o intermediación con el notario, por un lado, para que las partes expliquen qué desean y, por otro, para que el notario pueda informar a las partes de las consecuencias jurídicas de su actuación, los efectos y alcance de las manifestaciones que van a incorporar al instrumento redactado por el notario y, en definitiva, van a hacer suyas.

De modo que en este ámbito han de proporcionarse aquellos ajustes razonables que sean necesarios para que se dé esa comunicación, para que las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios notariales en condiciones de igualdad a la de cualquier persona.

C. EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD: RECOMENDACIONES PARA LA ACCESIBILIDAD JURÍDICA.

Para ello realizamos una serie de recomendaciones para la accesibilidad jurídica:

- Requisitos de accesibilidad para el ejercicio de la capacidad jurídica.
- Accesibilidad de la información, las comunicaciones y otros servicios.
- Facilitar el uso de lenguajes de signos, Braille, comunicación aumentativa y alternativa, y todos los demás medios, modos y formatos de comunicación accesibles.
- El deber de proporcionar ajustes razonables.

1. Capacitar al notario y al personal de la notaría.

La propia relatora en su recomendación F señala expresamente que se debe promover y proporcionar una formación sobre el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad destinadas a las autoridades públicas: los jueces, los notarios, los proveedores de servicios, las personas con discapacidad, sus familias y otros actores pertinentes.

2. Asegurarse de la efectiva comunicación:

Esta efectiva comunicación debe brindarse en función de las necesidades que presente la persona con discapacidad y los ajustes razonables que sean pertinentes para facilitar la comunicación con el notario.

La finalidad es garantizar la comprensión de la información dada por el notario y la correcta comunicación entre éste y la persona con discapacidad, por ello **deben procurarse los servicios de peritos intérpretes en lengua de señas, guía-intérpretes o mediadores, u otros medios —incluyendo los tecnológicos adecuados— y cualquier otro medio de comunicación que sea necesario** para asegurar la efectiva comunicación entre la persona con discapacidad y el notario. Resulta imprescindible la escucha activa de la persona, de su opinión su voluntad y deseos.

3. Utilizar lenguaje sencillo.

Se recomienda la elaboración de oraciones cortas, en lenguaje sencillo, evitando tecnicismos, con letra lo más clara posible y con un formato que facilite la lectura y la comprensión, en caso en que sea escrita.

Las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, así como las personas sordas, hipoacúsicas, sordociegas y las personas mayores pueden requerir mayor tiempo y disponibilidad personal para comunicarse, por parte del operador.

Se sugieren como buenas prácticas de atención aplicar los ajustes que resulten necesarios; como, por ejemplo, para el caso de no comprender la consulta que realiza una persona con discapacidad, preguntar nuevamente evitando situaciones de nerviosismo, otorgando a cada persona el tiempo necesario, y evacuando las dudas en lenguaje sencillo y claro.

Es esencial la lectura explicativa, simplificadora y aclaratoria del documento público, por parte del notario.

Se recomienda que se brinde el tiempo necesario para que la PCD se exprese, ante la práctica enraizada de sustituirla.

4. Ubicarse en el campo visual de la persona.

En caso de ser personas hipoacúsicas que se comunican en la modalidad oral y realizan lectura labial, se precisará que el operador se ubique dentro del campo visual de la PCD, articule y module las palabras correctamente a un ritmo moderado, con o sin voz, según indique la persona.

5. Proporcionar información básica acerca de los derechos y obligaciones.

Las Reglas de Brasilia para el ámbito de la justicia reparadora (jueces y fiscales) incluyen la recomendación de proporcionar la información básica acerca de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad de todas las etapas del proceso judicial o extrajudicial, a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás.

En el ámbito notarial es esencial a nuestra función esta labor de información y asesoramiento que viene consagrada por la legislación de cada país, como veremos posteriormente.

Entre las personas que el notario debe asesorar, se encuentran el colectivo de las personas con discapacidad. El notario prestará todo el apoyo técnico-jurídico que necesite la persona con discapacidad, como hace con cualquier ciudadano que reclama su intervención, actuando, así, como apoyo institucional de la persona con discapacidad.

6. Solicitar información sobre el modo en que requiere o prefiere recibir información.

Existe una creencia generalizada acerca del uso de determinadas formas de comunicación por parte de ciertos grupos de personas con discapacidad (uso del Braille por parte de las personas ciegas o la lengua de señas por las personas sordas). Se recomienda que se consulte con la persona el modo o medio en que requiere o prefiere recibir la información, no dando por supuesto preferencias o modalidades.

A modo ejemplificativo, solamente entre un 10% y un 15% de las personas ciegas leen Braille, y como dato ilustrativo el 93% de quienes tienen discapacidad visual tienen un remanente o algún grado de visión que puede ser distinto funcionalmente para cada sujeto. En igual sentido, las modalidades que cada persona sorda tiene en el uso de la lengua de señas pueden ser diferentes.

En consecuencia, es recomendable adaptar el lenguaje utilizado en función de circunstancias tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, la situación de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se sugiere que las preguntas e información que se brinde se realicen en forma clara y con una estructura sencilla.

7. Consultar si necesita algún tipo de apoyo y de que tipo.

Desde la primera intervención, y en caso de que el notario no conozca o tenga dudas respecto del modo de interactuar con una persona con discapacidad, se recomienda consultar sobre la necesidad de contar con algún tipo de apoyo.

En tal supuesto la definición del apoyo estará dada prioritariamente por la misma persona con discapacidad. En consecuencia, deberían recabarse los elementos necesarios para diseñar una estrategia de intervención adecuada para esa persona en concreto y efectuar y/o solicitar los apoyos necesarios para que la persona se pueda desenvolver en igualdad de condiciones que las demás.

8. Manejarse con naturalidad y no tratarles como niños.

Se advierte que, en ocasiones, al momento de dirigirse a una persona con discapacidad o una persona mayor, se los trata como a un niño/a, ya sea utilizando por ejemplo palabras en diminutivo, o mediante el tono de voz de la expresión.

En todos los casos y, particularmente, respecto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, personas sordas e hipoacúsicas, se recomienda manejarse con naturalidad, evitando sobreactuaciones y utilizar un lenguaje sencillo, sin incurrir a infantilismos (por ejemplo, excesivo uso de diminutivos), evitando la pérdida del rigor técnico exigible conciliado con la debida sencillez.

9. Tener en cuenta la percepción de quien oye y no de quien habla.

Suelen utilizarse palabras y/o frases estigmatizadoras basadas en estereotipos negativos sobre la identidad de las personas con discapacidad.

Se recomienda utilizar un trato respetuoso y, al mismo tiempo, verificar la comprensión por parte de la PCD, y en caso de haber malos entendidos se busquen maneras alternativas de explicar las cuestiones. Para analizar si las palabras o frases estigmatizan, se debería tener en cuenta la percepción de quien la oye y no de quien la dice.

10. Dirigirse directamente a la persona con discapacidad y no tercerizar la comunicación.

Si la persona con discapacidad está acompañada, se recomienda que el operador se dirija directamente a la PCD y no a su acompañante o intérprete, evitando así la tercerización en el manejo de la información.

Se advierte que se suele otorgar mayor credibilidad a la palabra de la familia de la persona que a ella misma. Lo mismo sucede con los profesionales de salud, que en ocasiones desestiman la palabra de la PCD, especialmente psicosocial y/o intelectual. Tal situación también se produce en los casos de personas sordas, en particular, cuando sus familiares son "oyentes".

11. Evitar cualquier tipo de invasión corporal.

En algunas ocasiones pueden requerir adecuaciones y ajustes (por ejemplo, respecto de personas ciegas, la indicación del lugar específico donde debe firmar; las personas con discapacidad física de miembros superiores pueden firmar con el pie o con la boca).

Cada persona en su individualidad conoce cuál es el ajuste que necesita y que le resulta más cómodo y conveniente. Por eso debe consultársele cuál es su requerimiento específico.

Debe evitarse toda invasión corporal (por ejemplo, tomarle del brazo si es ciego o ponerle el lápiz en la boca, a menos que la persona lo solicite expresamente)

12. Accesibilidad física.

Se recomienda la formación en el "diseño universal" integrado en el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad.

En particular para facilitar la circulación de personas con discapacidad sensorial (visual, auditiva y sordoceguera) se sugiere la señalización en lugares adecuados y formatos accesibles.

Para el caso de personas con discapacidad física, se recomienda el acondicionamiento de espacios para el ingreso y circulación, ascensores y la construcción de las rampas, así como también la instalación de sistemas automatizados de elevación.

Se recomienda brindar un espacio físico adecuado para que la PCD pueda acceder a la consulta y demás actos, en condiciones de igualdad con los demás (alturas de las mesas y mostradores).

Confidencialidad en los lugares de recepción o de consultas:

Se sugiere mantener las entrevistas con las personas con discapacidad, o las consultas que éstas realicen, en lugares que generen seguridad y confianza para el caso de personas con discapacidad psicosocial o intelectual, y en los cuales se les garantice la privacidad y la confidencialidad, así como para los supuestos de lectura en voz alta (personas con discapacidad sensorial).

Recomendaciones generales para interactuar con personas con discapacidad:

- Actuar con naturalidad.
- Hablar directamente a la persona con discapacidad, aunque se encuentre con un acompañante.
- Solicitar información a la persona con discapacidad acerca de las ayudas que pueda necesitar antes de brindársela.
- Si no entiende lo que la persona con discapacidad le quiere comunicar, pedirle si puede realizar las aclaraciones correspondientes.
- Centrarse en lo que tiene y no en lo que le falta.
- Si tiene por costumbre saludar con la mano al comienzo de la entrevista, no dejar de hacerlo.
- No generalizar, el comportamiento de una persona con discapacidad no tiene por qué ser igual al de otra.

Recomendaciones para interactuar con una PCD Visual

- No tomar el bastón de una persona ciega dado que es un medio de seguridad, guía fundamental para ella.
- No sustituir palabras de su lenguaje tales como ver, mirar o ciego, ellos también las usan frecuentemente.

- Brindar información sobre las cosas que no pueden ver, como las características del lugar en que se encuentran o de las personas que estén presentes. No acompañar las indicaciones con gestos que no se pueden ver y con palabras sin referencias concretas, como "aquí" o "allí"; en cambio, sí ofrecer más detalles con información relativa a su situación espacial para que resulte más fácil su localización, como, por ejemplo: "a la derecha de la mesa", "a su derecha", otra opción es preguntar si le conduce su mano hacia el objeto.
- Muchas veces una persona con discapacidad visual tiene un buen manejo ambiental, aparentando ver más de lo que ve; se recomienda consultarle qué tipo de ayuda necesita.
- Para indicarle dónde está la silla, se recomienda preguntar si le apoya la mano de la persona ciega sobre su respaldo o, en el caso de una escalera, sobre la baranda o si le basta con las indicaciones orales.
- Avisar cuando llegue o se retire alguien de la sala.

Recomendaciones para interactuar con una PCD Motora

- Ante un obstáculo, escalera o barrera arquitectónica, preguntar siempre a la persona con discapacidad motora cómo puede ayudarla.
- A veces las PCD que usan silla de ruedas pueden caminar y sólo la tienen para conservar energías o para moverse más rápido.
- Preguntar antes de ofrecer ayuda, no forzar a recibir ayuda innecesaria.
- No hay inconvenientes en usar expresiones tales como: caminar, correr, etc.

Recomendaciones para interactuar con una PCD Auditiva:

- Preguntar a la persona sorda o hipoacúsica si maneja el lenguaje oral o la lengua de señas.
- Solicitar en su caso un perito intérprete o mediadores de la comunicación que permitan la interacción y comunicación con el notario.
- Hablar de frente a la persona.

- Llamar su atención con una seña antes de hablarle. Para ello es preferible acercarse y tocarle el hombro ligeramente o mover la mano en el espacio visual de la persona sorda.
- No ponga su mano delante de la boca cuando hable.
- Vocalizar bien, pero sin exageración y sin gritar. No hablar deprisa.
- Respetar los turnos de conversación.
- Construir frases cortas y simples.
- Si es necesario, ayude la comunicación con un gesto o una palabra escrita.
- Si durante la conversación se deben mencionar nombres, apellidos o palabras poco comunes, se recomienda recurrir a la escritura.
- Si son varias las personas que van a intervenir en la conversación, lo adecuado es colocarse en círculo ya que ello facilita la buena visibilidad para todos los participantes en la conversación.

Recomendaciones para interactuar con una PCD intelectual o psicosocial.

- Tratar a las personas de acuerdo a su edad.
- Mantener una actitud sosegada y de escucha activa.
- No temer pedirle que repita algo porque el notario no haya llegado a entender lo manifestado por la persona con discapacidad.
- No completar la frase del que le está hablando, dejar que la persona la termine.
- Utilizar lenguaje claro y sencillo, frases cortas, evitar abstracciones, metáforas, lenguaje ambiguo.
- Reformular los conceptos de ser necesario.
- Recordar que, salvo restricción o incapacidad legal, poseen capacidad jurídica plena.

D. DEBER DE ASESORAMIENTO.

Son partes integrantes del asesoramiento notarial, en su más amplio sentido, las actividades de información, consejo, asistencia y asesoramiento, en sentido estricto:

¿Qué ocurre si la persona que comparece ante notario es una persona con discapacidad?, lógicamente debe recibir, al igual que cualquier persona, la actuación notarial inescindible del funcionario público y profesional del derecho, es usuario de ese servicio público que presta el notario en esa doble dimensión con todos los aspectos que vamos a desarrollar, es decir, de asesoramiento, información, consejo, defensoría social etc. dotándole de las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables que sean necesarios.

De este modo el notario **ofrece** lo que en la terminología de la Convención se denomina "apoyo" para el ejercicio de la capacidad, como hace con cualquier ciudadano, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el alcance y consecuencias del negocio, así como dando su propia opinión sobre la oportunidad de éste como hacemos con cualquier ciudadano que reclama nuestra intervención.

1 Información.

El Notario debe, de modo muy principal, informar al ciudadano y, en base a sus aspiraciones, a la finalidad perseguida y a su voluntad negocial, informará sobre los requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico dándole la forma jurídica más adecuada, pero también informará sobre el alcance y consecuencias del acto jurídico que las partes pretenden.

A diferencia del Abogado, que tiene un deber profesional de parcialidad, el Notario ha de atender por igual a los intereses de las distintas partes en juego, pues la función pública «ha de ser prestada a todos en igualdad de condiciones»; con la particularidad de que, a la hora de informar, esta imparcialidad no debe ser simplemente formal, lo que en casos de notoria desigualdad de los otorgantes implicaría una verdadera toma de partido por uno de ellos, sino sustancial, de manera que el fedatario habrá de prestar un «plus» de asistencia, una información más completa y exhaustiva al contratante necesitado de asistencia especial ya sea porque la otra parte viene asesorada por abogado y ella no, ya sea por sus condiciones culturales, ya sea por las condiciones sociales o ya sea por razón de discapacidad.

2. Consejo.

Si al informar el notario explica los caminos posibles para conseguir los fines que los otorgantes pretenden, con sus características, riesgos e implicaciones, al aconsejar, recomienda dentro de esos posibles caminos, el más adecuado, así los particulares suelen requerir del fedatario un consejo, una orientación, y ello es una muestra de la confianza que la sociedad tiene depositada en la profesión notarial, en base no sólo a los conocimientos técnicos que tiene acreditados, sino, sobre todo, a su constante servicio a la verdad, y a la prudencia que normalmente acompaña su intervención.

El servicio que el fedatario presta al cuerpo social como consejero se enmarca dentro de la dimensión pública de su función, hasta el extremo que el deber de aconsejar, que se enmarca dentro de un escrupuloso respeto y control de legalidad, prevalece aun cuando la petición de orientación no vaya acompañada de un simultáneo requerimiento documental, pudiendo muy bien consistir este consejo en que, precisamente, no sea formalizado documento alguno.

3. Asistencia

Este deber de asistencia tiene una doble manifestación pues, por un lado, deriva del deber de imparcialidad el que deba prestar una asistencia más esmerada al otorgante más necesitado de ella y, por otro, implica un compromiso duradero pues, asesoradas, informadas y aconsejadas las partes, las acompañará por todo ese camino jurídico que hayan optado.

4. Asesoramiento en sentido estricto

Este deber añade calidad y utilidad al ejercicio de la fe pública notarial y es inherente a la función notarial.

El asesoramiento, propiamente dicho, es el que el fedatario ha de prestar de oficio a aquel de los otorgantes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio respecto al otro, más poderoso, más culto o con asistencia jurídica propia, lo que hemos denominado como función niveladora de los otorgantes.

El Notario será imparcial pero no puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, ni ante la falta de libertad civil en la manifestación de la voluntad, y culmina su actuación en el último reducto del deber de asesorar, que no es otra cosa que la lectura «explicativa» de la escritura, que no puede concebirse como una mera declamación ruti-

naria y aséptica del texto escrito, sino como una comunicación comprensible y operativa (que permita decidir con suficiente conocimiento de causa) del contenido íntegro de dicho texto. Con tal fin, esta lectura comunicativa ha de adaptarse cuidadosamente a la capacidad y cultura de los otorgantes, de modo que éstos sepan al tiempo de la firma, que es el momento de la verdad, aquello a lo que van a obligarse.

Desde la primera visita que hace el requirente a la notaría hasta la lectura «explicativa» que acabamos de ver y subsiguiente firma de la escritura, hay una sucesión de pasos que el Notario debe recorrer personalmente en ejecución de su misión asesora.

En este "iter notarial" es él solo, en la intimidad de su despacho, quien debe recibir, aconsejar y ayudar a conformar la voluntad de la persona y quien la traslada al documento, proceso en que cada fedatario aplica su formación y personal criterio, pero también sus propias consideraciones deontológicas o morales.



III. PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO INFORMADO CONFORME A DERECHO: JUICIO DE CAPACIDAD, DISCERNIMIENTO Y COMPRENSIÓN.

La culminación de todo este **proceso o iter notarial** es la prestación de un consentimiento informado conforme a derecho, por el control de legalidad que realiza la autoridad notarial y la realización por parte de la misma del llamado juicio de capacidad, comprensión o discernimiento que implica que los otorgantes del instrumento público notarial conocen y comprenden gracias precisamente a esa intervención notarial:

- lo adecuado del negocio jurídico que se perfecciona a sus pretensiones,
- de su adecuación a la legalidad en virtud del control previo que es obligación del notario,
- de que la forma jurídica negocial que reviste su voluntad es la más conforme, jurídicamente, a ella y
- todos los efectos que la misma despliega, no sólo de aquellos inicialmente pretendidos, sino también aquellos que derivan expresamente de la ley y que se derivarán de su actuación.

El "juicio de capacidad, comprensión o discernimiento" es una de las funciones de mayor trascendencia que el notario realiza en lo que hemos llamado "iter notarial" en aras a conferir seguridad jurídica al negocio que se formaliza a través del instrumento público, manifestación, además, del control de legalidad que compete al notario.

Es el notario el que comprueba que el consentimiento se ha formado regularmente, ausente de vicios y debidamente informado, es uno de los presupuestos de la validez del negocio, queda clara la importancia de la actuación notarial al apreciar y confirmar la capacidad de los otorgantes, pues se debe asegurar de que, a su juicio, los otorgantes tienen la **capacidad civil suficiente** para otorgar el acto o celebrar el negocio concreto, pues dependerá de la naturaleza del acto o contrato y de las exigencias del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas.

No se trata de examinar a la persona con discapacidad (con test de inteligencia o de otra manera) para tratar de determinar el alcance de sus limitaciones, su función no

es constatar que la persona con discapacidad supera un cierto umbral de competencia mínima. La exigencia mínima que el notario se debe plantear no es de una cierta competencia personal, sino la de que el contrato termine por contener una voluntad informada, consciente y libremente expresada, aunque, para formarla, el otorgante haya necesitado recibir un alto nivel de apoyo. Un apoyo que no excluye, sino que por el contrario puede requerir de un alto nivel de consejo y asesoramiento que le ayude a formar su voluntad negocial.

En el juicio notarial de capacidad o comprensión que realiza el notario influyen no solo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también la voluntad y preferencias de la persona cuya apreciación deberá efectuar el notario conforme al principio de control de legalidad que preside la actuación notarial.

Para ello goza el notario de una posición privilegiada por varios motivos: el conocimiento de la realidad social y económica de la persona de que se trate, de su situación familiar, la proximidad al caso concreto a valorar, su relación de confianza con las personas que reclaman su actuación y, lo que es más, su decisión queda limitada al caso concreto que en cada momento se plantea, rodeada de unos parámetros que le son conocidos y, por tanto, más fáciles de evaluar. Además, dicha labor se corresponde claramente con la propia naturaleza y razón de ser de la función notarial, ceñir las disposiciones legales al caso concreto y con arreglo a las circunstancias del mismo.

Ello no debe entenderse en ningún caso como una subversión de disposiciones legales o resoluciones judiciales que resulten de aplicación, y tampoco como menoscabo de la seguridad jurídica que debe presidir la actuación notarial, sino como un imperativo de adecuación de estas al caso concreto y la asunción de un criterio interpretativo que favorezca la inclusión social y el respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Se trata, nada más y nada menos, que de asumir una labor que favorezca el adecuado desarrollo de las personas con discapacidad, promoviendo, como consagra la Convención, su inclusión en la sociedad, que en la medida posible su voluntad tenga cauce adecuado para regir sus persona y bienes y, en definitiva, que más que objeto se conviertan, con la mayor plenitud posible, en sujetos de derecho pues el notariado está integrado dentro de lo que el artículo doce de la Convención de Nueva York denomina "autoridad" como ha señalado el informe de la relatora de Naciones Unidas.

Por este motivo, los notarios deberán velar por los derechos de las personas con discapacidad, ya sea cuando en un acto notarial intervengan personalmente, o bien cuando sus intereses se vean comprometidos en un negocio jurídico. Si una persona con alguna discapacidad ejerce sus derechos por sí misma, deben asegurar que está obrando con discernimiento, intención y libertad; es decir, que realmente comprenden los alcances del acto que desean otorgar como hace el notario con cualquier ciudadano.

Los principios del Derecho civil establecen que los actos humanos, para que produzcan efectos, deben ser voluntarios y consentidos. La voluntariedad requiere una comprensión básica de su significado y consecuencias. Por lo tanto, la perfección del contrato debe basarse en el consentimiento y, si el negocio está siendo autorizado por una autoridad o funcionario, éste debe valorar que hay consentimiento suficiente para el acto concreto. Así pues, el notario apreciará la capacidad, el consentimiento dado por las partes, con arreglo a las normas generales, también cuando intervengan personas con discapacidad.

Del mismo modo, cuando la persona con discapacidad requiera además del apoyo institucional del notario el uso de otros apoyos, que hayan sido establecidos previamente por resolución judicial o ante la propia autoridad notarial, el notario requerirá la intervención de otra u otras personas que le presten ese apoyo establecido. En ese caso, el notario también tiene que valorar que la persona que preste apoyo comprenda el negocio y sus consecuencias jurídicas, incluso asegurarse que comprende bien la naturaleza y la responsabilidad de su actuación como apoyo a la persona con discapacidad. Todas esas voluntades sumadas, la de la persona con discapacidad y la del que presta el apoyo, ya sea este voluntario, obligatorio o institucional, integran una sola parte que permiten a la primera ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.

A la espera de la necesaria reforma legislativa sabiendo que el notario cumpliendo su labor de asesoramiento y control de legalidad realiza la función de apoyo y de autoridad que controla las salvaguardias y permita el ejercicio de derechos, vamos a analizar qué supuestos **podemos encontrarnos en la práctica notarial:**

A . PERSONAS CON RESOLUCIÓN JUDICIAL DE INCAPACITACIÓN SOMETIDAS A SISTEMAS DE GUARDA Y PROTECCIÓN.

En este caso en tanto el legislador no corrija estas situaciones ni establezca un régimen transitorio:

Habrá que estar a las normas de derecho sustantivo, no podemos como autoridad pública autorizar documentos que por no cumplir las exigencias del derecho sustantivo puedan ser sancionados de nulidad de pleno derecho.

Habrá que estar a la resolución judicial que determine la incapacitación y al sistema de guarda y protección establecido por la misma, pero en este caso hemos de recordar:

- a) Que hay **determinados derechos personalísimos** que no pueden estar dentro del ámbito de la resolución judicial, por ejemplo, el matrimonio, el voto, el testamento respecto de los cuales habremos de estar a las normas específicas previstas en nuestros respectivos ordenamientos.
- b) Que aun en el caso de estar la persona sometida a un régimen de sustitución, siendo necesaria la intervención de tutor o curador para la validez y eficacia jurídica del acto, **debemos procurar la participación efectiva de la propia persona con discapacidad** a quien se le brindará igualmente la labor de asesoramiento e información pues el documento notarial recogerá un acto jurídico suyo, por ejemplo, aceptación de una herencia o compraventa.

Si bien es cierto que esto último no es exigido por el derecho, no puede ser que permitamos que un acto de la vida de una persona vaya al margen de ella y sin su conocimiento y conformidad.

B. PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL: SIN INCAPACITAR Y SIN SISTEMA DE GUARDA Y PROTECCIÓN:

Esta es la situación en la que se encuentran la mayoría de las personas con discapacidad que viven su vida jurídica al margen de la incapacitación:

Compran el pan, van al cine, toman el autobús, compran ropa... sin que se haya desplegado sobre ellos el llamado "sistema de Guarda y Protección que prevén nuestras legislaciones nacionales", y son estas personas las que en la mayoría de los casos se ven abocadas a la incapacitación cuando por alguna circunstancia tienen que realizar un concreto acto jurídico, como por ejemplo, aceptar la herencia de sus padres, a este aspecto se refiere la relatora al decir que nos podemos convertir de facto en impedimento para el ejercicio de derechos y fuente de incapacitación.

Esta situación nos lleva sacar varias conclusiones del sistema actual:

1. El sistema de guarda y protección **solo se despliega a favor del incapacitado**, no a favor de la persona con discapacidad, buscando la protección de su patrimonio, no de la persona, y sin ninguna finalidad de integración y fomento de la autonomía ni desarrollo personal.

2. **Y se actúa como si, en general, las personas con discapacidad formaran un colectivo homogéneo**, como si todas las personas que tienen discapacidad, especialmente intelectual, **precisaran del mismo trato**.

Se utiliza la expresión plena capacidad, que se tiene o no se tiene, cuando en realidad debería atenderse a la idea de la "capacidad suficiente" para cada caso y que dependerá de múltiples factores como la educación, la cultura, la experiencia de vida, etc. El concepto social de la discapacidad, entendida como limitación, debe transformarse en concepto jurídico, en el sentido de forma de ejercer la capacidad, que es lo que consagra la Convención al reconocer el ejercicio de la capacidad a toda persona con el paradigma de los apoyos.

En estos supuestos no sólo hemos de tener presente la Convención-que es derecho interno con valor constitucional- y el reconocimiento del ejercicio de la capacidad que hace el artículo doce sino que, conforme a las legislaciones nacionales, al no existir sentencia de incapacitación nuestros códigos civiles reconocen la capacidad pues existe una presunción de capacidad, de modo que en este caso el notario tiene un amplio margen de maniobra en esa labor de asesoramiento, consejo, apoyo institucional, consentimiento informado y juicio de capacidad o comprensión para permitir el ejercicio de la capacidad de la persona con el apoyo institucional del notario que controla la legalidad de los instrumentos que autoriza teniendo presente las **siguientes recomendaciones**:

- Salvo resolución judicial, la capacidad se presume siempre y no hay restricción alguna.
- El Notario no realiza un juicio médico: lo "determinante" no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo.
- El juicio notarial de capacidad o discernimiento no se refiere a una capacidad abstracta ni a una capacidad perfecta sobre cualquier aspecto de la vida. Eso no lo hacemos ni con las personas en quienes no concurre una discapacidad. Nuestro juicio de comprensión se refiere a un hecho y un acto concreto con unas coordenadas específicas y un momento concreto.

- Que en este ejercicio de la capacidad deben proporcionarse los apoyos que sean necesarios, valorando en función de la persona, sus necesidades y preferencias y la trascendencia del acto o contrato que quiere realizar, atendiendo a la capacidad suficiente para el caso concreto; no es lo mismo aceptar una donación, que celebrar un préstamo, o hacer testamento o comprar una botella de agua en el supermercado, en cada caso la intensidad del apoyo será diferente.
- No existe una enumeración taxativa de qué ha de entenderse por apoyo ni ajuste razonable puesto que dependerá de la persona, por un lado, y del acto que desea otorgarse o derecho que deba ejercitarse. Pueden ser diversos desde un punto de vista funcional, como el recurso a apoyos lingüísticos (lengua de signos, Braille, tablets y dispositivos informáticos) como material, (consentimientos asistidos, asentimientos realizados por otras personas...) y, en todo caso, la propia actuación notarial se configura como una forma de apoyo Institucional.
- Se recomienda dejar constancia en el instrumento público de todas las actuaciones realizadas por el notario como apoyo institucional, así como de las medidas de apoyo, materiales, funcionales o de cualquier índole que han permitido a la persona ejercitar el derecho concreto de que se trate.
- No debe confundirse "influencia indebida" con "apoyo" pues no hay límite en cuanto a la intensidad del apoyo recibido, ni en cuanto a la mayor o menor "parte" que la voluntad del tercero represente en formación de la voluntad conjunta final. El notario debe preocuparse de constatar a este respecto que la influencia no es indebida, porque involucre un conflicto o contraposición de intereses, de lo que deberá dejar constancia en el instrumento público.
- El apoyo no es la persona que firma con la PCD sino que el o los apoyos son aquellos medios, personas o ajustes razonables necesarios para que el individuo pueda comprender y formar su voluntad en relación con un acto jurídico concreto.
- Deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas que concurren y entre otras:
 1. La intensidad de los apoyos recibidos.
 2. La trascendencia económica y jurídica del acto.
 3. La previa consumación de prestaciones.
 4. La constitución de obligaciones futuras a cargo de la PCD.
- La labor de prevención del abuso e influencia indebida que como funcionario público debe desarrollar.

- La exigencia por el notario de un verdadero consentimiento negocial: con más o menos apoyo o si prefiere no usar otro que el que le presta el propio notario, pero la persona con discapacidad **debe querer y comprender** lo que contrata o dispone.
- Comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce o retuerza la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, ante una actitud ausente y desentendida por parte de la que tiene discapacidad.
- Control notarial de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad se forme su propio consentimiento.
- El notario debe calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada.

IV. LAS NECESARIAS REFORMAS LEGISLATIVAS: EL NOTARIO COMO CREADOR DE DERECHO.

Una de las recomendaciones de la UINL fue:

"Promover reformas legislativas que reconozcan el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la Convención: a este respecto apela a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos que respondan a la nueva realidad social tal y como ha pasado en otros ámbitos como el aprovechamiento por turnos, la propiedad horizontal, los poderes preventivos, el patrimonio protegido. El notariado ve la nueva problemática de la sociedad y podemos dar respuesta jurídica."

Quizás, el principal problema al que se enfrenta la Convención consiste en que, por el momento, solo disponemos de pocas reformas globales y pequeños ejemplos prácticos en la legislación que priman la autonomía de las personas y esas prácticas no son suficientes para determinar la manera de asegurar el acompañamiento en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y, por tanto, una eficaz implantación del sistema de apoyos.

El punto fundamental consiste en establecer **confianza y dotar de seguridad jurídica** a los sistemas de apoyo para todas las personas con discapacidad, caso contrario, las propias personas con discapacidad podrían quedar al margen de la vida económica y social, pues todo sistema que sea fuente de inseguridad es rechazado por la sociedad, así lo proclama la Convención al hablar de "autoridad u órgano judicial".

Las características del NUEVO SISTEMA deben ser a nuestro juicio las siguientes:

1. Deben desvincularse de la previa incapacitación, la distinción entre capaces e incapaces está superada por la Convención, es decir, **no puede negarse el ejercicio de la capacidad jurídica sino que, en vez de negar, debemos partir de un punto de vista positivo: debe reconocerse el DERECHO a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica**: podrían denominarse procedimientos de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.
2. El sistema de provisión de apoyos debe dotarse de la seguridad jurídica necesaria para que se garantice a las personas con discapacidad el derecho a ejercitar su capacidad y contratar con terceros, de modo que no queden fuera del mercado, eso es lo que verdaderamente implica ejercitar derechos en condiciones de igualdad con los demás. Por ello deben arbitrarse medidas judiciales y no judiciales con la intervención del concepto de "autoridad" como la notarial o en su caso "órgano judicial" de la Convención para la determinación del sistema de apoyos. Habrá apoyos formales e informales en función de la trascendencia jurídica del acto y la implicación de los terceros.
3. El apoyo variará tanto por razón del sujeto, pues todos tenemos distinta capacidad mental, distinto entorno, distinta cultura, distinta formación y educación, como por razón del objeto, es decir, en función del ejercicio del derecho de que se trate y de su repercusión para con los terceros, pues no es lo mismo comprar una entrada de cine que comprar una casa, el llamado comúnmente "traje a medida". Los apoyos en función de esas variantes podrán ser formales o informales.
4. La finalidad del sistema de apoyos debe ser garantizar el ejercicio de los derechos y debe basarse en las preferencias y voluntad de la persona.
5. Para ello es preciso idear formas aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio y a ayudarle a tomar y realizar sus decisiones más que a privarle de capacidad.

6. La supervisión por parte de una autoridad u órgano judicial debe proporcionar las salvaguardias adecuadas en una doble vertiente:

A) Positiva: en la determinación de los apoyos que garantice el respeto a los derechos, la voluntad, y preferencia de la persona.

B) Negativa: para evitar abusos mediante mecanismos de control: un régimen adecuado de control de los actos de las personas, físicas o jurídicas, encargados del "apoyo o asistencia en el ejercicio de la capacidad" de las personas con discapacidad. Tal régimen de control no tiene por qué ser siempre directo: puede establecerse simplemente la necesidad de ciertos consentimientos complementarios o de cierta asistencia técnica para aquellos casos en que la persona que ha instituido el mecanismo de protección no los ha previsto.

7. Es imprescindible la formación y especialización de todos los operadores jurídicos.

8. Los sistemas de determinación de apoyos deben concretarse con un régimen de publicidad adecuado tanto para llevar un efectivo control de los mismos como para procurar el debido conocimiento por los terceros, a fin de hacer efectivo el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y evitar la alegación de desconocimiento o ignorancia cuando se hayan perjudicado sus intereses.

9. Incrementar el régimen de responsabilidad de las personas e instituciones que ejerzan labores de apoyo, de los que ejercen tales labores por designación directa de la persona con discapacidad o de sus familias. Además de someter su labor a la supervisión por la autoridad pública, establecer en su caso, un sistema de rendición de cuentas de la persona y los bienes, y/u obligar a la constitución de garantías especiales, al menos para los supuestos en que el ordenante de la disposición no las hubiera excluido.

10. La intervención por parte de la Administración pública debe guiarse por los principios que le son propios: la necesidad, (actuación pública cuando las circunstancias fácticas, físicas y psíquicas, del sujeto lo demanden), subsidiariedad (adopción de medidas de protección pública cuando no sean suficientes o adecuadas las medidas adoptadas privadamente para la protección de la persona vulnerable) y proporcionalidad (adecuación de la medida a las circunstancias personales de la persona y revisión periódica de la medida para comprobar si se sigue acomodando a aquéllas).

11. Paralelamente deben adoptarse medidas sociales, fiscales, laborales, educativas y sanitarias.

CONCLUSIÓN

El art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad representa la aspiración cumplida de quienes se han ocupado de la proclamación de los derechos de las personas con discapacidad, no como derechos de nueva creación, sino como la actualización y concreción de la cultura de los derechos fundamentales en las personas que tienen algún componente de discapacidad que les impide ejercerlos en plano de igualdad con el resto de las personas.

Es por ello, que la filosofía que informa y consagra toda la Convención es la del ejercicio de derechos con apoyo por la persona con discapacidad y, en aquellos aspectos de imposible ejercicio su complemento auxiliador, pero siempre respetando y teniendo en cuenta su voluntad y preferencias. Ello exige, también, una actitud vigilante de los organismos públicos para asegurar que la protección no encubre un aprovechamiento por parte de aquellas personas que deben apoyar a la persona con discapacidad.

Es fundamental establecer cuanto antes un sistema de apoyos **FORMAL JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL** a la luz de las directrices recogidas por el art. 12. En cierta forma, de la eficacia de estas medidas depende el éxito del artículo, pues si no hay confianza en el sistema de apoyos, difícilmente podrán ser considerados como tales, y la solución más fácil será la vuelta al sistema de sustitución, que tanto tiempo y esfuerzo ha costado superar. Para ello, los operadores jurídicos deben formarse de tal manera que sepan dónde y cómo pueden disponer de los apoyos. En este sentido, será necesaria una completa colaboración entre instituciones públicas y privadas, de modo que puedan optimizarse todos los medios disponibles.

Esta optimización es imprescindible, y más aún en el estado actual de la economía, donde los recortes presupuestarios son cada vez más significativos y, desgraciadamente, las políticas sociales se ven muy afectadas. Por otro lado, no debemos olvidar que el colectivo de la discapacidad no es un grupo homogéneo y, en consecuencia, cada situación merece un trato diferenciado. Las medidas de apoyo deben ser, por consiguiente, cuantiosas y diversas para poder hacer frente a todas las posibles situaciones, por lo que dicha colaboración entre agentes públicos y privados es imprescindible. Hay que evitar caer en la estandarización de medidas de apoyo. Esta solución es la más cómoda y es una forma simple de "lavarse las manos", pero justamente por eso, el esfuerzo tiene que ser mayor.



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

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Presidente

Almudena CASTRO-GIRONA MARTINEZ
Avenida Pau Casals 14 entresuelo primera
08755 Castellbisbal, España
+34- 937723983 / +34-661924695
fax +34- 93 7722589
e-mail: almudena@castro-girona.com

Vicepresidente

Otilia ZITO FONTAN
Argentina
+54-11-44111045
+54-11-42247272
e-mail: otiliazitofontan@hotmail.com

Vicepresidente

Yolande FOLDAH-KOUASSI
Résidence Bellerive, 8ème étage, porte 29
Avenue Lamblin prolongée, Plateau
01 B.P. 3871 Abidjan 01, Côte d'Ivoire
e-mail: etude.yfk@notaire.c

Vicepresidente

Donatella QUARTUCCIO
Piazza della Rinascita, 75
I - 65122 Pescara, Italia
+39-085 27776 – 085 880554
Fax: +39-085 8809678
e-mail: dquartuccio@notariato.it

Vicepresidente

Joëlle SCHWACHTGEN
4, rue Alexis Heck
L-9242 DIEKIRCH, Luxembourg
Tél . : +352 80 35 16
Fax. : + 352 80 81 47
e-mail : joelle.schwachtgen@njs.lu

Secretaria

Rosalía Mirella MEJIA ROSASCO DE ELIAS
Av. República de Panamá 6540, Barranco.
CP 15047 Lima, Perú
+51-1-445 1499 / 445 3197/961763316
e-mail: rosamej@gmail.com
<http://www.notariarosaliamejia.com>

MIEMBROS

ÁFRICA

Kamal FETTIS

Quartier de 384 logement bâtiment c N° 22, 2eme étage n ° 05

Saïd – Ham dine - Bir Mourad Rais

Algérie

+213-661.720.102

e-mail: fettiskamal@yahoo.fr

Algeria

Berthe Lydie MIME NDOUM

Boite n° 887 Kribi

Cameroun

+237 677 024 774

e-mail : cabmimendoum@yahoo.fr

Camerún

Serge ROUX

Abidjan-Cocody, 01

BP 6853 Abidjan 01

Côte d'Ivoire

+225 22 44 41 18 / +225 22 44 62 09

Fax: + 225 22 44 13 91

e-mail: serge@maitreroux.com;

roux.sergenotaire@gmail.com

Costa de Marfil

Abdelaziz SEKKAT

45, Avenue Hassan II

Immeuble Al Watanyia FES

Maroc

+212 35 62 02 04

+212 35 65 13 34

e-mail: maitresekkat07@gmail.com

Marruecos

Boubacar MADOUGOU
Rue du Kalley-Est Derrière Pharmacie Any Koira
BP : 10330 Niamey (République du Niger)
+227) 20 73 93 53,
e-mail :etudenotariale64madboubacar@yahoo.com

Níger

Me MASSIEL
Tchad

Chad

Koffi David TSOLENYANU
174, Rue des Sarrasins Tokoin Gbossimé
08 BP 80645 Lomé
Togo
+228 220 71 75/+228-90085135
Fax: +228 225 12 02
e-mail: tsoledodzi@hotmail.com

Togo

AMÉRICA

Agueda CRESPO
Calle Charcas 3106, P.B., "B"
C.P. 1425 – Buenos Aires
Republica Argentina
+54-11-4826-5038 / 4827-0587
e-mail: aguedacrespo24@gmail.com

Argentina

María del Carmen NIETO VEGA
Subida de Boulevard Guanajuato 16,
Col. Nuevo Guanajuato - 36003 Guanajuato
México
+55 52473 7326992
Fax: +55 52473 7327133
e-mail: nietocarmen@hotmail.com

México

Christine MORIN
Université Laval, Fac. Droit
1030 des Sciences-Humaines bur. 4265
Québec (Québec)
G1V 0A6 Canada
+ 1 418 656-2131 #3987
Fax : +1 418 656-7230
e-mail : christine.morin@fd.ulaval.ca

Canadá

ASIA

YIN Nongli
Xihu Notary Public Office, Hangzhou City,
Zhejiang Province
China
+86 13396522788
e-mail: 15996386@qq.com

China

EUROPA

Isabella EBERL
Raiffeisenstraße 3
A-5660 Taxenbach
+43 6543 5253/0
Fax: +43 6543 5253/21
e-mail: office@notarin-eberl.at;
i.eberl@notarin-eberl.at
Web : <http://www.notarin-eberl.at>

Austria

Juan Ignacio GOMEZA VILLA
Alameda Urquijo 12
E-48008 Bilbao
España
+34-94-4795280
Fax: +34-94-4167926
e-mail: juanignacio@gomezacom

España

Nikolaos PAPTHEOU
13, rue Mavrokordatou
GR 10678 Athènes-Grèce
+30-210-3249304
Fax :+30-210-3249873
e-mail : nikpapatheou@yahoo.gr

Vancho ANDONOVOSKI
Bul. "Koco Racin" 7ª, 1/1
1000 Skopje
République de Macédoine du Nord
+389-75-554-433
e-mail :notarandonovski@t.mk

Rade JOVANOVIĆ
Ul. Kalimanj b.b.
Tivat
Tel.: +381 32 671 709
Mobile: +381 69 041 395
Fax: +381 32 671 709
E-mail: notarjovanovic@gmail.com

Claudiu Nicolae BRA
Bd. Gral. Vasile Milea, bloc B1, ap. 1
550331 Sibiu
Romania
/fax: +40 269234461
e-mail: bnpclaudiu@rdslink.ro
bara.claudiu@enp.ro

Grecia

Macedonia del Norte

Montenegro

Rumanía

NOTARIADOS MIEMBROS UINL

Albania	España	Nicaragua
Alemania	Estonia	Níger
Andorra	Federación de Rusia	Países Bajos
Argelia	Francia	Panamá
Argentina	Georgia	Paraguay
Armenia	Grecia	Perú
Austria	Guatemala	Polonia
Bélgica	Guinea	Portugal
Benín	Haití	Puerto Rico
Bolivia	Honduras	Quebec (Canadá)
Bosnia y Herzegovina	Hungría	República Centrafricana
Brasil	Indonesia	República Checa
Bulgaria	Italia	República de Corea
Burkina Faso	Japón	República de Macedonia
Camerún	Kosovo	del Norte
Chad	Letonia	República de Moldova
Chile	Líbano	República Dominicana
China	Lituania	Rumanía
Ciudad del Vaticano (Estado de la)	Londres (Reino Unido)	San Marino
Colombia	Luxemburgo	Senegal
Congo	Madagascar	Serbia
Costa Rica	Mali	Suiza
Côte d'Ivoire	Malta	Togo
Croacia	Marruecos	Túnez
Cuba	Mauricio	Turquía
Ecuador	Mauritania	Ucrania
El Salvador	México	Uruguay
Eslovaquia	Mónaco	Venezuela
Eslovenia	Mongolia	Viet Nam
	Montenegro	



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

