

XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

San Juan, Puerto Rico, del 20 al 22 de octubre de 2021

-Tema II «El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito notarial»

-Coordinador internacional: Not. Mario César Romero Valdivieso (Perú)

-Coordinadores nacionales: Escs. Carlos Groisman y Gonzalo Trobo (Uruguay)

-Ponencia del Esc. Juan Pablo Villar Domínguez (Uruguay)

-Título: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA VULNERABILIDAD Y LA FUNCIÓN NOTARIAL.

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA VULNERABILIDAD Y LA FUNCIÓN NOTARIAL.

RESUMEN EJECUTIVO.

-Se analizan las repercusiones en la función notarial de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por el Estado Uruguayo a través de la ley 18.418, en especial, lo relativo a la situación de las personas con discapacidad por causa de deficiencia mental o intelectual.

-Se sostiene que, como regla, el hecho de que la aptitud intelectual o mental de una persona humana no alcance los parámetros de “normalidad” ya no es una causa de incapacidad de obrar.

-Sin embargo, la incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental sigue vigente, como excepción, en aquellos casos extremos en los cuales la deficiencia es tan intensa que impide que el sujeto tenga el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

-Del mismo modo, el juicio notarial de capacidad sigue vigente, pero los casos en que el Escribano puede concluir que el sujeto es incapaz para celebrar un negocio se ve reducido a situaciones extremas. En los demás casos, se debe concluir que la persona es capaz.

-La reducción de casos de incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental provoca que el ámbito de actuación de personas capaces pero vulnerables por discapacidad intelectual o mental se amplíe notablemente y como consecuencia, el juicio notarial de vulnerabilidad de las personas capaces toma un mayor protagonismo que el que tenía con anterioridad

- El principio central del respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad y la libertad de tomar sus propias decisiones debe balancearse con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar. Las medidas de apoyo son instrumentos idóneos para realizar ese balance y deberán determinarse para cada caso concreto en base a la ponderación de los dos principios referidos.

-Sin perjuicio de la importancia de que se dicte una ley integral de medidas de apoyo, se sostiene que diversas medidas pueden ser utilizadas en la actualidad en virtud de los principios y reglas que surgen de la CDPD, aunque no se haya dictado una ley que las regule de manera específica.

-Se destaca el rol que puede cumplir el Escribano a través de su asesoramiento a efectos de que se concreten medidas de apoyo por voluntad anticipada, de evitar que las personas con discapacidad queden ubicados en situaciones de vulnerabilidad mediante la “imparcialidad activa” y de informar a quien tenga un interés legítimo, sobre la posibilidad de instar al órgano público competente la determinación, adecuación o cancelación de medidas de apoyo, cuando no se ajusten a las circunstancias actuales de la persona.

INTRODUCCIÓN.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) realizada el 13 de diciembre de 2006, por su carácter holístico, refiere a todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad, incluidos, aquellos vinculados a la actividad notarial. Uno de los ámbitos de mayor relevancia para el notariado es el de la capacidad jurídica.

Dicha Convención fue ratificada por el Estado Uruguayo a través de la ley 18.418 y generó además de una modificación normativa (comprensiva de principios y reglas), un cambio de paradigmas en el tratamiento jurídico de las discapacidades, que obliga al intérprete, entre otros aspectos, a re-plantearse la vigencia y configuración de los conceptos de capacidad, incapacidad, discapacidad y vulnerabilidad.

Resulta del artículo 12 de la CDPD que las personas con discapacidad, tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y que los Estados Partes, deben adoptar las medidas pertinentes para que dichas personas puedan acceder al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La cuestión, pasa por responder si esta regla, admite o no excepciones. Si se concluye que la regla no admite excepciones, entonces las situaciones de incapacidad por deficiencia mental o intelectual ya no existirían, en cambio, si se concluye que la regla admite excepciones, las situaciones de incapacidad por dicha causa persisten aunque solo para casos excepcionales.

En el presente trabajo se sostiene que la referida regla admite excepciones y por tanto, el concepto de incapacidad de obrar por causa de deficiencia mental o intelectual sigue vigente, aunque ha visto reducido su campo de aplicación a casos extremos, en los cuales la deficiencia es tan intensa que impide al sujeto tomar sus propias decisiones.

La reducción de casos de incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental, provoca que el ámbito de actuación de personas capaces pero vulnerables por dicha causa se amplíe notablemente.

A partir de dichas premisas, se estudian las repercusiones de la CDPD en materia de discapacidad por causa de deficiencia intelectual o mental en la función notarial. En especial, se analizan los efectos que producen los cambios introducidos por dicha

normativa en el juicio notarial de capacidad y en el de vulnerabilidad de las personas capaces.

Un principio fundamental que resulta de la CDPD es el del respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. Sin embargo, no es el único principio aplicable y también es muy importante el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar.

En tal sentido, se analiza cómo deberían balancearse esos dos principios destacándose que las medidas de apoyo son instrumentos idóneos para lograr ese balance.

Con relación a las medidas de apoyo, el Escribano puede cumplir un rol importante en distintas instancias que incluyen, el asesoramiento en medidas de voluntad anticipada, el control de que las medidas adoptadas se apliquen de manera correcta, informar a las personas sobre la posibilidad de instar al órgano público competente que revise si la medida adoptada es la adecuada para las circunstancias actuales de la persona, etc.

Para finalizar esta introducción, destaco que el Notariado de Tipo Latino tiene el deber ético, consigo mismo y con la sociedad, de asumir un rol protagónico en la promoción, desarrollo e implementación de aspectos vinculados a los derechos humanos y en particular, de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil en condiciones de igualdad.

PRIMER CAPÍTULO PRINCIPAL. PANORAMA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL O MENTAL EN URUGUAY.

1) Datos estadísticos.

El Estado Uruguayo realizó un informe inicial sobre las medidas que ha adoptado para cumplir las obligaciones que contrajo por la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 35.1 de dicha Convención.

En él se expresa que los datos preliminares del último Censo Nacional del año 2011 indican que de los 3.251.654 habitantes con los que cuenta Uruguay, 517.771 presentan algún tipo de discapacidad. Se especifica que de ese total, presentan una discapacidad leve 365.462, una discapacidad moderada 128.876 y una discapacidad severa 24.433 personas. En términos porcentuales, de acuerdo a estas cifras un 15,9% de la población uruguaya está formada por personas con discapacidad.

Surge de dicho informe que de acuerdo a estudios llevados a cabo por el Programa Nacional de Discapacidad (PRONADIS) para un alto porcentaje de la población estudiada no hay mayor incidencia en las actividades de cuidado personal, trabajo doméstico y recreación dentro y fuera de la casa. Sin embargo, un 50% se ve muy afectado para sus estudios y un 31% señala que lo afecta para el trabajo.

Se manifiesta también que datos preliminares del estudio realizado por el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) y la Red Temática de Discapacidad de la Universidad de la República (2009) en hogares con extrema pobreza, señalan que el 59% de los niños presentan discapacidad mental, distribuyéndose de la siguiente manera: 49% intelectuales, 13% psíquicas y 38% ambas (estos datos corresponden a los primeros 238 hogares relevados en los cuales residen 404 personas con discapacidad).

Los datos estadísticos mencionados reflejan de manera elocuente la importancia que el tema tiene para la sociedad y como consecuencia, para el Notariado.

2) El cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad y su recepción por el Derecho Positivo Uruguayo.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad generó un cambio de paradigma en el tratamiento de las discapacidades, al dejar atrás el denominado “*modelo médico*” y pasar al llamado “*modelo social*”.¹

El “*modelo médico*” o “*rehabilitador*” considera al discapacitado como una persona que sufre una anomalía funcional que lo coloca en una situación de deficiencia con relación a la normalidad de las personas. El tratamiento de la discapacidad se orienta con carácter prioritario en curar a la persona para restaurarla a la “*normalidad*” y cuando no se logra el “*nivel de normalidad*”² requerido es objeto de políticas asistencialistas.

Señala GONZALEZ RAMOS³ que el modelo médico “*sitúa el “problema” de la discapacidad en la persona misma, quien requiere tratamientos médicos para ser rehabilitada; asimismo, entiende a la persona con discapacidad como objeto de análisis clínico, de seguridad social, de cuidado médico o de caridad, alejándose de la idea de la persona como un sujeto titular de derechos*”.

Bajo este modelo, si la discapacidad afecta la aptitud mental o intelectual del sujeto o le impide comunicarse mediante los signos legalmente admitidos para ejercer la actividad civil, como regla, la persona pierde su autonomía al sustituirse su voluntad por la de un representante legal (curador) en la toma de decisiones que afectan su propia vida.

Dicha pérdida de autonomía se traduce en la incapacidad de la persona para ejercer sus derechos por sí mismo (incapacidad de ejercicio) y, cuando determinados derechos no pueden ser ejercidos por el representante legal, sea por tratarse de un

¹ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “*Discapacidad, normalidad y derecho humanos*” en el libro “*Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*”, Tirant Lo Blanch, 2014, Valencia, ISBN: 978-84-9053-389-5, pág. 90: “Es común señalar que la CDPD impone un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad desde el modelo médico al modelo social y desde la perspectiva asistencialistas a la perspectiva de los derechos humanos. Pero, además, y vinculado con lo anterior – siguiendo a M.C. Barranco y como se indicó al inicio- la CDPD expresa también un cambio de paradigma en el tratamiento general de la vulnerabilidad”. En página 74 y siguientes se refiere al “*modelo médico*” y al “*modelo social*”.

² Expresión utilizada por CUENCA GÓMEZ, Patricia, ob. cit. pág. 6.

³ GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim “*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*” México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 15.

acto personalísimo (ej. otorgar testamento) o porque una norma prohíbe al representante celebrar determinados actos (ejemplo: renunciar a derechos), directamente, se traduce en la pérdida del goce de esos derechos (incapacidad de goce).

El “*modelo social*”⁴ traslada el eje del tratamiento de la discapacidad desde el individuo a la sociedad, en el sentido de que es la sociedad la que tiene que cambiar para incluir a las personas con discapacidad y no la persona con discapacidad la que tiene que adaptarse a la sociedad para ser integrada.

Señala GONZALEZ RAMOS⁵ que el modelo social o de derechos humanos “*se enfoca en la dignidad de la persona humana y, posteriormente, y sólo si es necesario, en la discapacidad. Localiza el “problema” de la discapacidad fuera de la persona, en la sociedad, la que no ha sido capaz de adaptarse a las necesidades de todas las personas que viven en ella. De lo anterior se deriva que el Estado sea el responsable de eliminar las barreras creadas socialmente que impiden a las personas con discapacidad gozar de un igual respeto y disfrute de derechos humanos. Asimismo, centra en el individuo la toma de decisiones que le pueden afectar*”.

Se distingue entre los conceptos de deficiencia y discapacidad, porque el primero es la pérdida o limitación total o parcial de un mecanismo del cuerpo mientras que la segunda es la desventaja causada por la organización social que excluye a las personas con deficiencias de las actividades sociales.⁶

Este modelo aboga por la inclusión de las personas con discapacidad en los diversos ámbitos de la sociedad, sea educativo, laboral, económico, etc. El modelo no pretende la creación de nuevos derechos para las personas con discapacidad, este modelo busca, por medio de los necesarios ajustes, que los derechos ya existentes sean disfrutados por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.⁷

⁴ Véase CUENCA GÓMEZ, Patricia, ob. cit. pág. 83 y siguientes.

⁵ GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim “*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*” México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 16.

⁶ Conforme GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim “*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*” México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 17.

⁷ Conforme GONZALEZ RAMOS, Alonso Karim “*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*” México, 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1, pág. 18 y 40.

Otro aspecto clave de la Convención se encuentra en preferir el modelo de la “*asistencia en la toma de decisiones*” a través de medidas de apoyo adaptadas a las necesidades de la persona y que preserven su autonomía de la voluntad, sobre el modelo de la “*sustitución en la toma de decisiones*” que implica la designación de un curador con facultades representativas que sustituye la voluntad de la persona con discapacidad.

La inclusión de las personas con discapacidad en la actividad civil requiere de la construcción de nuevas formas relativas al goce y ejercicio de los derechos, que sean sensibles a sus diferencias. Estas nuevas formas se traducen en “*medidas de apoyo*” que sean proporcionales a las necesidades del discapacitado por causas mentales, intelectuales, físicas o sensoriales y que le permitan –siempre que sea posible– conservar su autonomía para tomar sus propias decisiones y consecuentemente, preservar su capacidad de goce y ejercicio.

Las personas con discapacidad deben poder gozar y ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos en condiciones de igualdad y para ello, es necesario rediseñar la forma en que pueden hacerlo.

Como señala CUENCA GÓMEZ⁸, la incapacitación, que implica privar a las personas con discapacidad del control sobre sus propias vidas, se presenta como una de las expresiones más evidentes de carencia de poder. Para evitar dicha situación, las condiciones de acceso a la capacidad jurídica y sus modalidades de ejercicio deben adaptarse a las necesidades de las personas con discapacidad, y ello exige, la erradicación de las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones.

A través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector⁹ y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

⁸ Ob. cit. pág. 88.

⁹ PETIT SÁNCHEZ, Milagros “*La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*” Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 267: “los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial– y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la óptica de la institución que protegía–, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada”.

El Estado Uruguayo ha ratificado la CDPD a través de la ley 18.418. En virtud de dicha ratificación, las normas que surgen de la Convención forman parte del Derecho Positivo Uruguayo vigente y por lo tanto, el ordenamiento jurídico uruguayo recogió el cambio de paradigma mencionado.

3) Evolución normativa en materia discapacidad mental o intelectual en Uruguay.

El Código Civil Uruguayo (CCU) comenzó a regir el primero de enero de 1869 y reconoció que el ser humano, por el solo hecho de ser tal, tiene capacidad de goce general (art. 21 CCU) sin perjuicio de que consagra algunas incapacidades de goce especiales.

A su vez, el CCU distinguió entre personas capaces de obrar e incapaces de obrar, sin considerar situaciones intermedias.¹⁰ De modo que si el sujeto es capaz puede celebrar por sí actos jurídicos válidos y si es incapaz, no puede celebrar por sí actos jurídicos válidos.

La incapacidad de obrar del sujeto por deficiencia mental o intelectual (dementes en la terminología no *aggiornada* del CCU) ocurre cuando dicha alteración impide al sujeto gobernarse a sí mismo o administrar sus negocios¹¹ y se produce con independencia del proceso judicial de incapacidad.

Cuando un sujeto tiene una deficiencia mental o intelectual que le impide gobernarse a sí mismo y administrar sus negocios y no ha sido declarado judicialmente incapaz, tradicionalmente se lo ha denominado "*incapaz natural*" en cambio, cuando por esa razón fue declarado judicialmente incapaz, se lo conoce como "*incapaz interdicto*".

El acto celebrado por un sujeto absolutamente incapaz de obrar, ya sea natural o interdicto, es absolutamente nulo (art. 1560 CCU). La diferencia no se encuentra en la incapacidad, se encuentra en la prueba de la incapacidad, y por lo tanto, en la prueba de la nulidad del acto.

¹⁰ En lo que refiere a la competencia evaluativa por madurez, el Código sí consideró algunas situaciones intermedias al consagrar una capacidad de obrar limitada en lo que refiere a los menores habilitados por matrimonio (art. 307 CCU) y los menores respecto a su peculio profesional o industrial (art. 267 CCU).

¹¹ Conforme GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, p. 53.

Si el sujeto incapaz otorga el acto después de haber sido declarado judicialmente incapaz, existe una presunción absoluta de incapacidad¹² y por lo tanto de la nulidad del acto (art. 438 y 831 num. 2 CCU). Como consecuencia, basta con probar que el sujeto celebró el acto durante la interdicción para demostrar su nulidad.¹³

En cambio, si el sujeto incapaz natural actúa cuando no había sido declarado judicialmente incapaz, es necesario probar que el sujeto era incapaz al momento de celebrar el acto, sin perjuicio de algunas atenuaciones probatorias en caso de que con posterioridad se declare judicialmente la incapacidad (art. 438 inciso 2 CCU) y de algunas limitaciones en los medios de prueba si el sujeto fallece sin haber sido declarado interdicto (art. 439 CCU).

De acuerdo al sistema que rigió hasta la vigencia del Código General del Proceso (CGP) (ley 15.982 promulgada el 18 de octubre de 1988), si se desarrollaba un proceso judicial de incapacidad, el Juez tenía dos opciones: a) declarar que el sujeto era incapaz y por lo tanto, su voluntad sería sustituida por la de un representante legal (curador), que quedaba legitimado para otorgar actos en interés del incapaz pero con independencia de su voluntad, sin perjuicio de algunos controles judiciales previstos para ciertos actos de importancia económica (venias judiciales); b) declarar que la incapacidad no había sido demostrada y por lo tanto, el sujeto se consideraba capaz y en esa condición podía celebrar por sí todo tipo de actos jurídicos de manera válida.

Entre los dos polos mencionados, no había término medio. Sin embargo, la realidad demuestra que entre una persona con plenitud de sus facultades mentales y una persona que no puede dirigirse a sí mismo ni administrar sus negocios, existen múltiples situaciones intermedias.

El CGP introdujo al Derecho Positivo Uruguayo la posibilidad de que el Juez establezca las medidas de protección personal que considere conveniente para asegurar la mejor condición del denunciado por incapaz (art. 442 CGP).

A su vez, el artículo 444 CGP estableció que el tribunal que entiende en los procedimientos tendientes a la declaración judicial de la incapacidad, tiene respecto del denunciado, todas las facultades de protección que el Código del niño confiere al órgano judicial en materia de menores y que podrá designarle un curador interino, someterle a

¹² Conforme GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo X, 5 edición, Montevideo, FCU, 2001, pág. 139 y siguientes.

¹³ Sin perjuicio, a mi juicio, de la eventual inoponibilidad de la incapacidad absoluta de obrar y por lo tanto de la nulidad del acto si la interdicción no se inscribió en el Registro Nacional de Actos Personales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 438 CCU.

un régimen de asistencia y de administración provisoria de sus bienes e incluso detener los procedimientos en espera de la evolución de la enfermedad.

Por su parte el art. 447 CGP dispuso que, cumplidos los procedimientos, si el tribunal no adquiriera la convicción del estado de incapacidad del denunciado, podrá clausurar los procedimientos o mantener por un plazo que determinará y que podrá ser prorrogado todas las veces que sea necesario, el régimen de protección y administración anteriormente establecido.

De modo que a partir de la vigencia del CGP, cuando se inicia un proceso por incapacidad los resultados pueden ser tres: 1) la interdicción total, que supone el nombramiento de un curador que sustituye la voluntad del incapaz; 2) la no interdicción, que supone que el sujeto puede continuar actuando por sí solo; 3) lo que se podría denominar “*interdicción parcial*”, en cuyo caso la medida de protección será adecuada a las circunstancias de la persona, por ejemplo, aquella que establece que el sujeto mantiene su capacidad y la posibilidad de actuar de manera personal, pero para celebrar determinados actos, deberá ser asistido por un asistente.

A raíz de esta modificación y a efectos de adecuar el Código Civil, la ley N° 16.603 de 19 de octubre de 1994 introduce una variante en la redacción del art. 437 de dicho código que a partir de entonces establece “*El auto que nombre curador interno y todo aquel que suponga cualquier forma de interdicción, a más de publicarse en los periódicos, debe inscribirse en el Registro respectivo, en la forma, plazo y con los efectos que la ley determine*”.¹⁴

De este modo, en el Derecho Positivo Uruguayo, con anterioridad a la vigencia de la CDPD ya existía la posibilidad de que el Juez estableciera medidas de apoyo ajustadas a la persona. Sin embargo, la ley no reguló medidas concretas y la situación quedó librada a la prudencia judicial.

¹⁴ En la misma línea, en el año 2013, la Ley N° 19.090 reforma el Código General del Proceso y amplía el objeto del proceso de incapacidad que antes consistía en “*obtener una declaración de incapacidad para realizar los actos de la vida civil*” sin perjuicio de que eventualmente el Juez podía decidir adoptar otras medidas de protección, y pasó a consistir en “*obtener una declaración de incapacidad para realizar los actos de la vida civil o adoptar medidas de protección de conformidad con lo dispuesto por los artículos 442, 441.1 y 447.2*”. De este modo, en la actualidad existe la posibilidad de iniciar un proceso con la finalidad de lograr medidas de protección distintas de la incapacidad, sin necesidad de iniciar un proceso de incapacidad, a diferencia de lo que ocurría antes de la ley 19.090.

Mediante la ley 17.330 de 9 de mayo de 2001 el Estado Uruguayo ratificó la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad suscrita en Guatemala en el año 1999.

Un nuevo y gran paso en la evolución normativa se produce con la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por ley 18.418 de 20 de noviembre de 2008. A su vez, a través de la ley 18.776 de 15 de julio de 2011, Uruguay aprobó la adhesión al Protocolo facultativo de la CDPD.

Otro paso importante resulta de la aprobación de la ley 18.651 de 19 de febrero de 2010 "*Ley de protección integral de personas con discapacidad*" que regula situaciones vinculadas a la constitución de bien de familia y derecho de habitación, asistencia personal, educación, salud, trabajo, urbanismo, transporte, etc.

En la misma orientación se han aprobado otras leyes, a vía de ejemplo la ley 18.473 promulgada el 3 de abril de 2009 de "*Regulación de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen la vida en casos terminales*"; la ley 19.353 promulgada el 27 de noviembre de 2015 de "*Creación del sistema nacional integrado de cuidados (SNIC)*" y la ley 19.529 promulgada el 24 de agosto de 2017 "*Ley de salud mental*".

4) Observaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al régimen normativo uruguayo.

El Estado Uruguayo realizó el informe inicial sobre las medidas que ha adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la CDPD a que refiere el artículo 35.1 de dicha Convención, el que fue examinado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus sesiones 269 y 270 celebradas el 15 y 16 de agosto de 2016 respectivamente. Dicho Comité aprobó las observaciones finales en sesión celebrada el 29 de agosto de 2016.

Como aspectos positivos, el Comité tomó nota con beneplácito de la ratificación del Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas con Discapacidad Visual o con otras dificultades para acceder al Texto Impreso y observó con satisfacción la legislación y políticas públicas que incluyen disposiciones sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular la ley 18.651 de 2010.

Las preocupaciones y recomendaciones fueron diversas. Señalaré aquellas que, considero, más relevancia tienen con relación al objeto de este trabajo.

En lo que refiere a los principios generales y obligaciones (arts. 1-4), entre las observaciones generales se encuentra que la legislación mantiene una terminología peyorativa que no armoniza con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos establecido en la Convención, recomendándose que se adopte un plan para la revisión, derogación, reforma y/o adaptación de legislación y políticas con el objeto de reconocer a las personas con discapacidad como sujetos plenos de derechos humanos en armonía con la Convención.

Con relación a los derechos específicos (arts. 5-30) también se señalaron observaciones. Respecto al artículo 12 se observó que al Comité le preocupa que diversas leyes, en particular los artículos 37 y 80 de la Constitución, el Código Civil, la ley 17.535 sobre personas sujetas a curaduría general, se encuentran en contradicción con la Convención y discriminan y restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

El Comité recomendó que se derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y adopte medidas concretas para establecer un modelo de sistema de apoyo al proceso de toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, que reemplace a las formas de sustitución en la toma de decisiones.

El Comité señaló que le preocupan las restricciones que se imponen a personas con discapacidad respecto al derecho a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos o a recibir préstamos bancarios, hipotecas y otros en igualdad de condiciones con las demás personas y recomendó que se garantice a todas las personas con discapacidad el acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas, a ser propietarias y heredar bienes, a créditos, hipotecas y toda la variedad de servicios financieros.

5) Repercusiones de la evolución normativa a nivel judicial.

La jurisprudencia uruguaya ha recepcionado los principios señalados por la CDPD y en los últimos años se pueden observar diversas sentencias, en las cuales se ha dictaminado bajo el criterio de que, siempre que sea posible, debe preferirse una medida

de apoyo en la toma de decisiones que preserve la autonomía de la voluntad del sujeto en lugar de la interdicción total.

Al respecto y a vía de ejemplo, cito los siguientes fragmentos de sentencias.

El TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE SEGUNDO TURNO¹⁵ en sentencia 124/2018 ha expresado: *“la sentencia que declare la interdicción total de un sujeto, así como el nombramiento de un curador que ejerza su representación legal, constituyen desde la aprobación de la Convención de 13 de diciembre de 2006 medidas en buen grado excepcionales, que sólo aparecen justificadas en aquellas hipótesis en que la condición concreta del individuo al cual se le imponen padezca un déficit intenso en su psiquis que le impida en modo absoluto el autogobierno.*

Fuera de esos casos excepcionales es procedente el dictado judicial de reglas de apoyo, que solo restrinjan la aptitud de obrar del sujeto en cuanto se considere imprescindible para su más adecuada protección».

A su vez, el TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE PRIMER TURNO, en cita al TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE SEGUNTO TURNO¹⁶, expresa: *“La gradación de las medidas debe estar rigurosamente ordenadas en forma jerárquica: sólo una vez que se verifica que los medios de protección y apoyo menos intrusivos no son suficientes se puede recurrir a aquellos más graves, que restringen en su totalidad la capacidad de obrar del sujeto, así como el nombramiento de curador que ejerza su representación legal, constituyen desde la aprobación de la Convención de 13 de diciembre de 2006 medidas en buen grado excepcionales, que solo aparecen justificadas en aquellas hipótesis en que la condición concreta del individuo al cual se le imponen padezca un déficit intenso en su psiquis que le impida en modo absoluto el autogobierno. Fuera de esos casos es procedente el dictado judicial de reglas de apoyo, que solo restrinjan la aptitud de obrar del sujeto en cuanto se considere imprescindible para su más adecuada protección”.*

6) La evolución normativa y el deber ético notarial de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base igualitaria.

¹⁵ Cavalli, Musi, Álvarez Martínez (r), Sentencia 124/2018 de 8/8/2018 Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, tomo VII pág. 291 y 292.

¹⁶ Cita realizada por el TAF 1° en sentencia 248/2018 de 19/12/2018 Bendahan (r), Díaz Sierra, Messere. Anuario de Derecho Civil Uruguayo tomo XLIX p 300.

COSOLA¹⁷ ha escrito que ya no puede existir sobre la personalidad humana una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración de la voluntad y la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se les ha permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

Comparto dicha opinión y considero que el Notariado de Tipo Latino, por sus características, debe asumir un rol protagónico en la concreción de los nuevos paradigmas que resultan del actual tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

ATIENZA¹⁸ ha expresado que, si bien la idea fundamental sobre el *Derecho* es que se trata de una práctica que intenta lograr ciertos valores y fines, estos no son los mismos desde cada una de las posiciones y debe haber posiciones distintas para que puedan funcionar de manera satisfactoria en su conjunto.

La posición del escribano, la del juez, la del abogado y la del registrador frente al Derecho son distintas, por la diversa naturaleza de sus funciones, así como por las desiguales circunstancias en las cuales intervienen.

El Notario de Tipo Latino se posiciona frente al Derecho como un jurista imparcial, que procura la realización pacífica del Derecho con una perspectiva preventiva del litigio y con precauciones para que, si este se produce, el proceso cuyo objeto sea la realización coactiva de los derechos involucrados sea eficaz.

A su vez y como complemento de lo anterior, el Escribano mediante su asesoramiento es un colaborador en la producción del Derecho Positivo Justo para el caso concreto. Al respecto, es oportuno recordar que VALLET DE GOYTISOLO¹⁹ enseña que una de las claves de la función notarial se halla en saber captar el sentido del Derecho, que según sostiene, es el sentido de lo justo; y en ese aspecto, el notario busca la solución más justa para el caso concreto al aconsejar a los otorgantes que la adopten y

¹⁷ COSOLA, Sebastián Justo “*La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial. (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación)*”. Revista Notarial. Año 2016/02, N° 94, pág. 499. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. Conferencia: “*Elementos formales, materiales y pragmáticos de la argumentación jurídica.*” Chile, Minuto 1:30:47, disponible en (www.youtube.com/watch?v=yul-C14thU).

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (2004): *Manuales de metodología jurídica III. La determinación del Derecho*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp.257 y 259.

COSOLA²⁰ nos habla de la “*prudencia notarial*” como la aptitud para investigar cuál es la solución justa para el caso concreto.

Es desde esta posición, que pretende optimizar el punto de encuentro entre los valores de la seguridad jurídica y lo justo para el caso concreto, que el Escribano debe procurar la concreción de los nuevos paradigmas en materia de personas con discapacidad.

Entre los pilares de la función notarial se encuentran la ciencia jurídica, la ciencia redactora, la fe pública y en especial la ética. Con relación a este último elemento COSOLA²¹ distingue cinco especies de deberes éticos notariales: consigo mismo, con sus requirentes, con sus compañeros, con su corporación y con la sociedad.

El Notariado tiene el deber ético consigo mismo y con la sociedad de asumir un rol protagónico en la promoción, desarrollo e implementación de aspectos vinculados a los derechos humanos y en particular, en el tratamiento jurídico de los derechos de las personas con discapacidad.

La Declaración de Principios para la Igualdad del año 2008 expresa que todos los seres humanos tienen derecho a “*participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil*”, encontrándose en la concreción de este principio, uno de los grandes desafíos que tiene el notariado y en especial, la fuente de un deber ético que orientará el desarrollo de este trabajo: el deber ético notarial de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil en condiciones de igualdad.

²⁰ COSOLA, Sebastián J. (2014): “*La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*”, Gaceta Notarial, Lima: pp. 109 y siguientes.

²¹ COSOLA, Sebastián J. (2008): *Los deberes éticos notariales*, 1.ª ed., Buenos Aires: AD-HOC.

SEGUNDO CAPÍTULO PRINCIPAL. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA.

La ratificación de la CDPD por el Estado Uruguayo significó la recepción en este Derecho Positivo de los principios y reglas que resultan de dicha Convención.

Este hecho generó además de una modificación normativa (comprensiva de principios y reglas), un cambio de paradigmas en el tratamiento jurídico de las discapacidades, que obliga al intérprete, entre otros aspectos, a re-plantearse la vigencia y configuración de los conceptos de capacidad, incapacidad, discapacidad y vulnerabilidad.

A continuación me referiré a los conceptos de capacidad e incapacidad desde la visión anterior a la ratificación de la Convención, para luego analizar su vigencia y configuración con posterioridad a dicha normativa. Luego, me introduciré en los conceptos de discapacidad y vulnerabilidad.

1) Capacidad e incapacidad.

Tradicionalmente la doctrina uruguaya²² ha distinguido entre la capacidad “*de goce*” o “*jurídica*” y la capacidad “*de ejercicio*” o “*de obrar*” de los sujetos en los términos que se desarrollan a continuación.

A) Visión de la capacidad y la incapacidad de goce con anterioridad a la CDPD.

El artículo 21 del Código Civil Uruguayo establece: “*Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública*”. De este modo se distingue entre la persona humana o física y la persona jurídica.

La capacidad de goce o jurídica es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones,²³ aptitud que presupone la existencia de la persona y no se

²² A vía de ejemplo, véase GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, CAFARO, Eugenio B, CARNELLI, Santiago: “*Eficacia contractual*” Montevideo, FCU, 2 ed. 2006.

confunde con ella. El ser humano, por el solo hecho de ser tal, tiene capacidad de goce general (art. 21 CCU) sin perjuicio de que se consagran algunas incapacidades de goce especiales.

Se produce una situación de incapacidad de goce cuando una persona no puede gozar de un derecho porque según los parámetros legales es incapaz de obrar y al mismo tiempo, la ley no le permite ejercer el derecho a través de otra figura jurídica

Por ejemplo, de acuerdo a los criterios que resultan del Código Civil Uruguayo, un ser humano de 4 años o un sujeto declarado judicialmente incapaz, son personas que tienen una incapacidad de goce: carecen del derecho a disponer por testamento. Esto porque dichas personas, por su falta de aptitud interna según los parámetros legales, no pueden otorgar válidamente testamento por sí (art. 831 CC) y tampoco pueden recurrir a otro mecanismo como el de la representación legal para hacerlo por tratarse de un acto personalísimo. Como consecuencia, ese ser humano no puede ejercer el derecho a testar por causa de una falta de aptitud interna según los parámetros legales y tiene una incapacidad de goce.

La misma incapacidad de goce, existe con relación a los sujetos mencionados respecto a la remisión de los derechos. Según el Código Civil Uruguayo, esos sujetos no pueden otorgar remisión válidamente por sí por falta de capacidad de obrar y tampoco pueden hacerlo sus representantes legales (art. 271 num. 5, 412 num. 6 y 431 CCU).

B) Visión de la capacidad y la incapacidad de obrar con anterioridad a la CDPD.

La capacidad de obrar o de ejercicio es definida por GAMARRA²⁴ como “*una aptitud o idoneidad del sujeto para realizar por sí mismo, actos jurídicos válidos*”. La capacidad de obrar implica la posibilidad de que la persona ejerza por sí mismo sus derechos y cumpla sus obligaciones.

²³ Para CAFARO, Eugenio B, CARNELLI, Santiago: “*Eficacia contractual*” Montevideo, FCU, 2 ed. 2006, pág. 16 la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas.

²⁴ GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, pág. 64.

De acuerdo al Código Civil Uruguayo, una persona puede tener capacidad de goce, es decir, la aptitud para ser titular de derecho y obligaciones, pero no tener capacidad de obrar, es decir, no tener la aptitud para celebrar por sí mismo actos jurídicos válidos y como consecuencia, para ejercer por sí mismo sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Por ejemplo un ser humano de 8 años o un sujeto declarado judicialmente incapaz tiene capacidad de goce para adquirir un inmueble por título compraventa y modo tradición pero carece de capacidad de obrar, por lo tanto, no puede otorgar la compraventa por sí de manera válida y para lograrlo, debe recurrir al mecanismo de la representación legal.

La capacidad de obrar es un requisito de validez del negocio jurídico (art. 1261 CCU) y, según el grado de incapacidad del sujeto (absoluta o relativa), será la especie de nulidad con que se sancionará al negocio otorgado (absoluta o relativa) (artículos 1560 y 1568 CCU).²⁵

CAFFERA²⁶ ha señalado que la capacidad de obrar es competencia evaluativa y lingüística. La competencia evaluativa de los contenidos de la comunicación en función de los fines perseguidos por la persona y la capacidad de tomar una postura, requiere de un índice étéreo y de la ausencia de desajustes fuertes entre la forma de ser del sujeto y el promedio para su comunidad de comunicación. La competencia lingüística indica la posibilidad de utilizar códigos entendibles en la comunidad en la cual se inserta.

De modo que, según el Código Civil Uruguayo un sujeto es incapaz de obrar cuando carece de competencia evaluativa (ya sea por falta de madurez determinada por su edad o por presentar desajustes fuertes entre la forma de ser del sujeto y el promedio para su comunidad) o cuando carece de competencia lingüística (como ocurre con una persona sordomuda, que no puede darse a entender por escrito ni mediante lenguaje de señas: artículo 1279 CCU).

²⁵ Conforme GAMARRA, Jorge; BLENGIO E. Juan (2001): *Tratado de derecho civil uruguayo*, Tomo X, 5.ª ed., Montevideo: FCU, pp. 209 y 210.

²⁶ CAFFERA, Gerardo (2008): *Una teoría del contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*, Montevideo: FCU, p. 140 y 142.

C) ¿Subsisten luego de la vigencia de la CDPD situaciones de incapacidad por causa de deficiencias mentales o intelectuales?

El artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone:

“Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que **las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.**

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al **apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica.**

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las **medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica** se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Estas salvaguardias asegurarán que las **medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica** respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

Resulta con claridad de este artículo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y que los Estados Partes deben adoptar las medidas pertinentes para que dichas personas puedan acceder al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Antes de esta norma, la incapacidad de obrar de un sujeto se podía producir porque su aptitud o capacidad mental o intelectual se encontraba fuertemente disminuida con relación a los parámetros de “normalidad”.

A través de esta norma se quita el “velo de la normalidad”²⁷ en el sentido de que el hecho de que una persona tenga su capacidad mental o intelectual fuertemente disminuida con relación a los parámetros normales ya no es una causa de incapacidad. Por el contrario, las personas tienen capacidad jurídica aún en el caso de que su capacidad mental o intelectual se encuentre fuertemente disminuida con relación a los parámetros normales, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad.

La cuestión, pasa por responder si esta regla, admite o no excepciones. Si se concluyera que la regla no admite excepciones, entonces las situaciones de incapacidad por deficiencias mentales o intelectuales ya no existirían, en cambio, si se concluye que la regla admite excepciones, las situaciones de incapacidad por deficiencias mentales o intelectuales persisten, aunque solo en casos excepcionales.

Para responder a esa cuestión, se comenzará por especificar a qué tipo de capacidad se refiere la expresión “capacidad jurídica” para luego, realizar la actividad interpretativa correspondiente a efectos de concluir si la regla referida admite o no excepciones y en consecuencia, si subsisten o no las situaciones de incapacidad por causa de deficiencia mental o intelectual.

C1. ¿A qué tipo de capacidad se refiere el artículo 12 de la CDPD?

²⁷ Sobre el “velo de la normalidad” puede leerse CUENCA GÓMEZ, Patricia “Discapacidad, normalidad y Derechos Humanos” en “Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos” Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 71 y siguientes.

En primer lugar, corresponde precisar si la expresión “*capacidad jurídica*” establecida en el artículo 12 de la CDPD refiere a la capacidad de goce, a la capacidad de ejercicio o a ambas.

La Observación General número 1 del Comité de Expertos sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas elaborada entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014, expresa que:

“Capacidad jurídica significa dos cosas:

-que tienes derechos y obligaciones;
- y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda.

En algunos países, esto se llama capacidad de obrar.

Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias.

La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad”.

Interpreto que el hecho de que signifique “*que tienes derechos y obligaciones*” es una referencia a la capacidad de goce y el hecho de que signifique “*que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda*” es una referencia a la capacidad de obrar.

Por lo tanto, considero que la expresión “*capacidad jurídica*” a que refiere la el artículo 12 de la CDPD, comprende tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio.²⁸ Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos y deben poder ejercerlos en condiciones de igualdad²⁹, tienen capacidad de goce y capacidad de ejercicio, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar.

²⁸ Surge del preámbulo de la Ley española 8/2021 de 2 de junio de 2021 que: “Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de la Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”.

²⁹ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “*Discapacidad, normalidad y derechos humanos*” en el libro “*Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*”, Tirant Lo Blanch, 2014, Valencia, ISBN: 978-84-9053-389-5, pág. 87: “Desde esta óptica, las personas con discapacidad no sólo deben tener reconocidos los mismos derechos que los demás ciudadanos, sino que deben poder ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de igualdad sin que la discapacidad –o la deficiencia- puedan justificar limitaciones en este ámbito”.

C 2) ¿La regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones?

ALEMANY GARCÍA³⁰ ha señalado como un error de la Convención tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales.

En la misma línea, LÓPEZ SAN LUIS³¹ es de la opinión de que los principios de la Convención tendrían que ser matizados respecto de aquellas personas que padecen demencias severas o limitaciones físicas que le impidan manifestar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones.

En la misma línea de pensamiento, considero que los diferentes tipos e intensidad de las deficiencias pueden repercutir de modo distinto en la idoneidad de la persona para tomar sus propias decisiones y por lo tanto, para celebrar actos por sí mismo.

La voluntad se forma por el querer, el discernimiento y la libertad. El discernimiento consiste en la posibilidad de distinguir situaciones y comprender las consecuencias de los actos. La toma de decisiones voluntarias, inexorablemente, requiere de un mínimo de discernimiento y si este no existe por la gravedad de deficiencia mental o intelectual de una persona, sostener que el sujeto mantiene su capacidad de obrar se convierte en algo irreal.

Imaginemos a una persona que padece una deficiencia mental o intelectual tan severa que no puede comprender la naturaleza, la causa ni las consecuencias de un acto. No sería razonable pretender que esa persona tome la decisión de celebrar el acto por sí mismo con una medida de apoyo porque falta un elemento de la voluntad: el discernimiento.

El cambio de paradigma que establece la CDPD se fundamenta en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y a partir de allí se reconoce que

³⁰ Citada por PETIT SÁNCHEZ, Milagros “*La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*” Revista de Derecho Civil, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020). página 272.

³¹ Citada por PETIT SÁNCHEZ, Milagros “*La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*” Revista de Derecho Civil, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020). página 272.

las personas con discapacidad tienen capacidad en igualdad de condiciones que los demás y pueden ejercer sus derechos por sí mismos sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar.

El principio del respeto a la autonomía de la voluntad y preferencias de las personas fundamenta la regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y es a la luz de dicho principio, que debe analizarse si subsisten o no las situaciones de incapacidad por causa de deficiencia intelectual o mental.

Si la deficiencia intelectual o mental no le impide al sujeto tener el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus decisiones (sin perjuicio de medidas de apoyo que pueda necesitar), entonces, es la persona con discapacidad quien tomará sus propias decisiones.

Sin embargo, en algunas situaciones, la deficiencia de la persona tiene tal intensidad, que le impide tener el mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones. En estos casos, la aplicación del respeto a la autonomía de la voluntad y preferencias de las personas, no consiste en que la propia persona con discapacidad tome sus decisiones porque no puede hacerlo, consiste en que el sujeto que tome las decisiones por él, lo haga de acuerdo a lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad y preferencia de la persona si es posible identificarla.

Pretender que una persona que no tiene el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad tome sus propias decisiones, sería contrario a la finalidad de la normativa, pues impediría que el sujeto pueda actuar jurídicamente. Es allí, donde una medida menos lesiva para la persona no es posible, que se mantiene el concepto de incapacidad de obrar y la posibilidad de que se establezcan medidas sustitutivas de la voluntad, al menos para ciertos actos.³²

Por tal razón, entiendo que la regla establecida por el artículo 12 de la CDPD de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con

³² En el mismo sentido HOWARD, Walter “*Los nuevos paradigmas en materia de discapacidad intelectual*” Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo II, año 2014, Montevideo FCU pág. 136: “*No obstante, a efectos de evitar equívocos, es provechoso insistir en este aspecto: la declaración judicial de interdicción que excluya la capacidad de obrar al sujeto discapacitado intelectualmente no debe entenderse abrogada por la Convención que venimos analizando, sino que la figura se mantiene. Lo que ha variado es que se ha transformado –a juicio de quien suscribe– en un instrumento residual, que sólo procede cuando el sujeto denunciado por incapaz carezca de aptitud para intervenir personalmente en la protección de sus intereses; caso en el cual –como ocurría antes de la Convención– corresponde el nombramiento de un curador que obre como representante legal y lo sustituya en la celebración de los negocios jurídicos”.*

las demás, admite excepciones. Estas excepciones aparecen cuando el sujeto padece una deficiencia intelectual, mental, física o sensorial tan intensa, que le impida tener el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

Dichas excepciones a la regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, justifica la conclusión de que el campo de aplicación de la incapacidad de obrar se ha reducido pero no ha desaparecido.

A su vez, dicha incapacidad de obrar para los casos extremos, genera situaciones específicas de incapacidad de goce. A vía de ejemplo, un sujeto que tenga una deficiencia intelectual o mental tan intensa que vuelva inviable que tome sus propias decisiones, tiene una incapacidad de obrar respecto a la posibilidad de otorgar testamento y al mismo tiempo tiene la incapacidad de goce del derecho a testar, pues al tratarse de un acto personalísimo, no es posible que se otorgue sin su voluntad.

La palabra deficiente, según el diccionario de la Real Academia Española (RAE) significa, entre otras acepciones: “2. *Adj. Que tiene algún defecto o que no alcanza el nivel considerado normal*”. A partir de la CDPD, las personas con deficiencia intelectual o mental, son capaces jurídicamente aunque su capacidad mental no alcance los parámetros de “normalidad” siempre que tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar decisiones. El gran paso que se da a través de la CDPD, a mi juicio, no es la extinción de la incapacidad de obrar la cual sigue vigente, es el corrimiento del parámetro de la “normalidad” hacia el parámetro del mínimo discernimiento necesario, para fijar el límite entre una persona capaz de obrar y otra que no lo es.

En conclusión, considero que el significado razonable de lo dispuesto por la CDPD consiste en que las personas con discapacidad son capaces de gozar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar, salvo, aquellas excepciones que se producen cuando la intensidad de la deficiencia es tan grave, que impidan que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

C3) La justificación de las excepciones implícitas a través de la laguna axiológica y el argumento de disociación.

De acuerdo a la interpretación efectuada, la regla establecida por el artículo 12 de la CDPD de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones, como ocurre cuando el sujeto padece una deficiencia intelectual o mental tan intensa, que le impida tener el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

Si bien la CDPD no establece a texto expreso la excepción referida, ella resulta de manera implícita, pero ¿cómo se justifica dicha afirmación desde el punto de vista argumentativo?

Entiendo que la respuesta transita desde la laguna axiológica y el argumento de disociación hasta la integración mediante la regla implícita que resulta de los principios jurídicos.

Existe una laguna normativa cuando no hay una regla expresa que regule un caso, mientras que se presenta una laguna axiológica, cuando hay una regla expresa general, pero para un caso concreto, la aplicación de esa regla general, es contraria a los valores y principios del ordenamiento o incluso contraria a la propia finalidad de la regla, lo que conduce a la construcción de una excepción implícita y a colmar ese vacío a través de los principios jurídicos.

LARENZ³³, a las lagunas axiológicas las denomina *lagunas ocultas* y señala que se generan cuando el legislador ha omitido añadir a una norma general una limitación para determinados casos, la que viene exigida por el sentido y el fin de esta o de otra regla distinta y, con ello, por la conexión teleológica. Para colmar las lagunas ocultas, LARENZ apela a la reducción teleológica y expresa³⁴ que “*la integración de la laguna tiene lugar mediante la añadidura de la limitación que está exigiendo el sentido*”. Explica este autor que se habla de reducción teleológica, porque la regla contenida en la ley fue formulada de una manera demasiado amplia y, a través de este método, se reconduce dicha regla al campo de aplicación que le corresponde conforme al fin de la ley o a la conexión de sentido de la ley.

³³ LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, pp. 298 y 308.

³⁴ LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 308.

La “*reducción teleológica*” para colmar una laguna oculta a que refiere LARENZ, se asimila a lo que GUASTINI denomina “*argumento de disociación*”, para construir una excepción implícita y así colmar una laguna axiológica.

Enseña GUASTINI³⁵ que el argumento de disociación consiste en alegar que dos supuestos de hecho son sustancialmente distintos y se puede utilizar para sostener dos decisiones de tipo distinto: por un lado, una interpretación restrictiva; por otro, la “construcción” de una excepción implícita.

GUASTINI³⁶ sostiene que el argumento de disociación, con relación a la construcción de una excepción implícita, se funda sobre el presupuesto de que el legislador haya querido una determinada distinción, pero no la haya explicitado, o sobre el presupuesto de que el legislador, aunque no haya realizado determinada distinción, la hubiera realizado si hubiera tomado en consideración el caso.

Según GUASTINI³⁷, la estructura del argumento de disociación mediante la construcción de una excepción implícita sería la siguiente:

a) Aparentemente (es decir, literalmente) el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho F (*Si F, entonces G*).

b) Sin embargo, dentro de la clase F se deben distinguir dos subclases, F1 y F2, “*sustancialmente distintas*”.

c) Era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis* referirse no a toda la clase F, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase F1).

d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye –presupone– una excepción (que concierne, por ejemplo, a la subclase F2).

El razonamiento referido se aplica a la situación analizada de la siguiente manera:

a) Literalmente el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de discapacidades. (*Si el sujeto padece una discapacidad, entonces igualmente tiene capacidad de obrar*).

b) Sin embargo, dentro de la clase “*discapacidades*” se deben distinguir dos subclases, discapacidades que no impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones y

³⁵ GUASTINI, Riccardo (2017): *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 277.

³⁶ GUASTINI, Riccardo (2017): *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 278 y 279.

³⁷ GUASTINI, Riccardo (2017): *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 279.

discapacidades que impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones. Ambas subclases son “*sustancialmente distintas*”.

c) Los sujetos que no tienen el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones no tienen la posibilidad de ejercer sus derechos por sí mismos. La finalidad de la norma no es desamparar a esas personas. La intención de la normativa, a la luz de la *ratio legis* fue referirse no a toda la clase discapacidad, sino solo a las discapacidades que no impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye –presupone– una excepción, esto es, aquellas discapacidades que impiden que el sujeto tenga el discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

La excepción implícita mencionada se colma mediante la formulación de la regla que resulta de manera implícita del principio jurídico aplicable. Si la persona carece del discernimiento mínimo para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones, el principio aplicable es el de no desprotegerla y la forma de protección, ante dicha situación extrema, es la declaración de incapacidad y la designación de un representante legal, sin perjuicio de que este deberá actuar de acuerdo a lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad del incapacitado.

Basado en los fundamentos expuestos, entiendo que las personas con discapacidades son capaces de gozar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar, salvo aquellas excepciones que se producen cuando la intensidad de la deficiencia sea tan grave que torne inviable que el sujeto tome sus propias decisiones.

2) La situación de discapacidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), la palabra “*discapacidad*” significa: “*If. Situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social*”.

El literal e) del Preámbulo de la CDPD establece: *“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

El artículo 1 de la CDPD en su inciso segundo establece: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

Por su parte el artículo 2 de la ley 18.651 *“Ley de protección integran de personas con discapacidad”* que rige en Uruguay establece: *“Se considera con discapacidad a toda persona que padezca o presenta una alteración funcional permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica o visceral) o mental (intelectual y/o psíquica) que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

De los textos citados se aprecia la adopción del *“modelo social”* de la discapacidad referido con anterioridad, pues, lo que impide la participación plena y efectiva del sujeto en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, es la interacción con *“diversas barreras”* y no la deficiencia en sí misma.

Las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo no generan que el sujeto sea incapaz de obrar (salvo como vimos, en aquellos casos excepcionales en los cuales dicha deficiencia impide al sujeto elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones).

En términos estrictos, la persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, no es *“dis-capacitada”* pues el prefijo *“dis”*³⁸ indica oposición, negación o *“contrario a”*. Si la persona fuera *“dis-capacitada”* entonces se debería sostener que la persona es *“opuesta a la capacidad”*, que *“no tiene capacidad”* o que es *“contraria a la capacidad”* y justamente eso no es lo que resulta de la CDPD.

³⁸ Según el diccionario RAE *“dis-1- pref. Indica negación o contrariedad”*.

La discapacidad es la situación que se produce cuando un sujeto con deficiencias pretende interactuar y se encuentra con barreras que le impiden participar de manera igualitaria con los demás. La discapacidad es el hecho de que una persona con deficiencias no pueda ejercer su capacidad por barreras sociales.

Las denominadas personas con discapacidad son personas capaces (salvo los casos excepcionales mencionados) con alguna o varias deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. Estas personas, al intentar ejercer su capacidad se encuentran con barreras sociales que le impiden su ejercicio. Son las barreras sociales (y no las deficiencias) las que generan la situación de “*dis-capacidad*” en el sentido de que no le permiten a la persona capaz ejercer su capacidad.

Por las razones expuestas, considero que es más preciso hablar de “*personas con deficiencias en situación social de discapacidad*” que de “*personas con discapacidad*”. Sin perjuicio de ello, continuaré utilizando la expresión “*personas con discapacidad*” a efectos de mantener la terminología utilizada en la CDPD.

3) La vulnerabilidad de personas capaces.

Vimos que como regla, las denominadas personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Ahora bien, la deficiencia puede ubicar a la persona en una situación de vulnerabilidad a la hora de participar en la vida civil.

BARRANCO AVILÉS³⁹ ha escrito que la tendencia es considerar que conforman grupos vulnerables aquellas personas sobre las cuales recaen dos circunstancias: 1) que exista una situación de inferioridad que puede derivarse de una condición sociocultural o una condición física; 2) que los sujetos en esa situación sean incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad.

La vulnerabilidad es la situación en la que se ubica una persona que se encuentra en inferioridad de condiciones para participar en la vida civil, inferioridad que no puede

³⁹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: (2014): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 20.

superar por sí sola y que la expone como una posible víctima de ser utilizada para el provecho de otra persona.

La vulnerabilidad no se identifica con el hecho de tener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Una persona puede tener una de tales deficiencias sin que ello lo ubique en una situación de vulnerabilidad a la hora de interactuar en la vida jurídica. Por ejemplo, una persona puede estar imposibilitada de caminar y por tal razón no se encuentra en situación de vulnerabilidad para otorgar una compraventa de un inmueble.

A su vez, una persona puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad sin tener una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial. A vía de ejemplo, una persona con un nivel educativo muy bajo y sin experiencia en negocios, celebra un contrato privado con un empresario que se dedica desde hace muchos años a otorgar negocios.

El punto de encuentro entre la deficiencia y la vulnerabilidad se produce cuando el sujeto tiene una deficiencia que no le impide tomar sus propias decisiones pero que lo ubica en una situación de inferioridad para actuar en la vida jurídica en condiciones de igualdad, situación que no puede superar por sí mismo.

En definitiva y a modo de síntesis:

a) La deficiencia de una persona puede no generar una situación de incapacidad de obrar, ni de vulnerabilidad al momento de otorgar un negocio. A vía de ejemplo, una persona impedida de caminar que otorga una compraventa.

b) La deficiencia de una persona puede no generar una situación de incapacidad de obrar pero sí una situación de vulnerabilidad al momento de otorgar un negocio. A vía de ejemplo, una persona que tiene una deficiencia intelectual que no le impide tomar sus propias decisiones, pero que lo ubica en una situación de inferioridad para actuar en la vida jurídica en condiciones de igualdad, situación que no puede superar por sí mismo y otorga una compraventa sin ningún tipo de medida de apoyo.

c) La deficiencia de una persona puede generar una situación de incapacidad de obrar si es de tal gravedad que le impide tener el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

TERCER CAPÍTULO PRINCIPAL. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SU CONEXIÓN CON EL CONTROL DE LA CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES.

1) El control de la capacidad de los otorgantes por el notario.

Entre las tareas que desempeña el Escribano con anterioridad a la autorización de una escritura pública se encuentra el control de la legalidad del acto. VALLET DE GOYTISOLO⁴⁰ se refiere al juicio de legalidad y sostiene que el escribano debe analizar, entre otras cosas, la posibilidad y licitud de llegar a la situación final buscada, partiendo de los presupuestos de la situación jurídica inicial examinada. En este aspecto el notario debe examinar y valorar si existe voluntad suficiente, seria, consciente y decidida.

El negocio jurídico se compone de manifestaciones de voluntad y para que éstas se expresen de manera válida, los otorgantes deben tener capacidad de obrar, de ahí, que el Escribano, en su función de controlar la legalidad de los actos, debe verificar la capacidad de los otorgantes.

La cuestión es ¿cómo efectúa el Escribano el control de la capacidad de los otorgantes?

En Uruguay, el Escribano efectúa el control de la capacidad de los otorgantes por una parte a través del análisis de la información brindada por el Registro Nacional de Actos Personales mediante los certificados que expide y por otra parte mediante el juicio notarial de capacidad.

El artículo 35 de la ley 16.871 dispone: “(Actos inscribibles). En esta sección se inscribirán: 1) Las interdicciones, limitaciones generales a la facultad de disposición y demás medidas cautelares relativas a la persona natural o jurídica decretadas por los Jueces, en los casos, formas y con el alcance previstos por la ley (...)”. A su vez el artículo 73 de dicha ley expresa: “(Certificados de información. Valor). La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscritos y la libertad de disposición, podrán acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que refieren los artículos siguientes”; y el art. 77: “(Certificados. Efectos). Las certificaciones producen el efecto

⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (2004): *Manuales de metodología jurídica III. De la determinación del derecho*, Madrid: Fundación Cultural del Notario, pp. 236 y siguientes.

de acreditar la situación registral que enuncian respecto de los bienes y personas por quienes se expidan, a la fecha y hora de su expedición”.

Respecto al denominado “juicio notarial de capacidad”, el Derecho Positivo Uruguayo no lo exige de manera expresa. Sin embargo, como ha expresado ANIDO⁴¹ dicho juicio se halla implícito en la autorización de toda escritura pública, lo cual comparto, desde que entre las funciones notariales se encuentra la de controlar la legalidad de los actos que incluye el control de la capacidad de los otorgantes.

Sobre dicho juicio nos introduciremos en el próximo ítem.

2) El juicio notarial de capacidad con anterioridad a la vigencia de la CDPD.

En primer lugar me referiré al juicio notarial de capacidad en su visión anterior a la vigencia de la CDPD y luego a cómo repercute lo establecido en la CDPD en dicho juicio.

Con relación al juicio notarial de capacidad en su visión anterior a la vigencia de la CDPD, intentaré responder a las siguientes preguntas: a) ¿En qué consiste el juicio notarial de capacidad?; b) ¿A qué conclusiones puede arribar el Escribano?; c) ¿Cuál es su alcance probatorio?; d) ¿Cuál es el valor probatorio del certificado médico que en ocasiones solicita el Escribano?

a) ¿En qué consiste el juicio notarial de capacidad?

ROMERO COLOMA⁴² ha escrito que: *“Es, en principio, absolutamente atípico que un profesional, como lo es el notario, emita un juicio sobre el estado mental del causante o testador, ya que el fedatario no tiene por qué ser una persona especialista en la mente humana, ni en los trastornos psíquicos, más o menos graves, que la persona pueda sufrir.”* (...) *“el fedatario no es un experto en Psiquiatría ni en Psicología y, en consecuencia, no tiene por qué saber distinguir cuando está ante una persona con trastornos mentales que le impidan u obstaculicen, desde el punto de vista jurídico, la realización del testamento, y cuando se encuentra ante una persona que, aun teniendo*

⁴¹ ANIDO BONILLA, Raúl, *De la eficacia del documento notarial*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, año 2003, tomo 89, pág. 83: *“no es cierto que la apreciación de la capacidad del otorgante sea ajena a la función notarial, (...) tal juicio se ha de hallar implícito en la autorización de toda escritura pública”.*

⁴² ROMERO COLOMA, Ana María (2013): *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Madrid: Reus, colección Scientia Iurística, pp. 143, 144 y 225.

algún tipo de trastorno o alteración mental o psíquica, no la inhabilita para hacer testamento”. Y luego agrega: “Su tarea se limita a observar, con el contraste de su propio juicio, que es el de un lego en la materia, si hay, o no síntomas que le hagan pensar en una alteración de la normalidad que se presume.”

Si en muchas ocasiones, a los propios médicos psiquiatras no les es suficiente dialogar con la persona para constatar su capacidad, razón por la cual solicitan la realización de estudios específicos, es claro que esa situación no puede ser constatada por un Escribano que es un sujeto no calificado para eso.

El Escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: a) la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad y b) la capacidad se presume.⁴³ El juicio notarial de capacidad es una evaluación no técnica que realiza el Escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto, no presente signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista, que derroten los principios mencionados. Su función no es constatar que la persona es capaz porque es incompetente para eso. Su función es verificar que no existan signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista en la materia, que hagan caer las presunciones mencionadas.

b) ¿A qué conclusiones puede arribar el Escribano?

Al realizar el juicio notarial de capacidad, el Escribano puede arribar a tres conclusiones: 1) percibe que el otorgante presenta signos notorios de incapacidad que le impiden gobernarse a sí mismo y administrar sus bienes en cuyo caso debe negar su actuación hasta que se establezcan las medidas judiciales correspondientes; 2) no percibe signos notorios de incapacidad, en cuyo caso, continuará con su actuación; 3) tiene dudas sobre si existen signos notorios de incapacidad o no.

¿Qué debe hacer el Escribano en este último caso? Si bien no hay norma expresa que así lo disponga, considero que el Escribano debe disipar sus dudas, por ejemplo, a través de la consulta a un profesional especializado⁴⁴, pues de lo contrario, podría impedir que

⁴³ Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia, a vía de ejemplo, véase Bendahan (r), Baccelli, Díaz, sentencia 2/2013, TAF 1º *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II p. 361.

⁴⁴ Esto sin perjuicio de que el certificado médico también puede solicitarse aunque el Escribano no tenga dudas sobre la capacidad de la persona y al solo efecto de pre-constituir prueba de dicha capacidad, como suele ocurrir en materia testamentaria.

el sujeto ejerza su derecho a intervenir en la vida civil mediante actos válidos por consideraciones que quizás sean infundadas, lo que nos lleva a analizar, junto al alcance probatorio del juicio notarial de capacidad, el valor probatorio del certificado médico en materia de capacidad.

c) ¿Cuál es el alcance probatorio del juicio notarial de capacidad?

De acuerdo al principio de que las personas son capaces mientras no se demuestre lo contrario, si no se logra probar que una persona es incapaz, entonces se la considera capaz. Ahora bien ¿el juicio notarial de capacidad demuestra que el otorgante es capaz?

El Escribano a través de su juicio de capacidad implícito en la autorización de la escritura pública, afirma que el otorgante, en ese momento, no presentaba signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona no técnica en la materia. En otros términos, la escritura pública es un elemento probatorio de que el otorgante no presentaba signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona no técnica en la materia al momento de suscribir la escritura. Hasta ahí llega su valor probatorio.

El juicio notarial de capacidad, no hace plena fe de la capacidad del otorgante, no demuestra por sí solo la capacidad del otorgante, pues el Notario no es competente para determinarlo. A lo sumo, puede admitirse que dicho juicio hace plena fe de que la persona no presentaba signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona no técnica en la materia al momento de suscribir la escritura, pero no que el sujeto sea capaz.

Incluso, aunque el Escribano manifestara de manera expresa que el otorgante es capaz, dicha aseveración no tiene la fuerza del acto de dación de fe pública. Dicha afirmación, como ha manifestado TORRES ESCAMEZ⁴⁵ *“constituye una expresión documental en que se da fe de que el autorizante ha realizado “un juicio que no hace fe”, pero sí otorga una “especial relevancia de certidumbre” contra la cual la prueba debe ser “muy cumplida y convincente”*.

El hecho de que el juicio notarial de capacidad, no tiene la fuerza de verdad impuesta que caracteriza a la fe pública para demostrar que la persona es capaz, es reconocido por

⁴⁵ Citado por ANIDO BONILLA, Raúl, *De la eficacia del documento notarial*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, año 2003, tomo 89, pág. 84.

la jurisprudencia. En ese sentido el TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA⁴⁶ de primer turno ha expresado: “*la Sala aprecia especialmente lo que atañe a la evaluación de la capacidad de la testadora efectuada en este caso por la Escribana autorizante. (...) Esta declaración del Escribano no impide impugnar el testamento por incapacidad y para hacerlo no será necesario argüir la falsedad conforme (...) el art. 172 del C.G.P.) pues el estado mental no es materia sobre la cual pueda hacer fe un instrumento público ni el Escribano es un médico legista a cuya opinión sobre el punto pueda concedérsele autoridad.*”

d) ¿Cuál es el valor probatorio del certificado médico que en ocasiones solicita el Escribano?

La prueba es una actividad cuya finalidad es lograr convencer a algún sujeto respecto a la existencia o inexistencia, verdad o falsedad de determinados hechos. En materia procesal-judicial el destinatario de la prueba es el juez, mientras que en la vía extrajudicial, los operadores jurídicos intervinientes y los sujetos interesados.

Los medios de prueba son los elementos hábiles para convencer a un sujeto acerca de la verdad de una afirmación, a vía de ejemplo: documentos, dictámenes periciales, testimonios, etc. Así como el juez debe valorar la prueba que se presenta en un juicio, también el escribano debe hacerlo cuando se solicita su intervención. La valoración de la prueba es una actividad intelectual que consiste en apreciar los elementos probatorios para llegar a la convicción de la existencia o inexistencia de un hecho.

Según el artículo 140 del Código General del Proceso (CGP), las pruebas se apreciarán de acuerdo a las normas de la sana crítica, “*salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa*”. De modo que nuestro Derecho sigue como principio el modelo de valoración de la prueba racional o sistema de la sana crítica.

La jurisprudencia reconoce un valor probatorio muy importante en materia de capacidad a la palabra de los especialistas, tanto en lo que refiere al perito técnico como al testimonio del médico que trató a la persona cuya capacidad se controvierte.

En ese sentido, en sentencias se ha expresado con relación a los testigos técnicos que: “*La diferencia con el testimonio común no radica en su objeto sino en su valor; es decir,*

⁴⁶ TAF 1° Sent. N°67/2010-17/3/2010, Díaz, Baccelli, Bendahan (r) Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XLI, pág. 156.

en la experiencia que posee el testigo y que lo califica para comunicarle al juez su experiencia técnica sobre el hecho...”⁴⁷ así como que: “En casos como el de autos, en que se impugna el acto de última voluntad invocando una afectación mental de la testadora, la prueba técnica asume un rol decisivo, pues son los especialistas en psiquiatría y en medicina quienes están en condiciones de diagnosticar con certeza la existencia de la causal de demencia”.⁴⁸

El valor probatorio del certificado médico se fundamenta en el argumento de autoridad.

ATIENZA⁴⁹ refiere a que TARELLO habla de un tipo de argumento interpretativo que denomina *autoritativo* o *ab exemplo*, que sería aquel por el cual a un enunciado normativo se le adjudica el significado que le ha sido atribuido por alguien y por este solo hecho.

ATIENZA⁵⁰ destaca que la apelación a la autoridad teórica, a los expertos, es de gran importancia en la argumentación legislativa, pero también en la argumentación judicial y de los abogados; y señala que en los problemas de prueba, la apelación a los expertos, al uso pericial tiene una gran relevancia. En este caso, el análisis formal sería el siguiente:

- *E* es experto en *D*.
- *E* afirma que *A* es verdadero.
- *A* está dentro del dominio de *D*.
- Por lo tanto, *A* (plausiblemente) es verdadero.

Señala el autor citado que los argumentos de autoridad son plausibles, pasibles de derrotar, porque su validez depende de que no se dé alguna condición de refutación y, desde el punto de vista material, la validez o fuerza del argumento depende de la solidez de las premisas.

⁴⁷ Anuario de Derecho Civil Uruguayo tomo XLII, p 175 TAF 2°, sent. N39, 2/3/2011. Cantero (r), Pérez Manrique, Silberman.

⁴⁸ TAF 2, Sentencia N 230, 30/8/2006. Pérez Manrique (r), Cantero de Castellano, Silberman.

⁴⁹ ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 420 y siguientes.

⁵⁰ ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, p.421.

¿Cuál es la garantía de que el razonamiento sea correcto? Para ATIENZA,⁵¹ la garantía es el enunciado general de que, si un experto en un campo hace una afirmación relativa a ese campo, entonces esta es (probablemente) verdadera; el respaldo son los métodos usados en ese campo de conocimiento y las condiciones de refutación las circunstancias que anularían lo anterior, como que otro experto con mejores credenciales afirme lo contrario o que, a través de una prueba empírica, se desmienta la afirmación del experto.

GRAJALES y NEGRI⁵² explican que el argumento de autoridad en algunos casos es falaz y, en otros, no. El argumento es falaz cuando se apela a opiniones de personas que no son autoridades legítimas en la materia en discusión y mencionan como ejemplo, cuando en los anuncios publicitarios, estrellas de cine, deportistas o personas de notoriedad opinan sobre las bondades y seguridad de un servicio financiero o sobre la seriedad de una empresa de medicina prepaga. Por el contrario el argumento no es falaz cuando constituye una buena razón para convencer a los demás de que nuestra opinión en un determinado campo se basa en la de autores expertos en esa materia.

Considero que, así como el Juez, a efectos de dictaminar sobre la capacidad o incapacidad de un sujeto, confiere un valor probatorio especial a la palabra de los especialistas fundamentado en el argumento de autoridad, el Escribano cuando acude al certificado médico, pretende pre-constituir prueba de la capacidad del sujeto que proyecta otorgar un acto, fundamentado en el mismo argumento.

El razonamiento que realiza el Escribano es el siguiente:

- *P* es experto en Psiquiatría.
- *P* afirma que *V* tiene capacidad suficiente para otorgar el negocio.
- La determinación de si una persona es capaz o no es algo que domina *P*.
- Por lo tanto, es plausiblemente verdadero que *V* tiene capacidad de obrar.

3) Repercusiones del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental en el juicio notarial de capacidad.

La CDPD repercute en el control de la capacidad que debe efectuar el Escribano.

⁵¹ ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, p. 422.

⁵² GRAJALES, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás (2014): *Argumentación jurídica*, 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 217.

De acuerdo a la interpretación sostenida en este trabajo, el significado razonable de lo dispuesto por la CDPD consiste en que las personas con discapacidades son capaces de gozar y ejercer los derechos en igualdad de condiciones que los demás sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan necesitar, salvo aquellas excepciones que se producen cuando la intensidad de la deficiencia es tan grave que torne inviable que el sujeto tome sus propias decisiones por carecer del discernimiento mínimo necesario.

Por lo tanto, la CDPD no eliminó las situaciones de incapacidad de obrar por causas de deficiencias mentales o intelectuales. El efecto que provoca la CDPD es el de un corrimiento de los casos de incapacidad de obrar al reducir su ámbito de aplicación solo a aquellos casos extremos, en los cuales la persona no tiene la posibilidad de elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

Ese efecto repercute en el juicio notarial de capacidad. Como consecuencia de que a partir de la CDPD la incapacidad solo se produce en los casos extremos, el Escribano solo podrá concluir, en base a su juicio notarial de capacidad, que el compareciente se encuentra en una situación de incapacidad si es notorio que se encuentra en un caso extremo. En los demás casos, deberá concluir que la persona es capaz.

Ahora bien, entre la situación de un sujeto sin deficiencias mentales o intelectuales y un sujeto notoriamente incapaz existe una variedad inmensa de situaciones. El corrimiento de las situaciones en las cuales el Escribano puede concluir que nos encontramos ante un caso de incapacidad de obrar a los casos extremos, no significa que las situaciones de personas capaces pero con deficiencias mentales o intelectuales queden en el vacío. Para esos casos, cobra enorme importancia la realización del juicio notarial de vulnerabilidad a que me referiré en el próximo capítulo, y en su caso, realizar la actividad correspondiente a efectos de evitar que el sujeto se encuentre en una situación de inferioridad en la negociación por causa de la deficiencia que padece.

Los cambios de paradigmas establecidos por la CDPD repercuten en el juicio notarial de capacidad en la forma ya dicha y también en el vínculo entre el juicio notarial de capacidad y la información registral.

En tal sentido, puede ocurrir que de la información registral resulte la interdicción total de una persona y la designación de un curador que sustituye su voluntad. Sin embargo, quizás de acuerdo a los parámetros actuales esa persona no se encuentre en un caso extremo y por lo tanto, sea una persona capaz que por sus deficiencias mentales o intelectuales necesita medidas de apoyo, no de un curador que sustituya su voluntad.

El corrimiento del parámetro de la “normalidad” al parámetro del mínimo discernimiento necesario como determinante de la incapacidad, que se produce con la actual normativa, provoca que aquellas declaraciones judiciales de incapacidad, que se efectuaron en base a la anterior normativa, fundamentadas en deficiencias mentales o intelectuales fuertes de la persona con relación a la “normalidad”, respecto a personas que tienen el mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones, hoy no se ajusten a la normativa y deban ser revisadas.

Se presenta así ante el Escribano un conflicto entre, la medida judicial que establece que el sujeto es incapaz de obrar y que el acto debe ser otorgado por el curador que sustituye la voluntad del incapaz, y la valoración del Escribano que visualiza que el sujeto no se encuentra en un caso extremo que justifique la incapacidad y considera que si bien bajo la anterior normativa podía ser incapaz, de acuerdo a la normativa actual, esa persona es capaz y solo requiere de una medida de apoyo para decidir por sí mismo.

En tales situaciones, difíciles de resolver, considero que es bueno que el Escribano pondere el valor seguridad jurídica y el valor de la justicia para el caso concreto. En tal sentido, entiendo que el Escribano no debe desconocer la medida judicial establecida y actuar como si no existiera pues iría contra el valor seguridad jurídica, pero sí puede asesorar a los interesados a efectos de que se inste al órgano público competente la revisión de la situación de la persona y en su caso, que se lo declare capaz y se establezca una medida de apoyo adecuada a su situación, para que luego, se otorgue por quien corresponda, el acto proyectado.

CUARTO CAPÍTULO PRINCIPAL. LA VULNERABILIDAD POR CAUSA DE DEFICIENCIA INTELECTUAL O MENTAL DE PERSONAS CAPACES DE OBRAR Y LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Planteamiento.

Según lo expuesto con anterioridad, la vulnerabilidad es la situación en la que se ubica una persona que se encuentra en inferioridad de condiciones para participar en la vida civil, inferioridad que no puede superar por sí sola y que la expone como una posible víctima de ser utilizada para el provecho de otra persona.

La vulnerabilidad no se identifica con el hecho de tener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Una persona puede tener una de tales deficiencias sin que ello la ubique en una situación de vulnerabilidad a la hora de interactuar en la vida jurídica. A su vez, una persona puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad sin tener una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial.

El punto de encuentro entre la deficiencia y la vulnerabilidad se produce cuando el sujeto tiene una deficiencia que no le impide tomar sus propias decisiones pero que lo ubica en una situación de inferioridad para actuar en la vida jurídica en condiciones de igualdad, situación que no puede superar por sí mismo. En los casos mencionados, nos encontramos ante personas capaces pero vulnerables por causa de deficiencia mental o intelectual.

Según la intensidad de la deficiencia, el sujeto puede necesitar solo una medida de apoyo extrajudicial como puede ser que un profesional le informe y explique situaciones vinculadas al acto que proyecta otorgar con un mayor detenimiento, claridad, tiempo, etc.; o necesitar además una medida de apoyo determinada judicialmente, a vía de ejemplo un asistente en la toma de decisiones.

Considero que el Escribano, por sus conocimientos jurídicos, la ética inherente a su profesión y su conexión con las personas al momento de celebrar un acto, es un excelente mediador entre la abstracción normativa y la concreción de los hechos y puede cumplir un rol clave para que las personas capaces pero vulnerables por causa de deficiencia mental o intelectual, no sean víctimas de aprovechamiento de su situación a la hora de celebrar un acto jurídico.

A efectos de una mejor comprensión del tema dividiré el desarrollo de este capítulo en dos ítems: I) La justicia, el principio de igualdad y el principio de igualación; II) El juicio notarial de vulnerabilidad y la imparcialidad activa.

1) La justicia, el principio de igualdad y el de igualación.

A) La justicia sustancial y formal

MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ⁵³ enseñan que a lo largo de la historia el concepto de *justicia* se ha movido en dos planos: el *subjetivo*, entendido como una virtud personal de aquel que tenía el ánimo de realizar lo que era justo y el *objetivo*, como el criterio de valoración de lo justo o como una cualidad o característica de la conducta humana que se adecua a ese criterio. En este sentido, la justicia implica alteridad, proporcionalidad, igualdad, etc. y podría definirse como “*dar a cada uno lo suyo*”.

El problema es determinar qué es “*lo suyo*” que corresponde dar a cada uno para satisfacer el criterio de “*justicia*”, es decir, qué es “*la justicia*” en su aspecto sustancial. Desde esta perspectiva, “*la justicia*” es un concepto indeterminado que contiene un alto grado de subjetividad, cargado de influencias ideológicas, religiosas e intereses, que ha dado lugar a diversas teorías.

En contraste con el polémico asunto de determinar el contenido de la justicia sustancial, desde el punto de vista formal, en doctrina suele aceptarse una noción de justicia que se atribuye a ARISTÓTELES, al expresar que lo justo es “*tratar igual lo que es igual y lo diferente en proporción a su diferencia*”⁵⁴.

Mientras que la justicia formal nos señala que se debe tratar lo igual de manera igual y lo diferente de manera distinta, la justicia sustancial nos indica cuál es el criterio para determinar qué es igual y qué es diferente⁵⁵.

⁵³ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A, (2012): *Curso de teoría del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona: Editorial Planeta S.A., pp. 216 y siguientes.

⁵⁴ LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p.48.

⁵⁵ La distinción entre *justicia formal* y *material* puede ser planteada en otros términos. En ese sentido, MACCORMICK, Neil (*Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*, 1.ª edición, Lima: Palestra Editores, pp. 109 y 110), sigue a RAWLS y distingue entre concepciones específicas de la *justicia* y el concepto de *justicia*. Este es abstracto y formal y consiste en que tratemos de igual modo los casos iguales, y de diferente modo los casos diferentes, y que demos a cada uno lo que le corresponde. Las concepciones de la justicia proporcionan diferentes conjuntos de principios y/o reglas a la luz de las cuales se puede determinar cuándo los casos son sustancialmente similares, cuando diversos y qué le corresponde a cada

Con relación a la justicia formal, LARENZ⁵⁶ explica que la idea de que hay que “tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales” no nos lleva mucho más lejos, pues no nos dice nada sobre el modo de tratar a unos y a otros. En esa determinación sobre el modo de tratar a unos y a otros, juega un papel importante el principio de proporcionalidad, que se concreta en la búsqueda de la moderación, el equilibrio y la prohibición de excesividad⁵⁷. Ese equilibrio también se aprecia en el pensamiento de RAWLS⁵⁸, cuando sostiene que las instituciones son justas si al atribuir los derechos y los deberes fundamentales no se establece ninguna diferencia arbitraria entre los hombres y si las reglas producen un equilibrio significativo entre las pretensiones concurrentes para el bien de la vida social.

Por lo expuesto, considero que, si bien el criterio de justicia de tratar lo que es igual de manera igual y lo diferente en proporción a la diferencia requiere la determinación de qué es igual y qué diferente, y esa determinación tiene una carga subjetiva muy importante, la búsqueda del equilibrio y la proporcionalidad, son herramientas que nos guiarán a encontrar una medida que, al menos, pueda fundamentarse como racionalmente justa para el caso concreto.

B) El principio de igualdad.

El principio de justicia formal, de tratar igual lo que es igual; y lo diferente en proporción a la diferencia, nos conecta con el principio de igualdad.

GUASTINI⁵⁹ sostiene que la igualdad en los derechos puede ser concebida como una norma (el principio de igualdad) o como el contenido de un derecho subjetivo. El principio de igualdad prohíbe la discriminación en la distribución de derechos y las obligaciones, mientras que la igualdad como contenido de un derecho subjetivo es el derecho al igual tratamiento en la distribución de derechos.

uno. La cuestión de si esa concepción de la justicia es buena o sensata involucra principios generales de filosofía normativa o moral y es deber de los jueces hacer justicia de acuerdo con el Derecho, no justicia pura y simple.

⁵⁶ LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 50.

⁵⁷ LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p. 145.

⁵⁸ LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, p.48.

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo, (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 501 y siguientes.

Pero este autor aclara que el principio de igualdad no pretende que todas las personas tengan iguales derechos, porque es diferente la situación de un acreedor y un deudor, de una víctima y un victimario, etc. No sería sensato, a vía de ejemplo, que un acreedor tuviera el mismo tratamiento que un deudor. El principio mencionado pretende que tengan iguales derechos todos los que integran una misma categoría como la de los acreedores sin distinguir su raza, sexo, etc.

Señala GUASTINI⁶⁰ que al legislador no le está prohibido discriminar –o sea, distinguir– sino que le está prohibido discriminar, distinguir, según ciertos criterios de distinción, como sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, etc. En similar sentido, FALCÓN Y TELLA⁶¹ sostiene que el principio de igualdad, en relación con la equidad, no prohíbe la diferenciación, prohíbe la diferenciación no justificada y que la exigencia de una pura generalidad y universalidad de la ley, no sería igualdad sino identidad.

Cabe agregar que, además, ese es el criterio que se tomó en la Declaración de Principios para la Igualdad del año 2008 al establecerse: *“La igualdad de trato, desde el punto de vista de la igualdad, no equivale a trato idéntico. Para reconocer la igualdad plena y efectiva, es necesario tratar a las personas de manera diferente según sus circunstancias, para reconocer su igualdad personal y para mejorar sus habilidades para participar en la sociedad como iguales”*.

Coincido con lo expuesto y entiendo que el *derecho a la igualdad personal* significa que todas aquellas personas que se encuentran en una misma situación deben tener un igual tratamiento y no que todas las personas deban ser tratadas de manera igual. El principio de igualdad personal prohíbe realizar distinciones injustificadas, pero no realizar distinciones. Más aún, agrego que la aplicación del principio de igualdad no solo no prohíbe realizar distinciones, sino que exige realizar distinciones cuando existen diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento.

Puede observarse que la aplicación del principio de igualdad, en su real significado, que incluye la consideración de las diferencias entre las personas, coincide con la concepción aristotélica de justicia formal mencionada: tratar lo igual de manera igual y lo diferente en proporción a su diferencia.

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo, (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 505.

⁶¹ FALCÓN Y TELLA, María José (2005): *Equidad, derecho y justicia*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 270.

C) Desde el principio de igualdad al principio de igualación.

El reconocimiento de que existen diferencias entre las personas que pueden justificar un diverso tratamiento nos conduce hacia otro principio y consecuente derecho: el de igualación.

Al respecto, GUASTINI⁶² explica que si el principio de igualdad impone al legislador el deber de prescindir de algunas diferencias (sexo, raza, etc.), el principio de igualación –o de equiparación si se prefiere– recomienda tener en cuenta las diferencias que existen entre las personas, en razón de la pertenencia de estas a diversos grupos sociales (o étnicos, lingüísticos, etc.), con el fin de eliminar las consecuencias desfavorables que de ellas se siguen. El principio de igualación requiere, en suma, que se tomen en consideración las desventajas que pesan sobre diversos grupos sociales.

Señala el mencionado autor⁶³ que el medio para igualar (socialmente) con medios jurídicos a aquellos socialmente desfavorecidos es el de atribuirles ventajas jurídicas, es decir, distribuir los derechos de modo desigual. En otras palabras –dice– un instrumento jurídico para eliminar las diferencias extra-jurídicas es, paradójicamente, la adopción de regulaciones jurídicas diferenciadas.

Comparto dicha opinión y entiendo que en los hechos pueden existir diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento y para concretar el principio de igualdad, es necesario aplicar medidas jurídicas desiguales amparadas en el principio de igualación que –desde mi punto de vista– complementa al principio de igualdad.

¿Qué tipo de tratamiento puede realizarse?

FALCÓN Y TELLA⁶⁴ distingue tres tipos de tratamiento que considero interesante mencionar: *igualitario*, *proporcional* y *equitativo*.

Señala la autora que el *tratamiento igualitario* es un ideal deseable cuando todo el mundo está situado en una posición de igualdad y consiste en tratar igual a los iguales. Pero si las personas somos diferentes en necesidades, habilidades y talentos, un tratamiento igual sería en general inadecuado y se debería realizar un tratamiento

⁶² GUASTINI, Riccardo (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 516 y siguientes.

⁶³ GUASTINI, Riccardo (2014): *Otras distinciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 516 y siguientes.

⁶⁴ FALCÓN Y TELLA, María José (2005): *Equidad, derecho y justicia*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 268 y siguientes.

adecuado a los individuos “*diferentes*”. Este tratamiento adecuado pasaría por ser un *tratamiento proporcional*, a la medida de las desigualdades. Se trataría de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales en proporción a su desigualdad.

En tercer lugar refiere al *tratamiento equitativo* que va más allá del tratamiento proporcional y consiste en tratar desigualmente a alguien para remediar una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualar lo desigual, sino a dar prevalencia al polo inicialmente desfavorecido.

2) El juicio notarial de vulnerabilidad y la imparcialidad activa.

A) El juicio notarial de vulnerabilidad.

La Declaración de Principios para la Igualdad del año 2008 expresa que todos los seres humanos tienen derecho a “*participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil*”. A su vez, de acuerdo al principio de igualdad, las personas tienen derecho a un igual tratamiento, salvo que existan diferencias entre ellas que justifiquen uno diverso.

Con relación al asesoramiento notarial como guía en la producción del Derecho Positivo Justo para el caso concreto, uno de los grandes desafíos que tiene el notariado es intentar que las personas puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil en condiciones de igualdad. En ese ámbito, me referiré al asesoramiento ante la vulnerabilidad de un otorgante por deficiencia mental o intelectual.

Así como se distingue la capacidad de la vulnerabilidad de una persona, también debe diferenciarse entre el juicio notarial de capacidad y la valoración notarial de la vulnerabilidad.

Con relación al juicio notarial de capacidad, vimos que el escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: a) la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad y b) la capacidad se presume.⁶⁵ El juicio notarial de capacidad es una evaluación no técnica que realiza el escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto, no presente signos notorios de incapacidad perceptibles por una persona que no es especialista que derroten los principios mencionados.

⁶⁵ Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia, a vía de ejemplo, véase Bendahan (r), Baccelli, Díaz, sentencia 2/2013, TAF 1º, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II p. 361.

Una vez realizado el juicio notarial de capacidad sin que se hayan detectado signos notorios de incapacidad, el escribano considerará a los sujetos capaces para actuar, y es entonces cuando aflora una nueva valoración: la vulnerabilidad o no de los otorgantes y dentro de este género, la especie vulnerabilidad de personas capaces por deficiencia mental o intelectual.

Al respecto, entiendo que corresponde que el Escribano evalúe si el sujeto que considera capaz presenta signos notorios de vulnerabilidad por deficiencia mental o intelectual que lo coloquen en una posición de desigualdad en la negociación.

A partir de la CDPD, el juicio notarial de vulnerabilidad adquiere un campo de aplicación mucho mayor porque en virtud del corrimiento de la incapacidad de obrar solo para casos extremos, el Escribano se puede encontrar con un sinnúmero de situaciones en que la persona es capaz (por no encontrarse en los casos extremos de incapacidad de obrar) pero vulnerable por causa de una deficiencia intelectual o mental.

La finalidad de la valoración de la vulnerabilidad de la persona es poder captar si los otorgantes se encuentran en condiciones de ejercer el derecho humano a participar con una base igualitaria en la negociación. Si el escribano detecta una situación de vulnerabilidad, tiene una misión muy difícil, pero de gran importancia para la sociedad: lograr ubicar a las partes en condiciones de igualdad para defender sus intereses sin convertirse en un defensor de la parte débil.

Una herramienta para lograrlo es el asesoramiento basado en una imparcialidad activa, que concrete el principio de la igualdad como complemento del principio de igualdad.

B) La imparcialidad activa del notario ante personas vulnerables y su justificación como concretización del principio de igualdad y el de igualdad.

En el asesoramiento el Escribano procurará que los otorgantes concreten el derecho humano a participar con una base igualitaria en la vida civil.

Se parte de la base de que en virtud del principio de igualdad, el asesoramiento notarial debe ser el mismo para todos, salvo que existan diferencias entre las personas que justifiquen un diverso tratamiento.

Al respecto, considero que un diverso tratamiento en el asesoramiento está justificado cuando una de las partes es una persona capaz, pero vulnerable por

deficiencias mentales o intelectuales que la ubican en una posición de inferioridad con relación a la contraparte a la hora de negociar. El camino es un asesoramiento basado en lo que se ha denominado “*imparcialidad activa*” que concrete el principio de igualdad.

Al respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS⁶⁶ sostiene que la imparcialidad del notario es activa y se inserta en actuaciones positivas propias y no en la pasiva recepción y narración de actuaciones ajenas. Señala que es una imparcialidad equilibradora y compensadora de la desigualdad de los otorgantes, que no se limita a proporcionar mayores informaciones legales a quien tienen menos conocimientos jurídicos, sino que tiene que darle más asesoramiento y consejo, porque si tratara de manera igual a personas que son desiguales, cometería parcialidad en la otra dirección, y aclara que no hay en ella discriminación positiva, porque el notario no pretende que prevalezcan los intereses de una parte sobre la otra, sino que se unan en un armónico equilibrio. Agrega, además, que la imparcialidad del notario incluye también una labor de asistencia para procurar que una parte inexperta o poco hábil no resulte perjudicada.

A su vez, GONZÁLEZ ENRIQUEZ⁶⁷ explica que el deber de imparcialidad le obliga al notario a procurar que las determinaciones de voluntad sean adoptadas por todos los interesados en iguales condiciones de libertad, deliberación y conocimiento de las circunstancias y consecuencias. Debe fomentar una igualdad sustancial y volcar sus esfuerzos de asesoramiento a su defensa de la libertad de decisión.

Coincido con la línea de pensamiento expuesta y entiendo que la imparcialidad del Escribano ante la vulnerabilidad debe ser activa y equilibradora, lo cual constituye una herramienta importante para que se respete el derecho humano a la participación con base igualitaria en la vida civil. Esa imparcialidad activa y equilibradora consiste en intensificar el asesoramiento y el consejo a la parte vulnerable para que pueda quedar ubicada en una situación de igualdad de condiciones para tomar decisiones, pero no para favorecerla en desmedro de la contraparte, lo cual sería una forma de parcialidad incompatible con la función notarial.

Al tratar el principio de igualdad y el de igualdad, vimos que FALCÓN y TELLA distingue entre el tratamiento igualitario (a todos por igual); el tratamiento proporcional

⁶⁶ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio (2008): “*La imparcialidad del notario, atributo inescindible de su función*”, publicado el 27 de mayo de 2008 en www.elnotario.es.

⁶⁷ VALLET VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (2004): *Manuales de metodología jurídica III. De la determinación del derecho*, Madrid: Fundación Cultural del Notario, p.238.

(igual a los iguales, y desigual a los desiguales en proporción a su desigualdad) y el tratamiento equitativo (trato desigual a quien se encuentra en desventaja hasta ubicarlo en situación más favorable que los demás).

Si se sigue dicha clasificación, considero que cuando las personas se encuentran en situación de igualdad, el tratamiento que debe brindar el escribano a las partes en su asesoramiento es el “*igualitario*”, pero cuando se encuentran en condiciones desiguales, el tratamiento apropiado es el “*proporcional*”, para que puedan participar en la vida civil con una base igualitaria.

No es adecuado realizar un asesoramiento igualitario a quienes se encuentran en condiciones de participación desiguales, como sucede entre una persona capaz sin deficiencias mentales ni intelectuales y una persona capaz pero vulnerable por causa de una deficiencia mental o intelectual, porque no se respeta el derecho humano a la igualdad de participación.

Tampoco es adecuado desde el aspecto notarial, dar prevalencia al desfavorecido (discriminación positiva) porque sería una forma de parcialidad a la inversa. El tratamiento notarial adecuado cuando una de las partes es vulnerable y la otra no, es el “*proporcional*”.

En todas estas situaciones, el escribano debe procurar que se respete el derecho humano a la participación igualitaria en la vida civil a través de una mayor intensidad en el asesoramiento y consejo a la parte débil, no para defender sus intereses, sino para que la persona vulnerable pueda defenderlos en condiciones de igualdad con la contraparte. El diverso tratamiento se justifica en aplicación del principio de igualdad y su complemento: el de igualdad.

RISSO FERRAND⁶⁸, al analizar casos que involucren al principio de igualdad, ha señalado que la constitucionalidad de las diferenciaciones requieren de tres elementos: 1) un juicio de razonabilidad de la causa de distinción; 2) que exista una finalidad legítima y 3) un juicio de racionalidad en la relación medio-fin.

Considero que, cuando en la negociación interviene una persona capaz pero vulnerable por causa de una deficiencia intelectual o mental y otra capaz sin deficiencia intelectual ni mental, el asesoramiento diferenciado y proporcional que realice el escribano cumple con los requisitos constitucionales referidos porque se presentan los

⁶⁸ RISSO FERRAND, Martín (2017): *Guía para la resolución de casos de derecho constitucional y derechos humanos*. Montevideo: FCU, 1ª ed., pp. 42-47.

tres elementos mencionados: 1) la causa de distinción es razonable, ya que una persona se encuentra en situación de inferioridad para defender sus intereses con relación a otra; 2) la finalidad es legítima: ubicar a ambas partes en situación de igualdad para participar en la vida civil, lo cual es un derecho humano; y 3) la relación medio-fin es adecuada, ya que el escribano, a través de la imparcialidad activa, procura que las personas participen en la negociación con base igualitaria para defender sus intereses, sin convertirse en un defensor de los intereses de la parte débil.

De esta manera, se evita la injusticia de que lo desigual sea tratado de manera igual. En ese sentido, el notario Santiago Raúl Deimundo⁶⁹ ha expresado que: *“Impedir la injusticia es quizás una de las funciones más nobles del notario, y para ello cuenta, entre otros recursos con la debida información, con el legal asesoramiento y con el humano consejo”*.

Creo oportuno traer a colación una máxima kantiana: *“Las personas deben ser utilizadas como un fin en sí mismo y no solo como un medio para el beneficio de otro”*. En esa línea de pensamiento, considero que el escribano en su función de colaborador en la producción del Derecho Positivo Justo para el caso concreto, puede intentar evitar que una persona utilice a otra para beneficiarse a costa de su vulnerabilidad, y la herramienta fundamental para ello es la imparcialidad activa en el asesoramiento, a través de un tratamiento proporcional, fundamentado en el principio de igualación que complementa al principio de igualdad y permite hacer efectivo el derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil.

Ahora bien, claro está, que en ocasiones la imparcialidad activa no es suficiente para garantizar el derecho a participar en la vida civil con una base igualitaria y será necesaria una medida de apoyo determinada en vía judicial. Si ella no ha sido establecida se impone la necesidad de que se establezca. A continuación, nos introduciremos en las *“medidas de apoyo”*.

⁶⁹ Citado por COSOLA, Sebastián J. (2008): *Los deberes éticos notariales*, 1.ª ed., Buenos Aires: AD-HOC, p. 478.

QUINTO CAPÍTULO PRINCIPAL. MEDIDAS DE APOYO.

1) La ponderación de principios.

FALCÓN Y TELLA⁷⁰ señala que el Derecho tiene tres dimensiones: el del ser (plano empírico o fáctico); el del deber ser (plano normativo) y el del valer (plano axiológico o valorativo).

Desde esta triple dimensión, el Derecho en sentido objetivo podría visualizarse como un conjunto de valores (plano axiológico) que la sociedad pretende promover y concretar a través de un sistema de normas (plano normativo) que procura regular situaciones de hecho que pueden acontecer en la realidad (plano fáctico).

En lo que refiere al plano normativo, todo sistema jurídico incluye al menos dos tipos de normas: las reglas y los principios.

Conforme ha sostenido DWORKIN⁷¹, la clase de las reglas tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho, y la clase de los principios tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera abierta. Además, entre las diferencias que presentan estas dos especies normativas, DWORKIN⁷² destaca una distinción lógica en el criterio de aplicación de ellas: las reglas se aplican “*a manera de todo o nada*”, mientras que los principios se aplican por la dimensión de su peso.

En esa dirección, para ALEXY⁷³ las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva y, en ese sentido, son mandatos definitivos cuya forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente aquello que exige y, si se hace, es cumplida; mientras que, si no se hace, no es cumplida. Por tal razón, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no.

⁷⁰ FALCÓN Y TELLA, María José “*Equidad, Derecho y Justicia*”, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, ISBN: 84-8004-709-7, pág. 25.

⁷¹ Según refiere VILAJOSANA, Josep M (2007): *Identificación y justificación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons, p. 116.

⁷² GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2016), *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 3.ª ed., Lima: Palestra Editores, p.239.

⁷³ ALEXY, Robert (2012): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: AD-HOC, p. 20.

Por el contrario –continúa ALEXY– los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, por lo tanto, son mandatos de optimización. Los principios se caracterizan por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas, determinándose estas últimas por reglas y también por principios opuestos. Por tal razón, los principios contienen solo un mandato *prima facie* y la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio frente a otro opuesto es la ponderación.

Agrega el mencionado autor⁷⁴ que la idea central de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, o en otros términos, “*el examen de proporcionalidad*”, se puede formular en lo que llama *la ley de la ponderación*, que dice: “*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.

De lo expuesto, se puede visualizar que, mientras que en el caso de las reglas, las antinomias se resuelven al aplicar una u otra regla a “*todo o nada*”, en el caso de conflicto entre principios, rige el criterio de la ponderación, esto es, de la valoración de cuál tiene mayor peso en un caso concreto (sin perjuicio de que en otras circunstancias puede prevalecer el otro) y, en su aplicación, se debe procurar “*la optimización*” a través de una graduación que consiste en que un principio se aplique en la mayor medida posible, pero en un grado tal que afecte lo menos posible la no aplicación del otro.

Sin perjuicio de ello –como señala GASCÓN ABELLÁN⁷⁵–, si bien en algunos casos la ponderación puede conducir a una solución conciliadora de los principios, en otros casos, la conciliación no es posible y el resultado de la ponderación consiste en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna.

2) Las medidas de apoyo como herramientas para balancear el principio de respeto y prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad y el principio de evitar la vulnerabilidad de la persona con discapacidad.

⁷⁴ ALEXY, Robert (2012): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: AD-HOC, p. 30.

⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2016): *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, 3ª ed., Lima: Palestra Editores, p. 297.

Según lo expuesto precedentemente, a través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector⁷⁶ y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

El respeto y prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad es un principio central de la regulación establecida por la CDPD pero no es el único relevante.

Al respecto PETIT SÁNCHEZ⁷⁷ sostiene que no es incompatible la elemental consideración de las personas con discapacidad como plenos sujetos de derecho con el reconocimiento de su integridad y dignidad en igualdad de condiciones con el resto, con la necesaria obligación, en determinados casos, de prestarles asistencia y ayuda, y considerarlos por tanto, como sujetos necesitados de protección, a lo que el ordenamiento jurídico debe velar en aras de su mejor interés.

Comparto dicho pensamiento y en la misma línea, considero que el principio central del respeto y prevalencia de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad debe balancearse con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar.

El primer principio mencionado surge de manera expresa del artículo 9 de la CDPD.⁷⁸ El segundo del artículo 1 de dicha Convención,⁷⁹ que establece que su propósito incluye proteger el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, de lo cual se infiere el principio de evitar que la persona quede ubicada en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar.

⁷⁶ PETIT SÁNCHEZ, Milagros “*La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*” Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 267: “los mecanismos clásicos de apoyo a la persona con discapacidad han estado centrados en la idea de su protección –tanto personal como patrimonial- y basados en el supuesto interés de la persona protegida –visto este interés desde la óptica de la institución que protegía-, sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada”.

⁷⁷ PETIT SÁNCHEZ, Milagros “*La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*” Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 269 y siguientes.

⁷⁸ Artículo 9 CDPD: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; (...)”.

⁷⁹ Artículo 1 CDPD: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. (...)”.

En los casos en que entran en pugna dichos principios, la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio frente al otro, se realiza a través de la ponderación y corresponde aplicar el “*examen de proporcionalidad*” que indica que “*cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.

En ese sentido, ante la pugna de los mencionados principios, cuanto mayor sea la vulnerabilidad de la persona, mayor será la importancia del principio de evitar esa situación y justificará la restricción del principio de la autonomía de la voluntad. A través de las medidas de apoyo se pueden balancear los dos principios mencionados. Si la conciliación no es posible, el resultado de la ponderación consiste en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna.

A vía de ejemplo, una persona con discapacidad puede: a) no encontrarse en situación de vulnerabilidad y no necesitar una medida de apoyo, b) ubicarse en situación de vulnerabilidad leve y necesitar una medida de apoyo menor como un asesoramiento específico; c) encontrarse en una situación de vulnerabilidad media y necesitar la designación de un asistente; d) ubicarse en una situación de vulnerabilidad extrema al punto de carecer del discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y conducirlo a una situación de incapacidad.

En el primer caso, el principio de autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad rige en plenitud pero a medida que la situación de vulnerabilidad es mayor, el principio de evitar la situación de vulnerabilidad avanza y restringe progresivamente al principio de autonomía de la voluntad, fundamentado en el “*examen de proporcionalidad*”. En el último caso mencionado, del principio de autonomía solo persiste el deber de que la designación y actuación del representante se adecue a lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad del incapacitado.

En definitiva, las medidas de apoyo deben ajustarse a la situación de la persona que las necesita. Considero que la determinación de la medida de apoyo adecuada para cada caso concreto, deberá efectuarse a través de la ponderación del principio central del respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar, a través del “*examen de proporcionalidad*”. En tal sentido, se parte de la autonomía de la voluntad de la persona y cuanto mayor sea su vulnerabilidad mayor será la importancia del principio de evitar esa situación y justificará la restricción del principio de la autonomía de la voluntad.

3) Clasificación de las medidas de apoyo.

Según se expuso, a través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

PETIT SÁNCHEZ⁸⁰ explica que el principio de autonomía de la voluntad aplicado a las personas con discapacidad presenta un doble aspecto: la autonomía física (referida a la accesibilidad al entorno) y la autonomía volitiva que afecta a la toma de decisiones. Señala la autora que la autonomía volitiva, a su vez, presenta una doble vertiente: a) la autonomía preventiva que se manifiesta en el respeto de la voluntad de la persona en la toma de decisiones para supuestos futuros de necesidad de apoyos, y b) la autonomía consustancial a la persona, que se manifiesta en el espacio de cuestiones personales y derechos de la personalidad en relación con su capacidad natural.

Considero que las dos vertientes de la autonomía volitiva señaladas se pueden visualizar al clasificar las medidas de apoyo en preventivas y reactivas.

Las medidas de apoyo preventivas son aquellas establecidas de manera anticipada a la necesidad de que sean aplicadas. Estas medidas pueden ser determinadas por la propia persona destinataria de ellas en ejercicio de su autonomía preventiva y tienen especial importancia en aquellos casos en que la persona puede prever que de manera progresiva han comenzado a disminuir sus facultades mentales o intelectuales por causa de la avanzada edad o por una enfermedad o que en el futuro comenzará a disminuir. De este modo, la persona se anticipa a autorregular su situación mediante su voluntad.

Las medidas de apoyo reactivas, son aquellas establecidas cuando la persona con discapacidad ya las necesita, pueden disponerse por el órgano público competente y clasificarse en consustanciales y excluyentes.

Medidas reactivas consustanciales son aquellas que el órgano público competente puede disponer pero de acuerdo a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien ejercita de este modo, su autonomía consustancial.

⁸⁰ PETIT SÁNCHEZ, Milagros “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés” Revista de Derecho Civil, vol. VII, num. 5 (octubre-diciembre, 2020) ISSN 2341-2216, pág. 272 y siguientes.

Medidas reactivas excluyentes son aquellas que el órgano público competente puede disponer con prescindencia de la voluntad de la persona con discapacidad y tienen como presupuesto que la persona no tenga el discernimiento mínimo necesario para manifestar su voluntad y preferencias.

El principio del respeto a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad implica que las medidas preventivas autorreguladas deben tener prioridad sobre las medidas reactivas establecidas por el órgano público competente y entre las medidas reactivas deben tener prioridad las consustanciales sobre las excluyentes.

Las medidas excluyentes solo serían aplicables cuando la intensidad de la discapacidad provoque que no sea posible que el sujeto manifieste su voluntad ni siquiera de manera consustancial. Aún en estos casos, el órgano público competente deberá establecer la medida basado en lo que presumiblemente hubiera sido la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad de acuerdo a sus valores, creencias, trayectoria, etc.

4) Las medidas de apoyo en el Derecho Positivo Uruguayo. Su aplicación y sugerencias de *lege ferenda*.

Si bien, como expresé en el ítem destinado a la evolución normativa, en Uruguay desde la vigencia del CGP existe la posibilidad de que los Jueces establezcan medidas de apoyo adaptadas a las circunstancias de cada persona, lo cual genera un amplio campo para adoptar medidas variadas y adaptadas a las necesidades de la persona, considero que es relevante, para su eficiente aplicación que se establezca una regulación general y flexible de medidas de apoyo.

Como ha señalado el Comité de expertos en sus observaciones, es necesario que se adopten medidas concretas para establecer un modelo de sistema de apoyo al proceso de toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

En esa misma línea, considero que la aplicación eficiente de las medidas de apoyo requiere de la aprobación de una normativa que las regule y establezca una base sobre la cual el órgano público competente pueda apoyarse para determinarlas y que al mismo tiempo sean de carácter flexible para que el decisor pueda adaptar la medidas a las necesidades y preferencias de la persona con una discapacidad concreta.

A título de "*lege ferenda*" sugiero la incorporación en el Derecho Positivo Uruguayo de una ley integral de medidas de apoyo que comprenda la regulación de: I) medidas

preventivas o de voluntad anticipada, en las que, el propio sujeto prevea medidas a aplicar ante el progreso de una discapacidad y, en su caso, ante la posibilidad de que la discapacidad lo conduzca a una incapacidad de obrar por sí mismo; II) medidas reactivas consustanciales que pueden disponerse en vía judicial con atención a la voluntad del sujeto con discapacidad; III) medidas reactivas excluyentes que pueden establecerse en vía judicial con prescindencia de la voluntad del sujeto para aquellas situaciones extremas en que no sea posible una medida menos lesiva.

Sin perjuicio de la importancia de que se dicte una ley integral de medidas de apoyo a efectos de su mejor y más clara aplicación, considero que es posible aplicar diversos institutos fundamentado en los principios y reglas que surgen de la CDPD ratificada por el Estado uruguayo, aunque no se haya dictado una ley que los regule de manera específica.

Mencionará algunos institutos vinculados a medidas de apoyo y su posible aplicación en Uruguay, a pesar de no estar previstos de manera específica.

A) Curatela Voluntaria con instrucciones.

Una medida preventiva o de voluntad anticipada, que considero que es posible aplicar a pesar de que no exista en el Derecho Positivo Uruguayo una ley que la regule de manera específica consiste en la posibilidad de que el propio sujeto manifieste su voluntad, en una escritura pública, en la cual determine, quién desea que sea la persona que lo asistirá si llega a necesitar un asistente (asistencia voluntaria) y en su caso, quien desea que sea la persona que lo representará si su situación llega a una gravedad tal, que no pueda tomar las decisiones por sí mismo (curatela voluntaria).

Asimismo, considero que la persona puede, si así lo desea, establecer instrucciones sobre cómo proceder. A vía de ejemplo, el sujeto puede declarar que su voluntad es permanecer en su hogar con la asistencia de personas y que los gastos de asistencia se solventarán con determinados recursos que especifica y que no se lo interne en una residencia para ancianos.

En el mismo sentido, la persona puede declarar que su voluntad es que ante la eventualidad de que su situación se agrave y llegue a un estado de incapacidad, la administración y disposición de su patrimonio se hará en la forma que dispone y en caso de ser necesario se enajenarán los bienes en el orden que establece a efectos de obtener recursos económicos para su mantenimiento.

En las situaciones mencionadas, a mi entender, el Juez que entienda en el eventual proceso de incapacidad o de determinación de medidas de apoyo, deberá respetar la voluntad manifestada de la persona con discapacidad en lo que respecta a la designación del curador y las instrucciones mencionadas, en aplicación de los principios y reglas de la CDPD, aunque no exista en el Derecho Positivo uruguayo una ley que regule esa medida de modo específico.

B) Mandato preventivo con apoderamiento.

Una medida preventiva o de voluntad anticipada, que no ha sido regulada de manera específica por el Derecho Positivo Uruguayo es la del mandato preventivo con apoderamiento. Este negocio consiste en que una persona (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización de determinados actos con facultades para actuar en su nombre y representación, con la particularidad de que declara que el mandato no se extinguirá por la eventual incapacidad del mandante.

Al igual que ocurre con el “*mandato post mortem*”, el mandato preventivo puede tener dos modalidades.

Con relación al mandato *post mortem*, una primera modalidad consiste en que el mandante disponga que el mandatario podrá actuar recién a partir de su muerte (artículo 2096 y 2097 CCU) y una segunda modalidad consiste en que el mandante disponga que el mandatario podrá actuar de manera inmediata y que podrá continuar con su actuación aún luego de su muerte (art. 2096 a 2098 CCU). Parte de la doctrina⁸¹ denomina a la primera especie mandato *mortis causa* y a la segunda mandato póstumo.

De la misma manera, entiendo que el mandato preventivo puede tener dos modalidades. Una primera modalidad consiste en que el mandante disponga que el mandatario podrá celebrar los actos que encarga recién a partir de que el mandante sea

⁸¹ ZINNY, Mario Antonio, “*Conocimientos útiles para la práctica del Derecho*”, primera edición, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, pág. 189 y 190: “Irrevocable es el poder que el poderdante no tiene derecho de revocar; póstumo, el que no se extingue por su fallecimiento y “*mortis causa*” el que se origina cuando el poderdante fallece”.

Por su parte PEIRANO FACIO, Jorge. *Curso de contratos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1968. T.3 pág. 139 al comentar el artículo 2097 CC expresa “Claro que este artículo se está refiriendo a una cosa un poco distinta, que es lo que se llama el mandato *post mortem*, que es el mandato realizado para ser cumplido después de la muerte del mandante, cosa diferente de un contrato de mandato realizado para surtir efectos de inmediato, en vida del mandante, con la modalidad de que éstos efectos continuarán después de la muerte del mandante”.

declarado judicialmente incapaz y una segunda modalidad en que el mandante disponga que el mandatario podrá celebrar los actos que encarga de manera inmediata y que podrá continuar con su actuación aún luego de que se declare al mandante judicialmente incapaz.

El artículo 2086 del Código Civil uruguayo dispone que el mandato se acaba por la incapacidad sobreviniente del mandante. Sin embargo, considero que esta norma debe interpretarse de acuerdo a la evolución normativa general referida, la cual genera una excepción implícita que consiste en que si la persona manifestó su voluntad de que el mandatario realice determinados actos aún después de su incapacidad, debe respetarse esa voluntad.

Mediante un argumento *a fortiori* se podría decir que si de acuerdo a los artículos 2096 y siguientes del Código Civil Uruguayo es admisible el mandato “*post mortem*”, con más razón debe admitirse, a la luz de la normativa actual, el mandato “*post incapacidad*”.

Lo expuesto, sin perjuicio de que si el acto que se le encargó ejecutar al mandatario requiere la obtención de una venia judicial, deberá obtenerse esta para su validez.

A diferencia del caso de la curatela voluntaria referida con anterioridad, la cual transita por una instancia judicial, la aplicación del mandato preventivo podría desarrollarse extrajudicialmente. Más allá de mi opinión sobre la vigencia de esta medida, considero que dicha característica provoca que para que se pueda aplicar en la práctica profesional sin constantes observaciones, es necesario que se regule a través de una ley específica.

Por tal razón, mientras no se regule el mandato preventivo a través de una ley específica, considero que es preferible incluir en el asesoramiento a la curatela voluntaria con instrucciones sobre cómo actuar, cuya aplicación tendrá un respaldo judicial, que el mandato preventivo, el cual, mientras no se regule por ley, probablemente tendría muchas dificultades a la hora de aplicarlo.

C) Asistencia.

Con relación a las medidas reactivas consustanciales, es decir, aquellas que pueden disponerse en vía judicial con atención a la voluntad de la persona con discapacidad, se destaca la asistencia al sujeto discapacitado.

Esta medida logra equilibrar muy bien el principio del respeto a la autonomía de la persona con discapacidad y el de evitar que dicha persona quede ubicada en una

situación de vulnerabilidad, pues es ella quien otorga los actos y mantiene la libertad de tomar sus propias decisiones y al mismo tiempo, el asistente, cuida de que otra persona no se aproveche de la vulnerabilidad del sujeto.

Si bien este instituto ya se aplica en la actualidad, no tiene una regulación específica. Al respecto, se sugiere establecer una regulación que determine, a vía de ejemplo, si puede designarse distintos asistentes para diversas áreas (personal, comercial, inmobiliario, etc.), qué ocurre si el asistente se niega a actuar, cuál es la consecuencia de que se omita la asistencia, etc.

Por otra parte, otra medida de apoyo puede consistir en que para determinados actos, se requiera junta a la voluntad de la persona con discapacidad, una venia judicial.

D) Curador con facultades representativas.

En lo que respecta a las medidas reactivas excluyentes, es decir, aquellas que pueden dictarse en vía judicial con prescindencia de la voluntad del sujeto, solo pueden establecerse en aquellas situaciones extremas en que no sea posible una medida menos lesiva. En estas situaciones sería admisible la declaración de incapacidad de obrar de la persona y la designación de un representante legal. Las facultades representativas, en la medida de lo posible, deberían establecerse para determinados actos o áreas y no con carácter general.

5) Las medidas de apoyo y la función notarial.

Sería de gran utilidad que cada Derecho Positivo estableciera un protocolo de actuación notarial que establezca con claridad, cómo debe proceder el Escribano en las situaciones en que detecta una situación de vulnerabilidad de una persona por causa de una discapacidad intelectual o mental.

Mientras dicha normativa no se dicte, el Escribano deberá valorar cada caso concreto y proceder de acuerdo a la prudencia notarial, la cual, como ha señalado COSOLA⁸² consiste en la aptitud para investigar cuál es la solución justa para el caso concreto, a través del ejercicio de los deberes éticos notariales de información, asesoramiento y consejo, así como de la argumentación notarial del Derecho, a partir del adecuado ejercicio de la imparcialidad e independencia.

⁸² COSOLA, Sebastián J. (2014): *“La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo”*, Gaceta Notarial, Lima, pp. 109 y siguientes.

En primer lugar, el Escribano puede cumplir un rol importante en la concreción de medidas de apoyo por voluntad anticipada. En tal sentido es relevante que el Notario asesore a las personas sobre la posibilidad, basado en la CDPD, de que manifiesten su voluntad sobre cuestiones como quién desean que sea su asistente o curador en su caso, cómo se deberá administrar su patrimonio, etc.

Por otra parte, vimos que la imparcialidad del escribano ante la vulnerabilidad debe ser activa y equilibradora, lo cual constituye una herramienta importante para que se respete el derecho humano a la participación con base igualitaria en la vida civil. Esa imparcialidad activa y equilibradora consiste en intensificar el asesoramiento y el consejo a la parte vulnerable para que pueda quedar ubicada en una situación de igualdad de condiciones para tomar decisiones, pero no para favorecerla en desmedro de la contraparte, lo cual sería una forma de parcialidad incompatible con la función notarial.

La imparcialidad activa es una medida de apoyo que el Escribano debe emplear para que las personas capaces pero vulnerables por deficiencia intelectual o mental puedan actuar con una base igualitaria.

Si a la persona vulnerable ya se le designó judicialmente una medida de apoyo específica y adecuada a sus circunstancias, entonces, el Escribano deber verificar que se cumpla. Esto, sin perjuicio de la aplicación de la imparcialidad activa ya referida.

La situación es más compleja, cuando el Escribano detecta una situación de vulnerabilidad por discapacidad intelectual o mental en una persona a la cual no se le ha atribuido una medida de apoyo judicial o que la medida atribuida ya no es adecuada para sus circunstancias actuales. En estas situaciones resulta crucial la prudencia notarial para identificar cuál es el proceder adecuado en cada caso concreto.

Si la deficiencia intelectual o mental del sujeto es leve y no se la ha designado una medida de apoyo judicial, para la celebración de determinados actos específicos puede ser suficiente la imparcialidad activa notarial sin que se necesite de una medida de apoyo judicial.

En cambio si la deficiencia intelectual o mental tiene una intensidad mayor (sin llegar a la situación de incapacidad de obrar) la imparcialidad activa no es suficiente y solo puede ser un complemento de una medida de apoyo establecida judicialmente.

Allí, donde la imparcialidad activa no es una medida suficiente, aparece la necesidad de que se establezca una medida de apoyo en vía judicial que respete la autonomía y

voluntad de la persona y al mismo tiempo elimine la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentra.

El Escribano puede visualizar situaciones muy variadas, a vía de ejemplo, personas que requieren medidas de apoyo pero aún no han sido establecidas, personas a las cuales se les estableció medidas de apoyo pero ya no las necesitan; personas a las cuales se les estableció medidas de apoyo pero ya no son las adecuadas, etc. En especial, el corrimiento que se ha producido desde el parámetro de la “*normalidad*” al parámetro del mínimo discernimiento necesario, provoca que personas que fueron declaradas judicialmente incapaces años atrás, hoy no lo sean pero permanece sobre ellas una interdicción judicial inadecuada.

Para todas esas situaciones de hecho y con la finalidad de facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental, el Escribano puede asesorar a las personas en el sentido de que insten al órgano público competente la determinación, modificación o cancelación de una medida de apoyo, al menos para el acto concreto que se proyecta otorgar.

La reglamentación de un procedimiento ágil y breve en ese sentido permitiría obtener una mayor eficiencia, a efectos de lograr que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionales, adaptadas a sus circunstancias, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

CONCLUSIONES GENERALES.

1) La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) realizada el 13 de diciembre de 2006, generó para el Derecho Positivo Uruguayo además de una modificación normativa (comprensiva de principios y reglas), un cambio de paradigmas en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad que repercute en la función notarial.

2) De acuerdo al artículo 12 de la CDPD las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Dicho artículo debe interpretarse a la luz del principio del respeto a la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones de las personas con discapacidad.

3) A la luz de dicho principio interpreto que el correcto significado de la norma que resulta del artículo 12 de la CDPD consiste en que las personas con discapacidad tienen, como regla, capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Sin embargo, la incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental sigue vigente como excepción, en aquellos casos extremos en los cuales la deficiencia es tan intensa que impide que el sujeto tenga el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

4) Se ha producido un corrimiento de la valoración de la capacidad de una persona desde el parámetro de la “*normalidad*” al parámetro del mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad. En tal sentido, el hecho de que la aptitud o capacidad intelectual o mental de una persona humana no alcance los parámetros de “*normalidad*” ya no es una causa de incapacidad de obrar. Sí lo es, en cambio, el hecho de que la aptitud o capacidad intelectual o mental de la persona no alcance el parámetro del mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

5) El mencionado corrimiento, provoca que aquellas declaraciones judiciales de incapacidad, que fueron efectuadas en base en la anterior normativa y fundamentadas en deficiencias mentales o intelectuales fuertes de la persona con relación a la “*normalidad*”, respecto a personas que tienen el mínimo discernimiento necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones, hoy no se ajusten a la normativa y deban ser revisadas.

6) El juicio notarial de capacidad sigue vigente pero los casos en que el Escribano puede concluir que el sujeto es incapaz para celebrar un negocio, se ve reducido a aquellas situaciones extremas, en las cuales la deficiencia intelectual o mental es tan intensa que impide que el sujeto tenga el discernimiento mínimo necesario para elaborar su voluntad y tomar sus propias decisiones.

7) La reducción de casos de incapacidad de obrar por causa de deficiencia intelectual o mental, provoca que el ámbito de actuación de personas capaces pero vulnerables por discapacidad intelectual o mental se amplíe notablemente y como consecuencia, el juicio notarial de vulnerabilidad de las personas capaces toma un mayor protagonismo que el que tenía con anterioridad.

8) A través de la CDPD se deja atrás el clásico sistema centrado en la protección de la persona con discapacidad basado en el interés de la persona protegida desde la óptica del protector y sin considerar su voluntad, y se pasa a un sistema centrado en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, quien se encarga, siempre que sea posible, de tomar sus propias decisiones con el acompañamiento de las medidas de apoyo que pueda necesitar.

9) El principio central del respeto a la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones de las personas con discapacidad puede entrar en pugna con el principio de evitar que el sujeto quede ubicado en una situación de vulnerabilidad al momento de actuar y ante dicha situación, debe buscarse una solución balanceada.

10) Las medidas de apoyo son instrumentos idóneos para realizar ese balance y deberán determinarse para cada caso concreto en base a la ponderación de los dos principios referidos. A tales efectos, se considera apropiado realizar el *“examen de proporcionalidad”* mencionado por ALEXY⁸³ que indica que *“cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*.

11) Sin perjuicio de la importancia de que se dicte una ley integral de medidas de apoyo, considero que diversas medidas pueden ser utilizadas en la actualidad en virtud de los principios y reglas que surgen de la CDPD ratificada por el Estado uruguayo, aunque no se haya dictado una ley que las regule de manera específica.

⁸³ ALEXY, Robert (2012): *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: AD-HOC, p. 30.

12) Ante situaciones de vulnerabilidad, el Escribano cumple un rol importante para que las personas puedan ejercer el derecho a participar en la vida civil en igualdad de condiciones.

13) El Escribano puede cumplir un rol importante en la concreción de medidas de apoyo por voluntad anticipada. En tal sentido es relevante que el Notario asesore a las personas sobre la posibilidad, basado en la CDPD, de que manifiesten su voluntad sobre cuestiones como quién desean que sea su asistente o curador en su caso, cómo se deberá administrar su patrimonio, etc.

14) La imparcialidad activa es una medida de apoyo que el Escribano debe emplear para que las personas capaces pero vulnerables por deficiencia intelectual o mental puedan actuar con una base igualitaria. Esta medida puede ser suficiente en situaciones de vulnerabilidad leve, pero no si es mayor, en cuyo caso corresponde instar al órgano público competente la determinación de una medida de apoyo.

15) El Escribano, en el ejercicio de su función puede detectar que una persona necesita de una medida de apoyo y no se le ha asignado o que la medida asignada no es adecuada en la actualidad. En tales situaciones, puede asesorar a los interesados a efectos de que insten al órgano público competente la determinación o revisión de la medida de apoyo adecuada.

16) La regulación de un procedimiento ágil y breve por el cual, quien alegue un interés legítimo pueda instar al órgano competente la determinación, modificación o extinción de una medida de apoyo, incluso con efectos *ad litem* si fuera necesario, sería de gran utilidad a efectos de obtener una mayor eficiencia, en el objetivo de que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionales, adaptadas a las circunstancias de las personas, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

RECOMENDACIONES.

Se efectúan las siguientes recomendaciones:

- 1) Se recomienda a los Escribanos que apliquen con prudencia y basados en los principios que resultan de la CDPD los juicios de capacidad y de vulnerabilidad por causa de deficiencia intelectual o mental de las personas capaces.
- 2) Se recomienda a los Escribanos que se asesore a las personas sobre la posibilidad, basado en la CDPD, de que manifiesten su voluntad sobre cuestiones como quién desean que sea su asistente o curador en su caso, cómo se deberá administrar su patrimonio, etc.
- 3) Se recomienda a los Escribanos que en caso de identificar situaciones de vulnerabilidad por causa de deficiencia intelectual o mental se asesore con imparcialidad activa a efectos de que se pueda concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base igualitaria y si dicho asesoramiento no es suficiente se asesore a efectos de instar al órgano público competente la determinación de una medida de apoyo.
- 4) Se recomienda a las Instituciones notariales de cada Estado que promuevan la aprobación de una ley integral sobre medidas de apoyo sin perjuicio de la posibilidad actual de aplicar dichas medidas en virtud de lo dispuesto en la CDPD.

ÍNDICE.

RESUMEN EJECUTIVO.

INTRODUCCIÓN.

PRIMER CAPÍTULO PRINCIPAL. PANORAMA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL O MENTAL EN URUGUAY.

- 1) Datos estadísticos.
- 2) El cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad y su recepción por el Derecho Positivo Uruguayo.
- 3) Evolución normativa en materia discapacidad mental o intelectual en Uruguay.
- 4) Observaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al régimen normativo uruguayo.
- 5) Repercusiones de la evolución normativa a nivel judicial.
- 6) La evolución normativa y el deber ético notarial de procurar que las personas con discapacidad puedan concretar el derecho humano a participar en la vida civil con una base igualitaria.

SEGUNDO CAPÍTULO PRINCIPAL. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA.

- 1) Capacidad e incapacidad.
 - A) Visión de la capacidad y la incapacidad de goce con anterioridad a la CDPD.
 - B) Visión de la capacidad y la incapacidad de obrar con anterioridad a la CDPD.
 - C) ¿Subsisten luego de la vigencia de la CDPD situaciones de incapacidad por causa de deficiencias mentales o intelectuales?
 - C1. ¿A qué tipo de capacidad se refiere el artículo 12 de la CDPD?
 - C 2) ¿La regla de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, admite excepciones?
 - C3) La justificación de las excepciones implícitas a través de la laguna axiológica y el argumento de disociación.
- 2) La situación de discapacidad.
- 3) La vulnerabilidad de personas capaces.

TERCER CAPÍTULO PRINCIPAL. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SU CONEXIÓN CON EL CONTROL DE LA CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES.

- 1) El control de la capacidad de los otorgantes por el notario.
- 2) El juicio notarial de capacidad con anterioridad a la vigencia de la CDPD.
 - a) ¿En qué consiste el juicio notarial de capacidad?
 - b) ¿A qué conclusiones puede arribar el Escribano?
 - c) ¿Cuál es el alcance probatorio del juicio notarial de capacidad?
 - d) ¿Cuál es el valor probatorio del certificado médico que en ocasiones solicita el Escribano?
- 3) Repercusiones del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental en el juicio notarial de capacidad.

CUARTO CAPÍTULO PRINCIPAL. LA VULNERABILIDAD POR CAUSA DE DEFICIENCIA INTELECTUAL O MENTAL DE PERSONAS CAPACES DE OBRAR Y LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Planteamiento.

- 1) La justicia, el principio de igualdad y el de igualación.
 - E) La justicia sustancial y formal.
 - F) El principio de igualdad.
 - G) Desde el principio de igualdad al principio de igualación.
- 2) El juicio notarial de vulnerabilidad y la imparcialidad activa.
 - A) El juicio notarial de vulnerabilidad.
 - B) La imparcialidad activa del notario ante personas vulnerables y su justificación como concretización del principio de igualdad y el de igualación.

QUINTO CAPÍTULO PRINCIPAL. MEDIDAS DE APOYO.

- 1) La ponderación de principios.
- 2) Las medidas de apoyo como herramientas para balancear el principio de respeto y prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad y el principio de evitar la vulnerabilidad de la persona con discapacidad.
- 3) Clasificación de las medidas de apoyo.

- 4) Las medidas de apoyo en el Derecho Positivo Uruguayo. Su aplicación y sugerencias de *lege ferenda*.
- 5) Las medidas de apoyo y la función notarial.

CONCLUSIONES GENERALES.

RECOMENDACIONES.