

RIN



Unión Internacional del Notariado

Union Internationale du Notariat

International Union of Notaries

Revista Internacional del Notariado | International Revue of the Notariat | Revue Internationale du Notariat


UINL BERLIN
2025

PREMIO DUCRET

Ponencia de Quebec (Tema I) | Ponencia de Perú (Tema II)

Comisión de Derechos Humanos UINL

1^{er} Premio de Investigación Jurídica | Ponencia ganadora | México

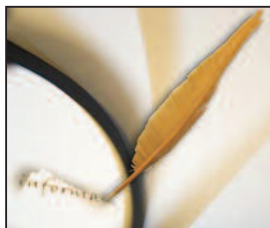
La certificación notarial de ajuste razonable para la manifestación de voluntad

ONPI

El derecho a una vejez digna en el ámbito notarial

RIN 135

PREMIOS | TRABAJOS PRESENTADOS EN BERLÍN
31º CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO



RIN

Revista Internacional del Notariado

ONPI

Institución Editora

SEDE PERMANENTE

Avenida Las Heras 1833. Piso 4º (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN

Avenida Las Heras 1833. Piso 4º (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina
Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851
Mail: onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

PRESIDENTE | UINL

DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ | MÉXICO

PRESIDENTE DE HONOR | ONPI

AGUEDA LUISA CRESPO (†) | ARGENTINA

PRESIDENTE | ONPI

SUSANA MARTA BONANNO | ARGENTINA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:

MARÍA CECILIA ALCOBA

RIN 135 | JUNIO 2026

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
Nº de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores, pero no se solidariza
necesariamente con ellas. Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.

Sumario

LOS ARTÍCULOS SE PUBLICAN EN LOS IDIOMAS EN LOS QUE FUERON ELABORADOS

LAS TRADUCCIONES DEL PREMIO GANADOR FUERON REALIZADAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

PREMIO DUCRET

ENTREGADO EN BERLÍN DURANTE EL 31º CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

TEMA I

PONENCIA DEL NOTARIADO DE QUBEC:

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN EL ÁMBITO VIRTUAL 04

Notaria Dahlia Chalati | Cámara de Notarios de Quebec

TEMA II

PONENCIA DEL NOTARIADO DEL PERÚ:

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL VINCULADO A LA RECUPERACIÓN
DE LAS ECONOMÍAS NACIONALES EN LA ÉPOCA POST-PANDEMIA 44

Rosalía Mirella Mejía Rosasco (Coordinadora) | César Raymundo Aliaga Caballero |

César Francisco Torres Kruger | Dunia Victoria Terrazas Gonzáles |

Sylvana Gannina Arispe Alburqueque

CDH UINL | COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA UINL

1er PREMIO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

PONENCIA GANADORA: MÉXICO

LA CERTIFICACIÓN NOTARIAL DE AJUSTE RAZONABLE
PARA LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD 70

Presentado bajo el seudónimo "La cofradía de los cuatro evangelistas"

Autores: Dr. René Cano Ariza y Dra. Teresita De Jesús Olivera Aguilar

ONPI | OFICINA NOTARIAL PERMANENTE DE INTERCAMBIO INTERNACIONAL

ARGENTINA

EL DERECHO A UNA VEJEZ DIGNA EN EL ÁMBITO NOTARIAL 202

Susana Bonanno | Delia Alicia Bonfanti | Claudia Busacca | Mariela Eyras |

Karina Gissara | Sonia Lukaszewicz | Mariela del Río | Gonzalo Matías Vásquez

PRIX
DUCRET

THÈME I



L'EXERCICE DE LA FONCTION PUBLIQUE NOTARIALE DANS LA SPHÈRE VIRTUELLE

NOTAIRE DAHLIA CHALATI • CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC



SÍNTESIS Y
CONCLUSIÓN



SUMMARY AND
CONCLUSION



30^{ème} Congrès International du Notariat, Mexique 2022

Notaire Dahlia Chalati – Chambre des Notaires du Québec

Thème I – L'exercice de la fonction publique notariale dans la sphère virtuelle

Résumé

Contrairement à plusieurs notariats membres de l'UINL, le notariat québécois est passé directement de l'acte notarié sur support papier à l'acte notarié technologique sans restriction quant à la nature de l'acte ou à la comparution à distance. Ce bouleversement soudain est majeure de la pratique traditionnelle en contexte de pandémie était cruciale pour préserver la profession notariale qui a été instantanément freinée par ses propres normes de formalisme imposant le support papier et la comparution en présence physique du notaire. Bien que l'acte technologique avec comparution à distance soit à l'heure actuelle une mesure transitoire d'exception, cette nouvelle méthodologie a été accueillie par les citoyens comme une évolution évidente et nécessaire. Ainsi, le succès de son implantation dans le quotidien du notaire fait foi de la viabilité d'une pratique outillée par les nouvelles technologies. Ce rapport expose, d'une part, comment la pratique notariale peut bénéficier de nouvelles technologies tout en préservant une sécurité juridique digne de l'acte authentique, et d'autre part, la nécessité de redéfinir la notion et la forme de l'« authenticité » en soi, particulièrement pour une société plus digitalisée.

TABLE DES MATIERES

NOTE AU LECTEUR.....	6
1. DIFFUSION DES INSTRUMENTS NUMERIQUES DANS L'EXERCICE DE LA FONCTION NOTARIALE.....	6
2. L'ACTE AVEC COMPARUTION A DISTANCE.....	20
3. RISQUES POUR LA FONCTION NOTARIALE.....	33
4. NOUVELLES COMPÉTENCES POUR LES NOTAIRES.....	39
CONCLUSION.....	43

NOTE AU LECTEUR

Je désire informer le lecteur que le présent rapport a été rédigé du point de vue d'une notaire praticienne. En date d'aujourd'hui, je cumule neuf ans de pratique traditionnelle au sein de mon étude privée établie dès l'obtention de ma licence. Je désire souligner que certains de mes propos sur l'acte notarié technologique sont fondés sur mon expérience pratique. Depuis son introduction au Québec en mars 2020 en période de pandémie, j'ai reçu des centaines d'actes authentiques dématérialisés de toutes natures. Notamment, il m'apparaît essentiel de spécifier qu'à l'exception de trois, tous ces actes technologiques ont été reçus à distance des parties.

1. DIFFUSION DES INSTRUMENTS NUMERIQUES DANS L'EXERCICE DE LA FONCTION NOTARIALE

1.1. Dans votre pays, les notaires utilisent des instruments numériques ?

Oui. Les notaires au Québec utilisent divers instruments numériques depuis plusieurs années. L'acte notarié sur support technologique, en présentiel ou à distance, a été introduit en mars 2020¹ en contexte de pandémie de COVID-19, soit vingt ans après la réforme de la règle de droit qui permet son application².

1.2. Si oui, quels sont les instruments les plus diffusés ? Donnez des exemples et expliquez brièvement le système utilisé pour :

- Signature électronique du notaire ou des parties

- a. La signature numérique du Notaire :

La signature des notaires du Québec est manuscrite ou apposée au moyen d'un procédé technologique³. Sous réserve d'obtenir l'autorisation du secrétaire de la Chambre des Notaires

¹ Voir section 1.2, Acte sur support digital.

² Loi sur le notariat, RLRQ, c. N-3 a été réformé en 2000.

³ Idem, art. 21.

du Québec (ci-après la «CDNQ»), les notaires peuvent se doter d'une signature numérique émise par le fournisseur *Notarius*⁴.

Contrairement à une simple signature électronique, la signature numérique est basée sur l'utilisation d'un algorithme de chiffrement qui permet de vérifier et garantir l'origine du document, son intégrité, son authenticité, sa pérennité et l'identité du notaire qui l'a signé⁵.

Les praticiens utilisent la signature numérique quotidiennement pour exécuter des actes notariés technologiques, transmettre des documents entre notaires par voie sécurisée, accéder et publier aux registres publics, tel le Registre foncier du Québec, le Registre des testaments et mandats et au Registre des directives médicales anticipées.

La signature numérique est obtenue par abonnement et ne requiert pas de clé physique.

b. La signature électronique des parties :

Lors de l'exécution d'un acte notarié technologique sur la plateforme autorisée de la CDNQ, le notaire crée une « signature électronique de confiance » pour les parties, témoins ou intervenants par l'ajout de prénom, nom et courriel personnalisé du signataire. De plus, il identifie un second facteur d'authentification pour le signataire par l'insertion d'un numéro de téléphone pour l'envoi d'un code de vérification par SMS ou par appel téléphonique ou, alternativement, par la création d'une question de sécurité avec un secret partagé. Cette signature électronique constitue un bloc d'informations qui identifie les signataires.

Nous soulignons que pour la signature d'acte notarié technologique, seulement la signature électronique créée par le notaire sur la plateforme notariale peut être utilisée par le client pour apposer sa signature. Aucune autre signature électronique n'est permise.

⁴ CertifiO pour professionnels CNQ-Chambre des Notaires du Québec (2020), en ligne : <https://notarius.com/certifio/professionnels/cnq/>.

⁵ Idem.

▪ Acte sur support digital

La pandémie a mis en lumière l'urgence évidente de la mobilisation de la pratique notariale vers l'acte notarié technologique. Quatorze jours après la déclaration de l'état d'urgence sanitaire au Québec⁶, le ministre de la Santé et des Services sociaux a publié l'arrêté ministériel 2020-010⁷ qui établit des normes selon lesquelles les notaires peuvent clore à distance un acte notarié en minute sur support technologique. Avant cette ordonnance, un acte notarié au Québec ne pouvait être reçu que sur support papier en la présence physique du notaire.

Cette autorisation a été reprise en substance par le ministre de la Justice dans l'arrêté 2020-4304⁸ pour permettre au notaire de continuer à clore des actes technologiques après la fin de l'état d'urgence sanitaire. L'autorisation peut être renouvelée jusqu'à cinq fois pour une durée d'un an. Nous sommes actuellement dans la première période de renouvellement de l'arrêté ministériel pour la période débutant le 1^{er} septembre 2020 et se terminant le 31 août 2022⁹.

Conséquemment, l'acte technologique notarié s'agit de mesure exceptionnelle encadrée par des Lignes directrices émises par la CDNQ constituant les normes pour clore un acte notarié technologique. Toutefois, le Ministre de la Justice consulte les notaires à l'heure actuelle pour pérenniser l'acte notarié technologique dans le cadre d'une nouvelle loi sur le notariat.

Aujourd'hui, un notaire au Québec peut recevoir un acte technologique à distance par l'entremise de la plateforme Consigno Cloud-CNQ¹⁰. Il s'agit d'une plateforme exclusive pour les notaires pour la réception et la conservation des actes notariés technologiques.

⁶ Émis en date du 14 mars 2020.

⁷ Émis en date du 27 mars 2020.

⁸ Émis en date du 31 août 2020.

⁹ Le renouvellement a été décrété par le ministre de la Justice dans l'arrêté 2021-4556 en date du 20 août 2021;

¹⁰ Il s'agit d'une plateforme mise en œuvre par Notarius Inc. (Ci-après « Consigno »), Voir Acte notarié technologique (2020), en ligne : <<https://consignocloud.com/fr/acte-notarie-introduction/>>, Voir aussi Lignes directrices : normes pour recevoir à distance un acte notarié en minute sur un support technologique – Urgence sanitaire liée à la COVID-19 (mise à jour au 23 juin), en ligne : <<https://inforoute.cdnq.org/prive/services-membres/services-offerts/acte-technologique/>>

Nous détaillons ci-dessous les cinq étapes pour la confection d'un acte notarié technologique selon les normes établies par l'arrêté ministériel en vigueur¹¹ :

(1) Rédaction et obtention des documents pertinents aux dossiers

Suite à une rencontre préliminaire, le notaire prépare l'acte notarié selon la volonté des parties.

Le client fait parvenir au notaire les documents nécessaires au dossier, ainsi que deux pièces d'identité avec photo, en couleur et recto verso, via un moyen sécurisé pour le partage et la transmission d'informations électroniques¹².

De plus, le notaire et les parties conviennent d'un second facteur d'authentification, que ce soit un code numérique transmis par appel téléphonique ou S.M.S. ou un secret partagé.

(2) Réception

Le notaire rencontre le client en présentiel ou par un appel visioconférence obligatoirement sur la plateforme Microsoft Teams.

Si la rencontre est à distance, le notaire demande au client de présenter deux pièces d'identité à l'écran. Le notaire compare ces pièces à la version numérisée transmise à l'avance par le client.

Le notaire procède à la lecture de l'acte notarié. Il partage son écran pour afficher le projet de l'acte visuellement pour toutes les parties. Les parties peuvent communiquer à ce moment des amendements au projet d'acte notarié, le cas échéant.

¹¹ Préc., note 3,4 et 5.

¹² Voir la section 2.2 pour une description des moyens sécurisés autorisés pour la transmission des documents électroniquement.

(3) Clôture

Une fois la lecture complétée et le consentement des parties exprimé, le notaire télécharge la version finale de l'acte dans la plateforme ConsignO Cloud-CNQ. Ce dépôt a pour effet de convertir automatiquement le fichier en PDF/A.

Par la suite, le notaire insère les « signatures électroniques de confiance » pour les parties, les témoins ou les intervenants incluant un second facteur d'authentification pour ces derniers. Le notaire instrumentant insère également à l'acte technologique sa « signature numérique CertifiO»¹³.

Le notaire lance le projet d'acte pour procéder au cycle de signature. Chaque signataire reçoit un courriel pour accéder à l'acte technologique sur la plateforme ConsignO Cloud-CNQ. Le notaire doit voir chaque signataire effectuer les gestes nécessaires à l'apposition de la signature électronique.

Le notaire est le dernier à signer l'acte. Sa signature numérique a pour effet de clore l'acte juridiquement et technologiquement. C'est-à-dire, suivant l'apposition de la signature du notaire, le fichier PDF/A de l'acte notarié ne peut plus être modifié. Un journal d'audit accompagne l'acte technologique et constitue la preuve ultime de la signature de l'acte notarié. Le journal d'audit: (1) identifie les parties et leur identité électronique ; (2) rend indissociables les annexes à l'acte, le cas échéant ; (3) inclut l'horodatage des actions posées pour la réception de l'acte technologique. Il s'agit d'une chronologie débutant au téléversement du fichier final de l'acte, suivi par la réception des courriels par les signataires et se concluant avec l'apposition des signatures.

¹³ Voir notre section 1.2 ci-haut sur les signatures numériques des notaires et les signatures électroniques des parties.

(4) Conservation

L'original technologique de l'acte notarié est conservé sur la plateforme ConsignO Cloud-CNQ.

Le notaire peut télécharger l'acte technologique ainsi que le journal d'audit pour les conserver dans ses dossiers électroniques. Il doit en assurer l'intégrité et la confidentialité par le respect des normes professionnelles.

Le notaire doit aussi inscrire l'acte dans son répertoire technologique¹⁴. Cette opération peut être exécutée à travers le logiciel de gestion d'études du notaire.

(5) Émission copie conforme

Le notaire peut créer une copie conforme authentique électronique à partir de la même plateforme que celle dans laquelle l'acte original a été clos. La copie conforme électronique est automatiquement générée avec un sceau notarial numérique uniforme pour tous les notaires, la date de la création de la copie conforme et la mention qu'il s'agit d'une copie conforme. Le notaire peut ensuite apposer sa signature numérique à la copie conforme et la transmettre aux parties sécuritairement à travers la même plateforme. Le client devra s'authentifier par le moyen de son facteur d'authentification secondaire pour télécharger la copie conforme de l'acte. Le format de la copie conforme est un PDF/A non-modifiable et chiffré numériquement. Le notaire peut vérifier si un client a reçu et téléchargé la copie conforme¹⁵.

La copie conforme doit être conservée dans le même support pour préserver sa validité. Ainsi, le client ne peut pas imprimer la copie conforme électronique sans perdre la qualité authentique

¹⁴ Comme l'acte technologique consiste actuellement en une mesure exceptionnelle, le notaire doit aussi continuer à inscrire l'acte à son répertoire manuscrit.

¹⁵ Voir la publication de la Chambre des notaires pour diffusion publique détaillant les éléments à vérifier pour valider une copie conforme technologique, en ligne :

https://www.cnq.org/wp-content/uploads/2021/12/143784-1021_Onepage_Copie_conforme_V7_VF.pdf

du document. Seul un notaire peut produire la copie conforme d'un acte technologique sur support papier.

De plus, il est possible pour les notaires et le public de valider une copie conforme électronique en ligne par le moyen de l'application *VerifiO* développée par le même fournisseur que celui de la plateforme autorisée pour les actes notariés technologiques. Il suffit de télécharger le fichier de la copie conforme électronique dans l'application. Celle-ci confirmera alors la validité de la signature numérique du notaire dans les métadonnées du fichier électronique¹⁶.

▪ Accès en ligne aux registres publics

Tous les registres publics utilisés par les notaires sont accessibles en ligne. Les notaires peuvent effectuer des recherches et des inscriptions à ces registres à distance et avec l'utilisation de signature numérique ou autres codes d'autorisation à titre d'intermédiaire. Ci-dessous une liste des registres publics et leurs fonctions :

- [Registre foncier du Québec \(RFQ\)](#) chargé de donner l'état des droits en relation avec les immeubles (ex. vente, hypothèque, déclaration de copropriété, déclaration de transmission, etc.). La consultation à un numéro de cadastre donné expose l'historique des transactions et des droits réels affectant un immeuble. Il est aussi possible de consulter les plans cadastraux déposés par les arpenteurs-géomètres.

De plus, les notaires peuvent accéder au service de réquisition en ligne pour la publication des transactions, des radiations et des droits réels immobiliers. Depuis le 8 novembre 2021, tous les actes doivent être présentés au Registre foncier par voie électronique obligatoirement.

- [Le registre des droits réels et personnels immobiliers du Québec \(RDPRM\)](#) est un registre gouvernemental informatisé qui permet de rendre public les droits relatifs à certains biens

¹⁶ Voir les instructions pour la vérification de la validité d'une copie conforme, en ligne :
<https://www.cng.org/la-chambre-et-votre-protection/services-de-la-chambre/validation-de-documents/>

meubles, tels les véhicules et les hypothèques mobilières, et les droits relatifs à la personne, tels les contrats de mariage, les jugements de séparation ou de divorce, l'inventaire successoral, la renonciation à une succession, la clôture d'une succession, etc.

La consultation de ce registre se fait en ligne uniquement.

L'inscription à ce registre peut être effectuée électroniquement par un notaire doté d'un certificat de signature numérique.

- [*Le registre des entreprises du Québec*](#) est le registre pour toutes les entreprises faisant affaire au Québec. La consultation se fait en ligne. De plus, les professionnels du droit peuvent obtenir un accès particulier pour intermédiaire accrédité qui permet de constituer, inscrire et dissoudre des entreprises, et soumettre des amendements et mises à jour aux inscriptions existantes au registre.
- [*Corporations Canada*](#) est l'organisme qui régit les sociétés constituées sous le régime fédéral canadien. Les services en ligne octroient au notaire un code d'accès spécialisé pour constituer et effectuer tous les actes nécessaires pour créer et maintenir une société en vertu des lois fédérales canadiennes. Une mesure de sécurité additionnelle de *Corporate Key* a été introduite en 2021¹⁷. Le notaire doit retenir cette clé unique pour chaque corporation lorsqu'il exécute des transactions en ligne au nom de celle-ci.
- *Les registres de taxes foncières et évaluations foncières* sont gérés par les villes et les municipalités régionales. Elles permettent aux professionnels d'accéder aux évaluations foncières et aux taxes foncières.

¹⁷ Voir en ligne les explications fournies par Corporation Canada sur le Corporate Key : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cd-dgc.nsf/eng/cs04178.html>

- Gestion directe de registres électroniques (procurations, testaments, etc.)

- *Le registre des dispositions testamentaires et des mandats de la Chambre des Notaires du Québec et le Registre des dispositions testamentaires et des mandats du Barreau du Québec*

L'**inscription** des dispositions testamentaires et des mandats de protection (en prévision d'incapacité) auprès de la Chambre des notaires est effectuée bimensuellement (enregistrement par tranche de 15 jours) par le notaire à travers des services web développés par des logiciels de gestion d'étude spécialisés pour les notaires. La production de la fiche d'inscription est autogénérée et transmise à la CDNQ par le logiciel selon les détails inscrits dans le dossier, incluant spécifiquement : la date et la minute de l'acte, le type de l'acte (testament, mandat, codicille, contrat de mariage) le prénom, nom de famille et alias du testateur et plusieurs informations l'identifiant soit, l'adresse, la date de naissance, son état civil, le nom de son conjoint (le cas échéant), le numéro d'assurance sociale, assurance maladie, permis de conduire. Par ailleurs, les données transmises à la CDNQ incluent aussi le consentement ou le refus au don d'organes. Le choix du testateur ou du mandataire est alors inscrit au *Registre des consentements au don d'organes et de tissus de la Chambre des notaires du Québec* qui peut être consulté par le personnel médical autorisé.

La **demande** pour un certificat de recherche testamentaire ou pour un mandat de protection (en prévision d'incapacité) est exécutée auprès de la Chambre des Notaires et du Barreau du Québec en ligne. Les résultats peuvent être obtenus sous format électronique ou par télécopieur. Cependant, les certificats officiels sont émis sur support papier uniquement et transmis par la poste.

- *Le registre des directives médicales anticipées*

Le notaire qui reçoit une directive médicale anticipée notariée dans laquelle un majeur apte exprime un consentement ou un refus à des soins médicaux à l'avance advenant une inaptitude dans le cas de situations cliniques précises, peut inscrire l'acte électroniquement à travers un portail disponible par la CDNQ pour transmission à la Régie d'assurance maladie du Québec. Cette inscription inclut : la copie conforme en format PDF/A signée numériquement par le notaire et les informations identifiant le signataire, incluant le nom, la date de naissance et le numéro d'assurance sociale.

▪ Autres instruments numériques

C'est une pratique répandue pour les notaires d'utiliser des logiciels de gestion d'études adaptés spécifiquement à la méthodologie notariale.

Ces logiciels ont plusieurs fonctionnalités utiles pour l'organisation et la conservation des dossiers clients, notamment :

- Conservation des fiches clients et toutes leurs informations personnelles
- Conservation des documents d'un dossier client
- Répertoire technologique des documents et des minutes notariés
- Capacité de générer des documents automatiquement selon des modules de clauses
- Transmission simplifiée des informations à divers registres pour la publication (Registre foncier du Québec, Registre des testaments)
- Fiche compte-client pour la comptabilité en fidéicomis et des modules pour la conciliation de(s) compte(s) en fidéicomis de l'étude
- Module de comptabilité pour le compte en fidéicomis, incluant la capacité d'effectuer la conciliation mensuelle et annuelle et produire divers types de rapport de comptabilité
- Accès et synchronisation du dossier client à travers différents postes informatiques de l'étude.

1.3. Pensez-vous que les notaires pourraient utiliser d'autres instruments numériques ?

Oui. Pour en énumérer :

- Intégration de l'**intelligence artificielle** dans les logiciels de gestion d'étude notariale pour augmenter la productivité des notaires. Nous pouvons concevoir l'automatisation des tâches répétitives, l'autogénération des actes simples et une récupération précise des données issues du traitement de l'information.
- **Coffre-fort notarial** : un service conçu par les notaires et offert à tous les citoyens. Un tel coffre-fort pourrait sensibiliser les citoyens au rôle du notaire tout en leur offrant un service de conservation hautement sécurisé pour leurs documents personnels. Une telle plateforme a été introduite en Belgique¹⁸.
- **Chaîne de blocs notariale** : Cette innovation est actuellement en développement par la *Chaire de recherche sur les contrats intelligents et la chaîne de blocs – Chambre des notaires du Québec* à l'Université Laval¹⁹. Cette technologie permettrait de mieux répondre aux attentes de la société, notamment quant à la mobilité, l'instantanéité, la fiabilité et la sécurité.

Préliminairement, il s'agit de l'établissement d'une plateforme sécurisée pour l'échange de documents dont l'inaltérabilité et la sécurité seraient garanties entre professionnels et professionnels et particuliers.

¹⁸ Voir la plateforme belge « Izimi » développée par la Fédération Royale du Notariat belge, en ligne : <https://www.izimi.be/fr/>

¹⁹ Voir le site principal de la Chaire, en ligne : <https://www.chainedeblocs.chaire.ulaval.ca/>

De plus, à travers une telle chaîne de blocs, nous pouvons concevoir des applications accessoires dont pourraient bénéficier tant les professionnels que les particuliers, tels : le développement de contrats intelligents, un registre intrinsèque pour tous les actes signés dans la juridiction québécoise, une voûte électronique notariale pour les études, etc. L'avantage de ses applications est leur intégration à un système uniforme et cohérent²⁰.

Par exemple, l'enregistrement d'un testament en minute par le notaire serait conservé sur la même plateforme que celle de la voûte électronique du notaire. Celle-ci serait accessible au client. De plus, il ne serait plus nécessaire de gérer un registre des testaments. Tous les enregistrements et les recherches testamentaires seraient exécutés à travers cette même plateforme sécurisée.

- **Contrats intelligents** : conceptuellement, le contrat intelligent est inhérent à la philosophie fondamentale de la chaîne de blocs. À l'origine, la technologie de la chaîne de blocs a l'ambition d'outiller les parties pour opérer de manière autonome en écartant l'intervention de divers autorités, institutions et professionnels intermédiaires. Pratiquement, un contrat intelligent est un protocole informatique qui permet, à travers le codage, d'entreposer des conditions, de les vérifier et enfin, de s'autoexécuter selon les règles qui y sont inscrites.

Plusieurs contrats rédigés et exécutés par un notaire, qu'ils soient obligatoirement ou préférablement sous forme notariée en minute, sont des opérations simples ou prédéfinies, lesquelles peuvent être facilement transposées dans une application de contrat intelligent. Nous pensons, par exemple, aux contrats modèles ou d'adhésion qui stipulent des conditions simples ou contiennent peu de variables, surtout pour identifier le comparant et ses volontés. Nous pouvons aussi concevoir que les actes suivants constitueraient d'excellents candidats pour cette forme technologique automatisable et immuable : hypothèque, quittance, mainlevée, procuration, mandat de protection, testament simple, déclaration d'hérédité, nomination de liquidateur, renonciation aux droits successoraux, renonciation aux droits matrimoniaux, déclaration de transmission, vente immobilière, acte

²⁰ Dahlia CHALATI et Charlaïne BOUCHARD, *Comment la chaîne de blocs va transformer le droit ? (Chapitre 10 : Droit notarial)*, Montréal, Éditions Yvons Blais, p.267 et ss.

de dépôt, donation, contrat de mariage, etc.²¹ Cela va sans dire que les contrats intelligents demeureront subordonnés à la valeur ajoutée du notaire.

1.4. Pensez-vous que l'utilisation de systèmes digitaux peut aussi faciliter le rapport du notaire avec ses clients et/ou donner au notaire des avantages en termes d'efficacité de son travail et de modernisation de son image ?

Depuis des siècles, le lien de confiance entre notaire et client est ancré dans une pratique avérée et invariable. Bien que les règles de formalisme des actes notariés soient méconnues par le public et que la définition *d'acte authentique* demeure une expression appréciable uniquement par un juriste, l'acte notarié signé à l'encre en présence physique des parties, scellé et préservé dans une voûte a toujours été synonyme de sécurité. Pendant longtemps au Québec, l'immobilisme de la pratique notariale quant à l'adoption des nouvelles technologies a eu pour effet de renforcer le sentiment de sécurité conféré à un acte notarié. Ainsi, le notaire civil, par son intervention, n'apaisait pas seulement notre méfiance réciproque de l'un et l'autre, mais aussi notre méfiance de la technologie.

L'avènement de l'acte technologique en contexte de pandémie en 2020 a propulsé instantanément le notaire et son client dans un environnement virtuel et immatériel. Malgré qu'une certaine méfiance minime persiste chez certains citoyens quant à la sécurité des instruments numériques, le public reconnaît et apprécie l'acte technologique, en présentiel ou à distance, comme un avancement positif lié à la pandémie. En pratique, les clients expriment un soulagement et un respect pour notre nouvelle méthodologie aisée et efficace. Décidément, un citoyen à l'afflux de la digitalisation est conscient qu'il existe des technologies et des procédés plus puissants et sécuritaires qu'un acte notarié sur support papier signé en présence physique du notaire !

Nul doute que l'évolution vers le numérique est cruciale pour l'avenir du notariat. À défaut, nous risquons d'être qualifiés de profession anachronique et écartés par le public pour notre incapacité à évoluer. Pour maintenir l'image d'un notariat moderne, le notaire doit continuer de rehausser sa

²¹ D. CHALATI et C. BOUCHARD, préc., note 15.

valeur ajoutée dans les yeux du public tout en devenant un acteur légitime dans le progrès numérique.

1.5. Est-ce qu'une formation spécifique pour les notaires est nécessaire pour les aider dans la gestion des instruments numériques ?

Oui. Pour maintenir le lien de confiance entre notaire et citoyen, le notaire doit être maître de ses outils technologiques.

Au Québec, les notaires doivent suivre une formation obligatoire sur les actes technologiques. À travers des modules explicatifs et pratiques, la formation a pour objectifs de :

- a. Expliquer les assises du formalisme d'un acte technologique conformément aux dispositions législatives
- b. Distinguer les différentes fonctionnalités de l'outil technologique autorisé par la CDNQ pour clore un acte technologique
- c. Assurer la sécurité du processus et le caractère authentique de l'acte notarié technologique
- d. Appliquer le processus de l'acte notarié technologique conformément aux pratiques préventives du formalisme des actes notariés.

En introduisant de nouveaux outils technologiques, nous nous engageons plutôt dans une transposition dynamique de la forme traditionnelle de la pratique que dans une rupture avec une méthodologie sur support papier qui date de plusieurs siècles. Fondamentalement, l'utilisation de nouveaux instruments numériques n'introduit pas d'exception aux devoirs et obligations déontologiques. Bref, le formalisme de l'acte authentique demeure inchangé.

D'autant plus, considérant l'évolution numérique globalement, les notaires doivent être formés au sujet des nouvelles technologies à venir tels la chaîne de blocs, les NFT, la tokenisation, les

contrats intelligents, etc. Un nanoprogramme universitaire²² conçu pour les professionnels a été instauré récemment dans le but d'éduquer et initier ces derniers à l'impact et l'utilisation potentielle de nouvelles technologies.

Ce qui est plus, nous devons concevoir une mise à jour impérative de l'enseignement universitaire offert au candidat à la profession. Quelle est l'utilité d'enseigner à la prochaine cohorte une méthodologie traditionnelle lorsqu'il est prévisible que la pratique notariale est tenue d'évoluer sous peine de disparaître ? Il faut outrepasser la lenteur du développement académique et reconnaître que les notaires de demain pratiqueront nécessairement dans un environnement de plus en plus numérique.

2. L'ACTE AVEC COMPARUTION A DISTANCE

2.1. Dans votre pays, des règles pour la comparution des parties par visioconférence face au notaire existent-elles ?

Oui.

2.2. Si oui, illustrez le système.

Description sommaire du déroulement :

Les notaires peuvent rencontrer les clients au moyen d'une application de visioconférence. La rencontre avec le notaire est identique à une rencontre en présentiel. C'est-à-dire, le notaire vérifie l'identité des clients, il conseille les clients, exécute la lecture de l'acte notarié et apporte des modifications à l'acte, le cas échéant. En moyenne, la durée de la rencontre est d'une heure.

Une fois que la capacité et le consentement des clients ont été vérifiés par le notaire, le projet d'acte technologique peut être lancé à travers la plateforme autorisée. L'acte notarié doit être signé

²² Voir la description du nanoprogramme « La chaîne de blocs : impacts et enjeux pour votre organisation », en ligne : <https://www.ulaval.ca/etudes/nanoprogrammes/chaine-de-blocs-enjeux-pour-votre-organisation>

en présence du notaire à distance. Le notaire doit voir les parties poser les gestes nécessaires à la signature de l'acte.

Nous avons énuméré ci-dessous les modalités et les conditions à la signature d'un acte notarié à distance :

- **Moyen technologique :**

À l'heure actuelle, Microsoft Teams est le seul logiciel autorisé pour la clôture d'un acte notarié à distance. Ce logiciel a été sélectionné durant cette période transitoire pour des raisons de sécurité et de confidentialité. En pratique, la solution est gratuite pour le client et facile à utiliser. Certains prérequis s'imposent pour clore un acte à distance.

Le notaire et les parties doivent disposer :

- D'une connexion internet adéquate pour un échange aisé et simultané.
- D'un ordinateur muni d'un micro et d'une caméra, d'une tablette numérique, d'un téléphone intelligent. Les parties doivent se voir et s'entendre clairement.
- D'un casque d'écoute avec microphone si le lieu de la rencontre n'est pas isolé pour assurer la confidentialité des échanges.

- **Vérification de l'identité :**

En prévision de la rencontre par visioconférence, le notaire doit demander aux parties de faire parvenir une numérisation de deux pièces d'identité avec photo, recto verso et en couleur. La vérification de l'identité se fait au moyen de deux documents de source fiable et indépendante et au moins l'une d'entre elles doit comporter une photographie²³. Lors de la rencontre par visioconférence, le notaire invite les signataires à présenter ces mêmes pièces d'identité à l'écran. Le notaire vérifie et compare ces pièces avec celles reçues au préalable.

²³ Règlement sur la tenue des dossiers et des études des notaires, RLRQ, c. N-3, r. 17, art. 6.

- Transmission sécurisée des données :

Afin d'assurer la confidentialité d'informations privées et sensibles, les parties sont invitées à transmettre au notaire leurs documents au moyen d'une solution de messagerie et de partage de données sécurisés, chiffrée et simple d'utilisation. Cette solution est établie par l'étude notariale et figure parmi les fournisseurs autorisés sélectionnés par la CDNQ. La CDNQ privilégie des solutions qui hébergent les données au Canada.

- Confidentialité de la session par visioconférence :

L'invitation à la rencontre par visioconférence est transmise via un courriel par la personne qui initie la session de visioconférence.

Plusieurs parties peuvent se joindre simultanément en ligne lors de la session de visioconférence.

Le logiciel Microsoft Teams donne accès à des fonctions de gestion des conférences, comme une salle d'attente. La « salle d'attente » est utile pour le notaire qui veut isoler une partie du groupe, afin d'échanger en toute confidentialité.

L'enregistrement de la session de visioconférence avec les parties est interdit par la CDNQ, afin de prévenir des problèmes à long terme, notamment liés à la confidentialité et à la responsabilité professionnelle.

Le notaire doit en tout temps maintenir le contrôle de l'environnement virtuel. Tout comme en présentiel, le notaire doit intervenir lorsqu'il juge que l'environnement et le cadre de la réunion ne sont pas adéquats pour la vérification de la capacité des clients.

Nous énumérons dans la section 2.3 des situations qui requièrent l'intervention du notaire.

- Clôture de l'acte

La clôture de l'acte notarié est exécutée à travers la plateforme autorisée de la CDNQ. Celle-ci est indépendante du logiciel de visioconférence.

Au moment de la réception de l'acte, le notaire procède au lancement du cycle de signature par les parties. L'ordre des signatures est déterminé par le notaire. Le notaire doit nécessairement être le dernier à apposer sa signature pour clore l'acte.

Par ailleurs, il est essentiel que le notaire observe les comparants les gestes nécessaires à la signature. Il est utile de verbaliser les étapes et de guider les comparants à travers le processus de signature.

Advenant une pluralité de dates quant à la signature par les parties, le notaire doit utiliser une fonction « d'approbation » sur la plateforme pour suspendre le cycle de signature temporairement. Cette fonction permet au notaire de rencontrer différentes parties à différents moments et de relancer le cycle de signature durant chaque rencontre. Ainsi, la signature de l'acte est effectuée en deux temps ou plus, mais toujours en la présence directe du notaire.

Il est important de noter qu'une fois l'acte technologique signé par une partie, il ne peut plus être modifié. Advenant une correction au document, le notaire doit modifier le projet électronique et recommencer le cycle de signature avec toutes les parties.

Chaque comparant reçoit un courriel individuel l'invitant sur la plateforme de signature. Afin d'accéder au document, chaque comparant doit répondre à un second facteur d'authentification transmis par un SMS ou par appel téléphonique ou, alternativement, par la réponse à une question de sécurité avec un secret partagé.

C'est seulement après ces multiples étapes de vérifications qu'une partie peut approuver et signer l'acte technologique notarié. La signature manuscrite n'est pas nécessaire. Le « clic

» avec la souris du bouton « approuver et signer » est suffisant pour appliquer la signature électronique horodatée à l'acte notarié.

2.3. La présence virtuelle des parties peut selon vous poser des problèmes ? Lesquels?

En particulier pour :

Dans la quasi-totalité des cas, la comparution à distance est équivalente à la comparution physique. Nous exposons ci-dessous divers scénarios d'exceptions qui pourraient constituer un problème pour l'exécution d'un acte technologique à distance. Quoi qu'il arrive, il appartient au notaire de juger s'il doit retirer son intervention puisque l'authenticité de l'acte notarié est compromise.

- L'identification des parties

L'habileté du notaire de vérifier l'identité des parties ne peut être au-delà de la sécurité offerte par le format des pièces d'identité. Tant que l'identité numérique n'existe pas au Québec, le notaire peut être présenté de fausses pièces d'identité. Certes, ce risque existe tant dans la sphère virtuelle que lors d'une rencontre en présence physique des parties.

- La vérification de la volonté et de la capacité des parties

Une fois en visioconférence avec les parties, le notaire peut observer des circonstances qui remettent en question la capacité des parties :

- Un environnement qui met en question la capacité du signataire : par exemple, le client est dans un lit d'hôpital ou requiert clairement l'assistance d'un tiers pour bouger
- Un signataire qui n'est pas à l'aise avec la communication à travers un écran ou a de la difficulté à manipuler la technologie
- L'échange avec le signataire n'est pas aisé ou indique des contradictions
- Le client est distrait car il se trouve dans un environnement inadéquat à la lecture d'un acte notarié : par exemple, un enfant qui pleure, une partie qui conduit un véhicule, etc.

▪ La vérification du libre consentement des parties

- Un environnement qui compromet la confidentialité de l'échange : par exemple, la présence de tiers non visible à l'écran (le notaire doit toujours exiger de voir les personnes présentes)
- La captation d'une personne vulnérable isolée qui est clairement aidée dans ses décisions par un accompagnateur
- Une partie qui éteint sa caméra ou son micro lors de la rencontre, par exemple, un couple qui éteint la caméra et/ou le micro pour un échange privé, bien que le notaire demeure à l'écran
- Lorsque le notaire n'a pas le contrôle de la réunion et est défié par un comparant qui refuse de coopérer raisonnablement.

▪ La transmission des données

Les justiciables ne sont pas tous sensibilisés aux risques existants avec les différents types de transmission de données. Malgré les systèmes mis en place par les notaires et les instructions détaillées au client pour l'utilisation de plateformes de partage sécurisées, plusieurs ignorent ces directives et choisissent de transmettre leurs données via un simple courriel.

En ce qui concerne la sécurité des plateformes de visioconférence et de la plateforme autorisée par la CDNQ pour signature, il est nécessaire que celles-ci continuent à être mises à jour pour préserver le niveau de sécurité optimale disponible.

▪ La signature de l'acte

- Problème technologique : (a) La qualité de la connexion internet. Certaines régions du Québec ne sont pas desservies par une connexion internet suffisamment stable pour une rencontre par visioconférence avec une image et un son clair. (b) La qualité inférieure de l'équipement technologique (ordinateur, micro, caméra) qui ne permet pas une communication bilatérale, claire et instantanée entre le notaire et les parties.

- L'illectronisme des justiciables : la technologie occupe un rôle primordial dans notre société. De plus, nous vivons une tendance sociétale vers la dématérialisation des transactions et des documents. Toutefois, certains justiciables comme les aînés ou d'autres groupes de personnes vulnérables n'ont pas suffisamment de connaissances pour participer à un service notarial virtuel ou dématérialisé. Ces personnes requièrent nécessairement l'aide d'une personne avec une habileté numérique, sinon elles sont totalement impuissantes face à la technologie. Si l'utilisation des nouvelles technologies devient obligatoire, est-ce que des exceptions seront prévues pour leur permettre d'interagir avec les notaires ?
 - La compétence territoriale des notaires

La compétence des notaires du Québec s'applique pour tout le territoire québécois sans limitation. Nous ne notons pas de problème au niveau de la compétence territoriale.

Pour certaines régions du Québec desservies par peu de notaires, l'acte technologique à distance élimine les problèmes de déplacement géographique.

2.4. Un système basé sur la biométrie pourrait substituer le notaire pour l'identification des parties ?

Même si un système de biométrie pouvait offrir une solution quasi infalsifiable, il devrait être subordonné au contrôle du notaire. Le notaire ne doit pas être privé de sa capacité à apprécier les résultats d'un procédé technologique. Il doit être toujours en mesure de juger de la véracité de tous les faits constitutifs d'un acte authentique pour en garantir la force probante.

2.5. Les notaires dans votre pays ont accès à une base de données pour vérifier la validité des pièces d'identité ? Des pièces d'identité électroniques sont disponibles ? Peuvent-elles être vérifiées par le notaire (par exemple avec un lecteur NFC) ?

L'accès à une base de données pour vérifier la validité d'une pièce d'identité est limité au permis de conduire émis par la Société de l'assurance automobile du Québec²⁴.

Sinon, en cas de doute quant à la validité d'un permis de conduire ou d'une carte d'assurance maladie, les notaires peuvent communiquer avec le Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale du Québec, un département de service public auprès du Ministère de la Sécurité Publique.

Au moment de la rédaction de ce rapport, l'identité électronique n'existe pas au Québec. Toutefois, le Québec conçoit actuellement le développement d'un [Service québécois d'identité numérique \(SQIN\)](#). L'objectif du SQIN est de créer une identité numérique citoyenne pour identifier un individu et sécuriser l'échange des données et des informations avec ce dernier. Par ailleurs, la solution proposée inclut une identification biométrique.²⁵ L'organisme gouvernemental évoque juin 2022 pour la mise en place de l'identification numérique²⁶.

2.6. Dans votre pays les notaires utilisent des systèmes électroniques d'identification des parties fournis par d'autres sujets ? Si oui, est-ce que des problèmes se posent pour la responsabilité du notaire ou pour l'exercice de sa fonction ?

Au Québec, les pièces d'identité des parties sont fournies par le client lui-même. Comme à l'heure actuelle il n'existe pas de système électronique d'identification, le partage des pièces d'identité numérisées demeure l'unique méthode pour vérifier l'identité des parties.

²⁴ Voir le portail de vérification de la SAAQ, en ligne : <https://saaq.gouv.qc.ca/services-en-ligne/citoyens/verifier-validite-permis-conduire>

²⁵ Voir l'annonce gouvernementale, en ligne : <https://www.quebec.ca/gouv/faire-affaire-gouvernement/services-organisations-publiques/services-en-systemes-de-soutien-communs/service-quebecois-didentite-numerique-sqin>; et une publication à ce sujet par Radio Canada, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1835299/eric-caire-identite-numerique-cybermenaces>.

²⁶ Voir la transcription de la conférence de presse avec le Ministre délégué à la transformation numérique, en ligne : <http://m.assnat.qc.ca/en/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-78123.html>.

2.7. Quelle peut être, à votre avis, la valeur ajoutée de l'intervention du notaire dans une transaction conclue à distance par les parties ?

En fait, la valeur ajoutée de l'intervention du notaire dans une transaction conclue à distance est indistincte de la valeur ajoutée de l'intervention du notaire en présence physique des parties.

Le rôle du notaire en tant qu'officier public et conseiller juridique est inchangé. Les obligations déontologiques du notaire sont invariables et sans exception. La rédaction de l'acte notarié par le notaire est exécutée selon le formalisme habituel. Bref, la valeur ajoutée du notaire est sa capacité à conférer l'authenticité à un acte suivant la vérification de l'identité, de la capacité et du consentement des parties. La présence du notaire est gage de confiance et de sécurité.

À vrai dire, l'agilité du notaire pour intervenir dans une sphère virtuelle de communication technologique à distance démontre que la méthodologie notariale est modulable sans pour autant compromettre l'essence de la profession.

2.7.1. Est-ce que l'acte avec comparution à distance peut poser des problèmes en considération de la compétence territoriale des notaires (soit à l'intérieur d'un pays, soit au niveau international)?

Suivant l'article 3109 du *Code civil du Québec* en droit international privé québécois, la forme d'un acte est régie par le lieu où il est passé. Par ailleurs, selon l'article 3110 du *Code civil du Québec*, un acte peut être reçu hors du Québec par un notaire du Québec lorsqu'il porte sur un droit réel dont l'objet est situé au Québec ou lorsque l'une des parties est domiciliée au Québec.

Les articles 50 et 54 de la *Loi sur le notariat*²⁷ quant à eux précisent que l'acte notarié clos à distance alors que le notaire se trouve dans un autre lieu que le signataire est un acte reçu dans le cadre de sa compétence territoriale et sujet aux normes québécoises.

²⁷ Préc., note 1.

Conséquemment, la comparution à distance des parties ne pose pas de problème pour les actes signés par un notaire membre de la Chambre des notaires lorsque la transaction comporte des liens de proximité avec le Québec, et ce même si le notaire lui-même est hors Québec à la clôture de l'acte.

Toutefois, une discordance pourrait exister en corrélation avec le droit international privé d'une autre juridiction qui pourrait refuser de reconnaître l'authenticité d'un acte notarié québécois signé à distance.

2.7.2. Comment pensez-vous que ces problèmes pourraient trouver solution (géolocalisation des parties ou du notaire, facteurs de rattachement basés sur la résidence ou la nationalité des parties ou sur le lieu où se trouve le bien objet du contrat, etc.) ?

Les facteurs de rattachement en droit international privé québécois décrits dans la section 2.7.1. imposent un lien suffisamment étroit avec le Québec. Seul un notaire au Québec membre de la CDNQ a compétence pour recevoir un acte notarié au Québec.

De plus, il est important de noter que le Québec est la seule province au Canada de tradition civiliste. En revanche, les autres notaires au Canada sont des *public notary* des juridictions de common law, dont la mission est plutôt alignée sur celle d'un commissaire à l'assermentation.

2.8. Pensez-vous que la comparution à distance des parties va devenir un système diffusé pour la rédaction des actes ?

Oui. La comparution à distance accommode grandement les demandes des justiciables et démontre que le service notarial peut être accessible et agile.

Manifestement, c'est la comparution à distance qui a permis aux notaires du Québec de rendre un service essentiel au citoyen québécois en pleine pandémie. C'est aussi la comparution à distance

qui a permis au notaire de rejoindre une partie sans le recours à une procuration sous seing privé. Ainsi, la comparution à distance permet de tisser un lien plus étroit entre le justiciable et le notaire qui, dorénavant, peut être à portée de main pour offrir un conseil juridique et recevoir un acte authentique.

Analogiquement, la télémédecine vit un essor important. Les médecins peuvent réaliser des actes médicaux, incluant diagnostiquer des conditions médicales à distance. Les médecins jugent qu'il est possible d'analyser des symptômes corporels et psychologiques par téléconsultation. Le télétravail aussi devient un mode de vie répandu. Certains employeurs sont sûrs qu'un employé peut exécuter un emploi à distance tout en étant un contributeur efficace à une équipe productive.

Indubitablement, les moyens technologiques qui permettent la communication à distance ne faussent pas les sens. Les images et les sons qui traversent l'internet ne sont pas des distorsions de la réalité. Certes, dans certaines circonstances exceptionnelles, les risques d'entacher l'authenticité sont trop importants et le notaire doit exiger la présence physique. Cependant, la tendance sociétale favorise la présence virtuelle. Ainsi, il est prévisible que la comparution à distance coexistera avec la comparution physique comme étant un moyen additionnel et efficace pour un praticien d'interagir avec un comparant.

2.9. Est-ce que vous pensez que la comparution à distance devrait ou pourrait être limitée aux actes qui par leur nature unilatérale ou leur caractère associatif ne présentent pas opposition d'intérêts (en particulier procurations et actes constitutifs ou modificatifs d'associations ou sociétés) ou à d'autres types d'acte ?

Non. Dans la mesure où le notaire peut agir en sa qualité d'officier public impartial, vérifier l'identité et la capacité des parties, il ne devrait pas être limité dans le type d'acte qui peut être reçu à distance.

Actuellement, au Québec, tous les types d'actes notariés technologiques peuvent être clos à distance.

Nous sommes d'avis que la distance virtuelle en soi n'est pas intrinsèquement un obstacle à la vérification de l'identité et à la capacité des parties. Toutefois, tel que mentionné plus haut, il est possible que dans certaines situations, il soit plus difficile de vérifier l'identité ou la capacité d'une partie. Pour illustrer, il se pourrait dans le cadre d'une transaction qu'un comparant soit malhabile avec la technologie, ou alternativement, qu'un comparant défie le notaire par son inobservance des instructions. Cependant, en pratique, nous ne notons pas de difficulté particulière à recevoir le consentement des comparants lorsqu'il y a une opposition d'intérêt. Nous rappelons aussi que lorsqu'une situation est *sensible* ou lorsque la relation entre les parties est tendue, il est possible de diviser les réunions et de signer l'acte en deux temps. Conséquemment, le notaire peut créer pour chaque comparant un environnement confidentiel propice à une discussion plus approfondie si nécessaire. Néanmoins, il appartient toujours au notaire de juger si les circonstances sont adéquates pour la signature d'un acte à distance.

Par ailleurs, nous remettons en question le fondement d'une approche qui reconnaîtrait la validité du consentement à distance pour un acte de nature unilatérale telle une procuration par un mandant présent en ligne simultanément avec le notaire, mais pas le consentement à distance de ce même individu à la transaction pour laquelle il consent par procuration signée à distance. Comment la valeur du consentement d'un justiciable pourrait-elle être supérieure pour un acte plutôt que pour un autre ?

Cette dualité de traitement invite la confusion et surtout un paradoxe inutile. Elle suppose que le consentement est fractionnable et appréciable selon des grades légaux inexistants. En conséquence, elle suppose alors que la notion d'« authenticité » est aussi modulable et appréciable en fonction de la méthode de sa réception, soit à distance soit en présentiel, et de la nature de l'acte. Ces suppositions sont incohérentes et inconciliables avec le cadre juridique actuel.

2.10. Est-ce que le notaire peut rester au centre de la réalisation de l'acte digital avec comparution à distance ? Exposez vos réflexions à ce sujet.

Certainement. C'est le notaire qui invite les parties à l'espace virtuel pour la réception de l'acte à distance. C'est le notaire qui établit un climat sérieux et professionnel dans cet espace virtuel. Le

notaire conseille les parties et effectue la lecture de l'acte notarié. Le notaire vérifie l'identité et témoigne de la capacité et du consentement des signataires. Le notaire observe attentivement le déroulement de la rencontre. Il est seul à déterminer si les parties peuvent procéder à la signature de l'acte à distance, ou alternativement, si la rencontre virtuelle doit être suspendue afin de procéder en présence physique.

La valeur ajoutée du notaire est qu'il assure par sa présence et son expertise le respect des règles de formalisme des actes. Après tout, un acte signé virtuellement et électroniquement hors de la présence du notaire et sans vérification adéquate d'identité ou de la volonté des parties est assimilable à tout autre document de moindre valeur juridique.

Nous sommes conscients du raisonnement qui suppose que la présence physique est indispensable pour que le notaire puisse apprécier véritablement le contexte réel et tangible dans lequel un consentement est exprimé. Cependant, si nous souscrivons à l'idée qu'il y ait des « énergies » ressenties seulement en présentiel, des expressions et un langage corporel qui ne soient perceptibles qu'en présence physique, nous nous exilons du progrès numérique.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que l'expression « à distance » induit en erreur. Elle suppose un écart réel qui dissocie le notaire des parties. Elle insinue l'absence. Pourtant, la comparution « à distance » est une comparution « en présence directe » instantanée et vive entre le notaire et les parties par l'entremise d'un *outil* technologique de communication.

3. RISQUES POUR LA FONCTION NOTARIALE

3.1. À votre avis, la diffusion des instruments numériques présente des risques pour l'exercice de la fonction notariale ?

Le virage vers de nouvelles technologies suscite des craintes importantes quant à l'affaiblissement de la sécurité juridique des actes authentiques et, par conséquent, la fonction notariale. Parfois exagérées, mais pas sans fondement, ces craintes supposent que les instruments numériques interfèrent avec une pratique notariale irréprochable. En outre, elles supposent que les instruments numériques usurpent le jugement du notaire et le rendent malhabile à vérifier l'identité des parties, à discerner de la capacité et du consentement des comparants ou même compromettent le contrôle de l'intégrité et de la pérennité des actes notariés. Cependant, il est essentiel de souligner qu'une analyse équitable des risques que représentent les nouvelles technologies à la fonction notariale doit aussi retenir les risques réels et les limitent que représentent les outils et les procédés plus traditionnels de la pratique notariale.

Du papier coton fragile au PDF/A, du stylo à l'encre évanescent à la signature numérique, de la voûte ignifuge au coffre-fort technologique²⁸ ...concrètement, la migration vers des instruments numériques est une substitution d'équivalence fonctionnelle. Les rechanges contemporains contribuent à une sécurité équivalente ou même supérieure à leurs homologues traditionnels.²⁹ Bien que le principe de neutralité technologique n'accorde pas plus de préférence au support papier qu'au support technologique³⁰, il est difficile de nier la plus-value des instruments numériques.

Que ce soit le retrait graduel d'anciens procédés ou la propulsion précipitée du notaire dans l'environnement numérique et virtuel, l'essence même de la fonction notariale demeure inchangée. Ultimement, les instruments numériques sont des *outils* qui permettent de recevoir un acte authentique. Ils ne peuvent pas se substituer ni reproduire toutes les dimensions de la profession

²⁸ Pour une analyse approfondie des outils traditionnels du notariat voir Nicolas VERMEYS et Dahlia CHALATI, «La sécurité des actes notariés dématérialisés» (2018) 120-3 *Revue du Notariat*, 479 et ss.

²⁹ Idem.

³⁰ Voir définition du principe de neutralité technologique dans le cadre de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, LRQ, c-1.1, en ligne : <https://www.lccjti.ca/definitions/neutralite-technologique/>

notariale, soit (1) la qualité du conseil juridique et la vision préventive, (2) le rôle d'officier public impartial dont découle la sécurité juridique des actes authentiques notariés et (3) le cadre déontologique notarial.

Cela dit, notre opinion n'est pas sans réserve. Il est de la nature de la technologie qu'elle s'envole et s'échoit rapidement. Quoique l'adoption d'instruments numériques soit incontournable, voire même vitale, pour la profession, le notariat ne peut se contenter de n'être qu'un simple usager d'instruments numériques invariables.

La diffusion d'instruments numérique soulève des enjeux importants :

La vulnérabilité de la technologie

La vulnérabilité de la technologie est tant soudaine que persistante. D'une part, des mises à jour constantes s'imposent pour profiter de l'efficacité et pour prévenir les défaillances en matière de sécurité des données personnelles. D'autre part, il faut lutter contre l'obsolescence technologique, afin de ne pas mettre en péril la conservation permanente des actes notariés. Sans vigilance et diligence constantes, la technologie pourrait compromettre le secret professionnel et le devoir de conservation du notaire.

La délocalisation des actes technologiques

La dématérialisation récente de l'acte notarié au Québec soulève des enjeux importants pour lesquels un cadre législatif doit être établi. La solution temporaire pour les actes technologiques actuelles a recours à un fournisseur externe pour l'hébergement et la conservation des actes technologiques. Les protocoles permanents devront adresser la responsabilité de l'hébergement des actes notariés, la titularité de l'accès exclusif des notaires aux actes, ainsi que la délocalisation des données sur des serveurs nationaux ou internationaux.³¹

³¹ Naivi Chikoc BARREDA, «De la COVID-19 à l'acte électronique à distance : réflexions sur les enjeux de l'authenticité dématérialisée» (2021) Volume 51, Number 1, Revue générale de droit, 14 et ss.

La reconnaissance transfrontalière des actes notariés technologiques

Jusqu'à présent, la notion d'authenticité a toujours été partagée par l'ensemble des États du notariat latin. Cependant, les divergences quant à la réglementation sur la comparution à distance introduisent une faille dans cette uniformité conceptuelle d'authenticité. L'incohérence quant à l'appréciation d'un acte notarié en présentiel ou à distance risque de nuire à la reconnaissance de l'acte authentique qui émane d'un autre pays. Par exemple, il ne serait pas déraisonnable pour un État ayant établi une infrastructure technologique hautement sécurisée pour la comparution à distance de rejeter un acte authentique reçu dans un autre État qui n'aurait pas implanté un protocole de même niveau.

3.2. Est-ce que vous pensez que les notaires pourraient perdre des compétences à cause de l'introduction de nouvelles technologies ?

Notre réponse à cette question est paradoxale :

Oui, d'une part, les notaires perdront des compétences qui seront substituées par de nouvelles technologies.

Cependant, et d'autre part, les notaires perdent actuellement des compétences parce qu'ils ne s'emparent pas de nouvelles technologies.

Prenons par exemple le potentiel de la technologie de la chaîne de blocs. Par essence, il s'agit d'une technologie de désintermédiation permettant de se passer des tiers de confiance. Les convergences entre le notaire et la chaîne de blocs sont nombreuses. Les deux agents ont pour mission de façonner un registre de données et de transactions permanent, public, inaltérable, infalsifiable et accessible. De plus, les deux s'entremettent impartialement entre diverses personnes – très souvent étrangères - avec la promesse de sécurité et d'exactitude.³². Ces similitudes alimentent des prédictions que la chaîne de blocs remplacera le notaire.

³² D. CHALATI et C. BOUCHARD, préc., note 15.

La même chose peut être dite de l'intelligence artificielle. Cette technologie pourra remplacer le notaire en matière de rédaction d'acte notarié, notamment les actes simples. Qui plus est, imaginons l'automatisation et l'instantanéité qui pourraient être atteintes en combinant l'intelligence artificielle et les contrats intelligents. Quoiqu'aujourd'hui ce mariage de technologie n'est que théorique, sa conception est fort probable.

Bien que ces nouvelles technologies puissent remplacer certaines compétences des notaires, on aurait tort de nier les avantages qu'elles offrent. Le notariat doit jouir de l'efficience de l'automatisation pour améliorer ses procédés et s'emparer de la sécurité supérieure technologique pour bonifier la pérennité des actes.

Le défi du notaire est d'avouer qu'il n'est pas défini par ses compétences cléricales répétitives comme la rédaction et la gestion des actes simples et d'accueillir les nouvelles technologies, même lorsque celles-ci sont en mesure d'exécuter son ouvrage. Mieux vaut pour le notariat être en contrôle, plutôt qu'être subordonné à de nouveaux acteurs dans le marché qui saisiront la puissance que représentent ces nouvelles technologies au détriment des juristes. Manifestement, plus nous hésitons au sujet des nouvelles technologiques, plus nous perdons du terrain en faveur de divers intervenants comme les banques, les agents immobiliers et les compagnies d'assurance titres, qui réduisent l'intervention du notaire à celui d'un scribouillard.

En tout cas, la valeur ajoutée du notaire est dans sa qualité de tiers de confiance impartial habilité par une formation juridique spécifique en analyse juridique et gestion de stratégies préventives. Ni la chaîne de blocs ni l'intelligence artificielle ne sont en mesure d'offrir un conseil impartial, de négocier, de résoudre des problèmes ou d'être créatives. De plus, elles ne sont pas autonomes. Elles nécessitent un intervenant pour les opérer et confirmer la véracité des informations qui y sont insérées.

Or, l'inertie de la profession quant au changement technologique ne constitue-t-elle pas un risque fatal pour la profession ? Ce qui est certain, c'est que la peur de perdre des compétences en faveur des nouvelles technologies est un grave désavantage pour les notaires.

3.3. Comment pensez-vous que le notariat pourrait gérer la diffusion des instruments numériques en sauvegardant les principes fondamentaux de la fonction exercée par le notaire ?

Afin de préserver les principes fondamentaux de la fonction notariale, le notariat doit :

- a. Exiger la **formation continue des notaires** pour l'acquisition de compétences numériques et d'une maîtrise aboutie des instruments numériques pour préserver la sécurité juridique des actes authentiques.
- b. **Actualiser** les programmes universitaires en notariat pour former les candidats à la profession en tenant compte des progrès numériques actuels et à venir.
- c. Promouvoir l'image du notaire contemporain dans le public et **former les citoyens** sur le bénéfice de l'intervention par un notaire outillé avec des instruments numériques au point.
- d. Prioriser l'**investissement** par les notariats pour le développement d'instruments numériques hautement sécuritaires dont l'acte authentique est digne.
- e. Assurer un **cadre législatif pertinent et actualisé** pour les instruments numériques diffusés.
- f. Introduire et maintenir des **protocoles clairs et non équivoques** pour l'utilisation appropriée des instruments numériques et la prévention des fautes professionnelles.
- g. Retenir le **contrôle exclusif des** instruments numériques prépondérants comme la plateforme pour la réception et la conservation des actes technologiques.
- h. **Subventionner** les instruments numériques destinés à servir le public comme un coffre-fort notarial pour l'entreposage des actes notariés et données personnelles des particuliers.

3.4. Est-ce l'UINL peut jouer un rôle de support pour les notariats du monde face à l'introduction des systèmes de digitalisation de l'activité notariale?

Oui. L'UINL peut :

- a. Aider les notaires à diffuser l'image d'un notariat moderne et innovateur. L'impact serait significatif si l'UINL s'impliquait davantage sur la scène mondiale et auprès d'initiatives numériques d'organisations internationales.
- b. Offrir des programmes de formation continue sur les instruments numériques en développement ou à venir dans le but d'améliorer les connaissances technologiques des notaires (par exemple : cryptomonnaies, les NFT, la chaîne de blocs, le codage). Ces formations données par des formateurs multidisciplinaires pourront être offertes tant aux notaires qu'aux candidats à la profession. Des connaissances approfondies en matière de nouvelles technologies inciteront à la proactivité en matière technologique.
- c. Mettre sur pied un réseau collectif en matière de développement d'instruments numériques pour le partage des savoirs mutuels entre les notariats membres. Une telle communauté permettra l'échange de ressources, de connaissances acquises et de failles vécues. La mise en commun des idées et des expériences des membres aura pour effet d'accélérer le développement d'instruments numériques et d'inspirer de nouvelles capacités pour le notariat. Il y a certainement une puissance dans l'union des notariats qui ne sont pas contraints d'innover séparément et à partir de zéro.
- d. Introduire une convention internationale entre les pays membres de l'UINL quant aux critères nécessaires pour la validité d'un acte authentique signé à distance des parties. L'objectif d'un tel accord sera de préserver la cohérence quant à la notion d'authenticité pour l'ensemble des notariats et d'empêcher la non-reconnaissance d'acte notarié dans le contexte transfrontalier.

4. NOUVELLES COMPÉTENCES POUR LES NOTAIRES

4.1. Est-ce que l'activité des notaires pourra se développer et voir augmenter les domaines d'intervention face aux nouvelles technologies ?

Malgré les affirmations dans le présent rapport, nous croyons que la simple transposition des nouvelles technologies dans la pratique notariale est insuffisante pour préserver celle-ci à long terme.

Il est indubitable que cette transposition est essentielle pour préserver la profession notariale dans l'immédiat. Cependant, l'acte de substituer un ancien mode d'opération par un nouveau soutenu par les nouvelles technologies ne doit pas être confondu avec une « innovation technologique ». Il s'agit plutôt d'une adoption lente et progressive de la technologie. Surtout, il s'agit d'un engagement superficiel qui donne l'illusion de raffiner une pratique avérée. Toutefois, la véritable innovation technologique serait de reconcevoir les fondements du notariat.

Attention, nous ne suggérons pas de rejeter les principes actuels qui triomphent depuis des siècles et qui ont profité grandement à la société. Nous avançons plutôt que la dynamique des industries de services change et conséquemment, la demande du peuple se transforme. Ce qui était auparavant un atout est maintenant une contrainte. Nous sommes d'avis que le développement de l'activité notariale dans l'avenir requiert une réinterprétation de l'expression « authenticité ».

Traditionnellement, l'« authenticité » repose sur l'appréciation empirique et sensorielle du notaire de constater³³ et se traduit en la forme linguistique sur un support papier tangible ou intangible. Essentiellement, les critiques de la comparution à distance invoquent que la présence virtuelle altère la réalité suffisamment pour compromettre la capacité du notaire à conférer l'authenticité. En adoptant cette perspective rigide d'« authenticité », le notariat serait condamné à maintenir l'interaction physique entre notaire et client et ne pourrait jamais s'épanouir dans le potentiel de la sphère virtuelle.

³³N. C. BARREDA, *préci. Note 33*, 9 et ss.

Au Québec, des centaines de milliers d'actes notariés ont été conclus à distance des parties sous les mesures exceptionnelles et transitoires du contexte pandémique. Le déroulement régulier et paisible de la pratique notariale depuis mars 2020 fait foi que l'acte technologique avec comparution à distance n'est pas un obstacle dirimant quant à la capacité du notaire à percevoir les faits qu'il a pour mission de constater. Donc, l'expérience des notaires praticiens démontre que, contrairement à la perception traditionnelle, l'« authenticité » ne découle pas exclusivement de l'appréciation de la réalité matérielle et sensorielle. De plus, l'écran technologique qui s'impose entre le notaire et le client n'interfère pas avec la réalité. Les exceptions sont si rares.

Ainsi, le formalisme traditionnel de l'acte authentique est insuffisant dans un monde de plus en plus digitalisé. Nul doute, la comparution à distance est une solution appréciée par les justiciables et répond aux besoins d'accessibilité et d'immédiateté. En effet, cette solution *exceptionnelle* est si commode que si elle venait à échéance sans transition vers un cadre législatif permanent, elle sèmerait un doute quant à la compétence et la pertinence de la fonction notariale.

Il nous convient même de proposer que la forme associée à l'authenticité, qu'elle soit en présentiel ou à distance, doit évoluer au-delà d'une volonté rédigée avec des mots sur support papier ou technologique. Il faut concevoir l'élargissement des formes de l'« authenticité » pour inclure une opération technique ou algorithmique exécutée par un notaire et soutenue sur une plateforme contrôlée par son Ordre.

Évidemment, cette proposition devrait être étudiée à fond. L'objectif est de soumettre la sécurité supérieure des opérations informatiques au service de la sécurité juridique octroyée par notaire à un acte authentique. Cette union permettrait aux notaires de s'approprier de nouvelles interactions avec le public et d'augmenter leurs domaines d'intervention. Par exemple, pourrait constituer un acte authentique l'insertion d'informations dans une chaîne de blocs après la validation de la véracité par un notaire. Imaginons un acte notarié qui prend une différente forme qu'un document écrit ou d'un fichier PDF/A, qui pourrait être soutenu dans une application dynamique et altérable par le notaire suite à sa réception paraphe et muni d'un type de journal d'audit de son utilisation

quotidienne ; ou imaginons une procuration avec des fonctions de traçabilité par le mandant, contrôlée par le bureau de notaire, pour veiller à son usage par le mandataire.

À vrai dire, il faut d'une certaine manière se départir de l'histoire du notariat et reconcevoir le rôle de notaire dans l'optique d'une start-up. C'est par cette approche radicale que peut naître l'innovation technologique notariale et, corollairement, de nouveaux domaines d'intervention pour les notaires.

4.2. Comment voyez-vous le futur du rôle des notaires dans une société toujours plus digitalisée ?

Dans l'avenir proche, la digitalisation aura pour effet de substituer plusieurs compétences cléricales et administratives exercées aujourd'hui par le notaire. Sans quoi, le quotidien du notaire sera toujours dédié à des tâches répétitives et machinales. Lorsque notre temps est engagé par des actions de peu de valeur, nous sommes dessaisis de la possibilité d'approfondir nos connaissances et d'innover.

L'innovation à laquelle se doit dédier le notariat du futur est de réévaluer à fond notre interaction avec la technologie et de reconsidérer les principes fondamentaux du notariat. Cette méfiance persistante quant aux effets de la technologie à la fonction notariale tel que défini aujourd'hui est fatale pour la profession. La technologie s'intègre à notre société sans exception et son rejet est inutile.

Dans l'économie du vingt-et-unième siècle, les géants de la technologie comme Google confirment que le pouvoir est entre les mains de l'autorité qui est en mesure de collecter, conserver et partager les données numériques. La préoccupation majeure des citoyens contre ces géants de la technologie est le partage et le détournement de ces données personnelles. Conséquemment, il y a une valeur prépondérante à attribuer à la sécurité et l'intégrité de ces données individuelles.

Ainsi, nous avançons que le notaire dans une société plus digitalisée doit abandonner le modèle traditionnel du notaire scribe-archiviste pour développer une nouvelle pratique qui répond à ce

besoin de sécurité et de confidentialité dans la sphère virtuelle. Le notaire futur est un **intervenant de confiance impartial spécialisé en droit civil outillé par des technologies puissantes** qui lui permettront de devenir un gardien de la véracité et de la volonté.

Ainsi, l'essence de la profession demeure inchangée. Le notaire préserve son rôle d'intervenant impartial, habile à recevoir, protéger et préserver la volonté d'un individu. Cependant, contrairement à une pratique limitée au maintien d'un greffe, à la rédaction et à la signature en présence, il le fera au moyen d'un écosystème technologique intègre et établit selon les normes de son ordre professionnel. Cet environnement numérique contrôlé par le notaire favorisera la sécurité et protégera la réelle volonté du justiciable sans le charger d'un lourd fardeau clérical. L'*authenticité* alors ne sera pas atteignable seulement par l'expérience matérielle du notaire et à son adhésion scrupuleuse au formalisme des actes notariés, mais plutôt par le tressage de l'expertise juridique et l'efficacité technologique.

Cette approche au notariat à des avantages indéniables. Premièrement, elle met le notariat à l'abri de substitutions par la technologie. Deuxièmement, elle permet d'élargir l'interaction du notaire avec le public sur l'utilité et l'applicabilité de sa mission. Troisièmement, elle permet aux notariats mondiaux de se rapprocher davantage en créant un pont de reconnaissance entre les notaires de différentes juridictions. Imaginons par exemple une procuration internationale ou un testament segmenté selon les biens tenus dans différentes juridictions et authentifié par plus d'un notaire simultanément dans un support technologique dynamique transfrontalier.

L'abandon du rôle traditionnel du notaire offre la possibilité de créer une nouvelle méthodologie adaptée à une société digitalisée.

CONCLUSION

Une pratique notariale qui ne s'adapte pas à la sphère virtuelle est une pratique avec une inévitable échéance. Il est indéniable que nous vivons une transformation culturelle en faveur du virtuel et de l'intangible accéléré par la pandémie. Les justiciables ont de plus en plus un appétit pour la réalité augmentée, le métavers, les actifs numériques, la chaîne de blocs, le télétravail, la crypto et plus. Au Québec, le recours à l'acte technologique avec signature à distance n'a pas été accueilli comme une solution avant-gardiste, mais plutôt comme une nécessité évidente. Il était temps que le notariat se rattrape à l'époque contemporaine. Par ailleurs, le fait qu'il ne s'agit que d'une solution temporaire est déconcertant.

Le progrès numérique impose au notariat de trouver sa place dans la sphère virtuelle, faute de quoi il sera balayé pour son inutilité et son insuffisance. La première étape consiste à libérer le notaire de la pratique statique et passive du clérical à l'aide de nouvelles technologies. La mission du notaire est au-delà de ce qui peut être exécuté par une machine. La deuxième étape consiste à redéfinir la notion d'« authenticité » actuellement entravée par une forme limitée aux mots écrits sur un support papier ou PDF/A. La véritable innovation technologique n'est pas la simple substitution d'une méthodologie traditionnelle avec un équivalent numérique, mais plutôt la reconsidération de la notion la plus fondamentale du notariat. La troisième étape consiste à promulguer l'image d'un notariat contemporain. Certes, le notaire préserve son rôle d'accompagnateur, de confiance, d'intervenant impartial et de juriste spécialisé en droit civil. Toutefois, il fortifie sa valeur en s'outillant de technologies puissantes façonnées par son ordre professionnel pour atteindre le plus haut degré de confidentialité et de sécurité. Cette union de la fonction notariale traditionnelle avec les nouvelles technologies révèle une raison d'être tant unique qu'utile : le rôle du notaire dans la sphère virtuelle est d'être une ancre de la vérité et du réel.

PREMIO
DUCRET

TEMA II



EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL VINCULADO A LA RECUPERACIÓN DE LAS ECONOMÍAS EN LA POST-PANDEMIA

PONENCIA DEL NOTARIADO DEL PERÚ | ROSALÍA MIRELLA MEJÍA ROSASCO (Coordinadora)
CÉSAR RAYMUNDO ALIAGA CABALLERO | CÉSAR FRANCISCO TORRES KRUGER |
DUNIA VICTORIA TERRAZAS GONZÁLES | SYLVANA GANNINA ARISPE ALBURQUEQUE



30° Congreso Internacional del Notariado

Ciudad de México 2022

Tema II:

El ejercicio de la función pública notarial vinculado a la recuperación de las economías nacionales en la época post-pandemia

Coordinadores internacionales:

Prof. Dr. Jens Bormann, LL.M. (Harvard), Presidente de la Bundesnotarkammer

Dr. Peter Stelmaszczyk, Director General de la Bundesnotarkammer

La pandemia de Covid-19 ha creado importantes trastornos económicos en todo el mundo. Por ello, además de superar la crisis desde el punto de vista médico, es muy importante una rápida recuperación económica. Los notarios que apoyan durante todo el ciclo de vida las empresas en toda confianza tienen una responsabilidad especialmente grande para contribuir a una reconstrucción ordenada, sostenible y rápida.

“Recuperación a través de la seguridad jurídica”

En cuanto a la recuperación económica después de la pandemia, se examinarán en particular tres aspectos:

Start up – ¿Cómo pueden participar los notarios en la constitución de sociedades de manera sencilla, segura y sostenible? Se presta especial atención a las necesidades de los microemprendimientos, que son responsables de la mayor parte de la producción económica en muchos Estados, pero que se enfrentan a numerosos retos estructurales.

Scale up – Para crecer, la mayoría de las empresas dependen de un préstamo. Esto se aplica aún más si es necesaria una reestructuración o reorientación de la empresa en el curso de la gestión de la crisis. Sin embargo, el acceso a la financiación económica y a largo plazo sólo está disponible para aquellos que puedan ofrecer garantías seguras, especialmente garantías inmobiliarias, que puedan ser verificadas por registros fiables. En este caso, el notario está a su lado la persona de confianza.

Digitalización – La pandemia del coronavirus ha mostrado, como ninguna otra crisis, el potencial de la digitalización. La crisis se ha convertido en el motor de la digitalización: Por falta de contacto cara a cara, el uso de los medios digitales y la aptitud de los usuarios aumentaron considerablemente durante la crisis. Además, la digitalización ofrece numerosas oportunidades para la reconstrucción económica. La digitalización puede simplificar los procesos, acelerar los procedimientos y reducir los costos. Al ofrecer procedimientos seguros, eficaces y asequibles, los notarios pueden situarse en la vanguardia del servicio al ciudadano, manteniendo competencias tradicionales y a la vez adquiriendo nuevas.

1) Start up:

El notariado y el emprendedurismo. Intervención notarial en la formación y desarrollo de microemprendimientos.

Especialmente en los Estados económicamente menos desarrollados, los microemprendimientos son la columna vertebral de la economía. Una gran parte de la población se gana la vida en el sector de los microemprendimientos, por lo que, a pesar de la baja capacidad económica de cada microempresa, la mayor parte de la producción económica total reside en este sector. Sin embargo, las normas legales no suelen estar suficientemente orientada a las necesidades de estas empresas. Por ello, los microemprendimientos suelen ser constituidas al margen de cualquier regulación económica. Esta evolución conlleva grandes desventajas no sólo para las empresas, sino también para los demás participantes en el mercado y el Estado. Por lo tanto, un marco jurídico adecuado para los microemprendimientos es de gran importancia para el desarrollo económico. En este contexto, la CNUDMI (UNCITRAL) ha intentado hacer unas primeras recomendaciones normativas en su “Proyecto de Guía Legislativa de las Naciones Unidas sobre una sociedad de responsabilidad limitada (UNLLO)”. Sin embargo, está por ver si este instrumento responde plenamente a las necesidades de las empresas afectadas.

Teniendo en cuenta los recursos financieros frecuentemente limitados de los microempresarios, a menudo se propone permitir la constitución informal sin necesidad de inscripción al registro. Sin embargo, esta solución supuestamente “fácil y barata” no está considerada en profundidad y desplaza numerosos riesgos unilateralmente a los empresarios, que ya están sometidos a una fuerte presión por otros factores.

Los microemprendimientos suelen ser la única fuente de ingresos para sus propietarios y sus familias. No es raro que los propietarios sean mujeres. Para evitar que toda la familia caiga en dificultades económicas existenciales en caso de una mala inversión o de turbulencias económicas, a menudo se intenta limitar la responsabilidad de los empresarios. Por otro lado, sin embargo, los empresarios encuentran dificultades en las transacciones comerciales, ya que los socios comerciales no aceptan una responsabilidad limitada si no se dispone de información fiable sobre la empresa, su capital, su situación financiera o sus activos. En cambio, a menudo se exigen primas de riesgo excesivas. También se pide que el propietario o personas cercanas a él asumen la responsabilidad personal. Por lo tanto, una responsabilidad limitada sólo tiene sentido y puede aplicarse de forma coherente para proteger a los fundadores de los microemprendimientos si las empresas pueden demostrar de forma fiable su existencia, su capacidad financiera y los derechos que les corresponden. Por lo tanto, los registros fiables desempeñan un papel fundamental en cuanto al éxito de los microemprendimientos.

Especialmente los fundadores de microemprendimientos suelen ser inexpertos en el ámbito jurídico. Por lo tanto, existe el riesgo de que estos fundadores no elijan la estructura jurídica que más les convenga, no ejerzan los derechos que les corresponden o se aprovechen de los participantes más fuertes del mercado. Por lo tanto, en el caso de los microempresarios, es especialmente importante que estén asesorados individualmente y acompañados por un notario neutral, bien formado y con visión de futuro a la hora de crear su empresa. Un notario también puede garantizar que los registros en cuestión estén completos, sean precisos y significativos, lo que a su vez beneficiará a la microempresa a la hora de obtener un préstamo posterior.

Especialmente en vista del gran número de microemprendimientos que se espera que surjan tras la pandemia de Covid-19, el papel del notario como garante de la seguridad jurídica ganará importancia.

2) Scale up:

El notariado y las pequeñas y medianas empresas frente a las crisis económicas.

Asesoramiento integral. Posibilidad de acceso al crédito y el ofrecimiento de garantías. El saneamiento crediticio y financiero. Concursos y quiebras.

Aunque las grandes empresas internacionales suelen recibir una mayor atención de los medios de comunicación, en la gran mayoría de los países económicamente desarrollados las pequeñas y medianas empresas (PYME) representan una mayor parte de la producción económica y garantizan la estabilidad económica. Por consiguiente, la rapidez con que se superen las consecuencias económicas de la pandemia de Covid-19 dependerá también en gran medida de la forma en que estas empresas superen la crisis.

Muchas empresas tienen una gran necesidad de financiación externa en este momento para iniciar de forma proactiva el periodo post-pandémico a pesar de la reducción o la pérdida total de ingresos en los últimos meses. Muchas empresas también han aprovechado la crisis para hacer balance y han decidido reorganizarse económicamente y estructuralmente. Para ello, en muchos casos, se necesita un nuevo capital.

Sin embargo, el comienzo después de la pandemia, que a menudo requiere financiación externa, sólo puede tener éxito si otros actores económicos confían en las empresas. Para ello, los registros que proporcionan información fiable sobre, entre otras, la existencia de una empresa, su estructura y sus derechos de representación son de vital importancia. La falta de claridad en este ámbito conlleva un mayor riesgo por parte del socio comercial y, por tanto, mayores costos para las pequeñas y medianas empresas.

Especialmente en cuestiones de financiación, también es relevante que las pequeñas y medianas empresas puedan ofrecer garantías fiables. Por lo tanto, es crucial que las jurisdicciones nacionales prevean sistemas de protección de crédito que correspondan estructuralmente a las garantías normalmente disponibles para una PYME. Además, es fundamental que los bienes a los que tiene derecho una empresa puedan serle asignados sin dudas. Sólo si se puede demostrar con certeza esta afiliación, el activo puede utilizarse como garantía y reducir los costos de financiación.

En este contexto, en la práctica, las PYME siguen encontrando considerables obstáculos. No es raro, por ejemplo, que los pequeños agricultores cultiven tierras sobre las que no tienen derechos escritos o verificables de otra manera. Por lo tanto, no pueden utilizarse como garantía. En muchos Estados, sólo una pequeña parte de la tierra está inscrita en los registros, por lo que no se aprovecha el gran potencial de utilizar la tierra como garantía de inmuebles. Lo mismo se aplica para el Derecho de Sociedades: Sólo si los títulos y las participaciones sociales están inscritos de forma segura en los Registros Mercantiles, tales pueden utilizarse como garantía para los préstamos.

Los derechos inmobiliarios y las participaciones en las empresas suelen tener un valor elevado. Por ello, suelen representar la mayor parte del patrimonio de su propietario. La pérdida de valor y de derechos en este ámbito puede poner fácilmente en peligro los medios de subsistencia. Por lo tanto, hay que tener cuidado de no vender o gravar los derechos inmobiliarios o las partes sociales de la empresa precipitadamente o bajo una presión indebida. Es importante una intervención notarial neutral, exhaustiva y con visión de futuro en este tipo de transacciones legales.

Si, a pesar de una buena planificación, se produce un sobreendeudamiento o un concurso, es crucial tomar medidas en una fase temprana, para aspirar a una liquidación ordenada y, en la medida de lo posible, permitir la continuación de la empresa mediante la reestructuración. También en este caso, el notario actúa como asesor prudente y neutral.

3) Digitalización:

A propósito de la Directiva Europea. Implementación. Ventajas y desventajas.

La crisis se ha convertido en fuente de la digitalización. La vida privada y económica se ha trasladado cada vez más al espacio digital con la crisis, y la población está cada vez más familiarizada y formada en el uso de los medios digitales. Ha aumentado notablemente la disposición de los ciudadanos y de los notarios a certificar digitalmente.

Acelerado por la crisis del coronavirus y por numerosos programas de apoyo, existe actualmente un fuerte impulso de digitalización, que está llevando a muchas oficinas notariales de todo el mundo a trabajar en soluciones digitales en diversos ámbitos notariales. El número y la variedad de proyectos correspondientes es notable. Un ejemplo es el proyecto informático hispano-alemán llamado EUdoc, con cuya ayuda se pueden intercambiar documentos electrónicos certificados entre notarios de forma rápida y con seguridad legal a través de las fronteras. Especialmente en el ámbito del derecho de sociedades, la digitalización ofrece una gran oportunidad para proporcionar a los fundadores un camino accesible y conveniente para crear una nueva empresa, pero sin tener que comprometer la seguridad y el asesoramiento competente.

La crisis también ha demostrado que la digitalización no debe llevar a socavar el sistema de administración preventiva de justicia, que se basa en los notarios que proporcionan un asesoramiento neutral y en registros fiables. Incluso y especialmente en tiempos de crisis, las estructuras de la administración preventiva de justicia deben ser preservadas.

La introducción de los procedimientos de constitución en línea no debería en ningún caso tentar a los legisladores nacionales a reducir el nivel de asesoramiento personal y la medida del notario. Las constituciones en línea son convenientes porque no hay necesidad de viajar para encontrar a un notario. Sin embargo, no deben dar lugar a la creación de negocios abusivos con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, ni a que se dedique menos tiempo a asesorar a los ciudadanos. La intervención notarial también y especialmente en el entorno digital sirve para garantizar la corrección material, la función de asesoramiento y alerta, la función de filtrado y control y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. El notario también debe ser capaz de cumplir estas funciones de forma exhaustiva en el caso de la autenticación en línea. Por lo tanto, es urgente que el notario y las partes puedan comunicar y verse en tiempo real, incluso en el caso de la autenticación en línea. Por lo tanto, un sistema de videoconferencia debe ser obligatoria.

Para excluir las inscripciones deshonestas, abusivas y de otro modo ilegales, en particular mediante la usurpación de identidad, y al mismo tiempo garantizar la confianza en la exactitud material de la información contenida en los registros nacionales, es necesario imponer ciertos requisitos técnicos mínimos en los procesos de autenticación digital. Esto se refiere en primer lugar a la garantía de la capacidad jurídica de los fundadores, así como, en el caso de una constitución en línea por parte de una persona jurídica, a su poder de representación. Además, la verificación de la identidad de las partes implicadas y la garantía de la autenticidad de las firmas electrónicas utilizadas son de importancia central.

Por lo que respecta a la identificación y a la garantía de la autenticidad de la firma electrónica, debe exigirse el mayor nivel de seguridad posible en cada caso. Además, es aconsejable prever un doble control de identidad, en el que se leen tanto los datos almacenados en el dispositivo de identificación electrónica (eID) como la fotografía almacenada, que posteriormente se compara con la persona presente digitalmente. De este modo, se puede verificar la autenticidad de los medios de identificación y garantizar que no se utilicen identificaciones electrónicas extrañas, es decir, robadas o transmitidas deliberadamente con fines indebidos. Por supuesto, también es concebible aceptar identificaciones electrónicas extranjeras, siempre que esto no disminuya el nivel de seguridad. En cuanto a las normas

técnicas de seguridad que deben proporcionarse, la orientación debe basarse en el Reglamento eIDAS de la Unión Europea o en normas comparables. De este modo, la comparabilidad de los niveles de seguridad podría establecerse fácilmente incluso en situaciones transfronterizas.

Para diseñar de forma óptima las herramientas digitales para la creación de empresas en línea, es necesario conocer exactamente las necesidades de los fundadores. ¿Qué formas de empresa se suelen constituir? ¿Qué y cuántos fundadores suelen participar y qué experiencia previa tienen? Sobre la base de este inventario, se puede examinar a qué tipo de empresa debe adaptarse una herramienta en línea. Se recomienda no permitir que todos los tipos de empresa conocidos, especialmente las grandes empresas públicas, se constituyan en línea. El último cuestionario de la UINL sobre el Derecho de Sociedades ya ha proporcionado algunos resultados iniciales a este respecto. Sólo las herramientas digitales orientadas a las necesidades de los fundadores que no socavan las salvaguardias existentes para garantizar la seguridad y la facilidad de las transacciones legales podrán resistir el paso del tiempo.

Por lo tanto, es importante aprovechar las oportunidades que ofrece la digitalización e introducir el trámite en línea accesible y cómodo que ofrezca a los ciudadanos el mejor servicio posible. Por otro lado, no hay que hacer concesiones en cuanto a la identificación, el asesoramiento y la fiabilidad, para no poner en peligro la seguridad y la facilidad del tráfico jurídico. En este contexto, en los últimos meses se han debatido y ensayado numerosos modelos, particularmente promovidos también por la Directiva de Digitalización de la Unión Europea (Directiva (UE) 2019/1151). Ahora le corresponde al notariado aprovechar esta oportunidad y participar activamente en los debates en curso. El establecimiento de un modelo accesible, seguro y fiable para la constitución en línea con plena intervención notarial no sólo puede servir para transferir las competencias notariales existentes en la autenticación en papel a la era digital. Por el contrario, también puede ser un medio central para ganarse a los notarios como socios fiables y con visión de futuro para nuevas tareas.

“Recuperación a través de la seguridad jurídica”

CUESTIONARIO

1 Start up:

El notariado y el emprendedurismo. Intervención notarial en la formación y desarrollo de micro emprendimientos.

1.1 La importancia de los microemprendimientos para la economía nacional:

1.1.1 ¿Qué porcentaje de la producción económica de su Estado corresponde a los microemprendimientos?

24% del PIB Nacional.

Previamente es preciso conceptualizar que en el caso Peruano los “microemprendimientos” son las “Microempresas” catalogadas como MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (MIPYME). En el Perú, según la fuente del Ministerio de la Producción este segmento empresarial representa el 99.5% del total de empresas formales en la economía peruana –el 95.2% son microempresas, 4.1% pequeña y 0.2% mediana.

En tal sentido más de 1,7 millones de Mipyme formales operan en el mercado peruano al 2020.

1.1.2 ¿En qué sector operan principalmente?

¿Cómo se distribuyen los microemprendimientos entre los distintos sectores de la economía?
Si no hay datos exactos, haga una estimación.

Sector	Porcentaje de microemprendimientos
Sector primario: La producción primaria (por ejemplo, la agricultura, la silvicultura, la pesca, los recursos minerales)	14.8 % de los microemprendimientos
Sector secundario: Industria y comercio (fabricación de productos a partir de materias primas: Trigo -> pan, instalaciones de producción, construcción)	42.6 % de los microemprendimientos
Sector terciario: Comercio y servicios (comercio, médicos, abogados, peluqueros, educación, hoteles, restaurantes, bancos y seguros, transporte, limpieza)	42.5 % de los microemprendimientos

- *Las Mipyme generan más del 90% de la PEA ocupada en el sector privado, considerándose como la fuente generadora del empleo. Asimismo, 8 de cada 100 personas de la PEA ocupada son conductoras de una Mipyme formal.*
- *En los últimos cinco años (2015-2020) el número de empresas formales de este segmento se ha incrementado a un ritmo promedio anual de 1.1%, que se ha ralentizado por la pronunciada caída en el 2020 (-25.1%). Las Mipyme formales participaron con el 31.0% del valor agregado nacional en el año 2020.*
- *Al cierre de diciembre del 2020, alrededor de 841 343 empresas Mipyme contaban con algún tipo de operación crediticia en el sistema financiero, cifra superior en más de 6 veces a lo registrado el año 2019. Asimismo, se aprecia la relación inversa del ratio de inclusión financiera y el tamaño de*

empresa. Así, mientras solo el 30,9% de microempresas cuentan con alguna operación crediticia (26.9 p.p. más que en 2019), la pequeña, mediana y gran empresa muestran un ratio de inclusión financiera de 64,0% (+19.5 p.p.), 74,8% (+12.7 p.p.) y 80,9% (+8.9 p.p.), respectivamente.

1.2 Organización de microemprendimientos:

1.2.1 ¿Qué forma adoptan los microempresarios habitualmente para organizarse?

Los microemprendimientos tienen habitualmente la siguiente forma de sociedad:

En el Perú la LEY N° 28015 Ley de Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (promulgada el 03/07/2003), establece que:

*La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. Cuando esta Ley se hace mención a la sigla MYPE, se **está** refiriendo a las Micro y Pequeñas Empresas, las cuales no obstante tener tamaños y características propias, tienen igual tratamiento en la presente Ley, con excepción al régimen laboral que es de aplicación para las Microempresas.*

En tal sentido, pueden adoptar cualquier forma societaria pero lo usual es que adopten la forma de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada o Sociedad Anónima Cerrada.

Marque la respuesta más adecuada a cada una de las siguientes preguntas. Se refiere únicamente a la forma más común en que se organizan los microempresarios. Si no hay datos disponibles, haga una estimación. Marque "No hay información disponible" sólo si tampoco puede hacer una estimación.

1.2.1.1 ¿Cuántas personas participan habitualmente en la constitución de una microempresa (número de fundadores)?

Persona individual	Varias personas juntas	Las dos son posibles	No hay información
		X (Ley N° 28015)	

Comentarios, si procede:

Como Política Estatal el Estado Peruano promueve un entorno favorable para la creación, formalización, desarrollo y competitividad de las MYPE y el apoyo a los nuevos emprendimientos, a través de los Gobiernos Nacional, Regionales y Locales; y establece un marco legal e incentiva la inversión privada, generando o promoviendo una oferta de servicios empresariales destinados a mejorar los niveles de organización, administración, tecnificación y articulación productiva y comercial de las MYPE, estableciendo políticas que permitan la organización y asociación empresarial para el crecimiento económico con empleo sostenible. (Artículo 4° de la Ley 28015).

1.2.1.2 ¿Qué personas participan habitualmente en una constitución?

Sólo personas físicas implicadas	Sólo personas jurídicas implicadas	Las dos son implicadas	No hay información disponible
		X	

Comentarios, si procede:

1.2.1.3 ¿Es habitual limitar la responsabilidad de los microempresarios?

Sin responsabilidad limitada	Responsabilidad limitada para algunos interesados	Responsabilidad limitada para todos interesados	No hay información disponible
		X	

Comentarios, si procede:

1.2.1.4 ¿Quién dirige habitualmente un microemprendimiento?

El propietario es la persona responsable para tomar decisiones	Los propietarios y los responsables de la toma de decisiones se distinguen	Las dos opciones son posibles	No hay información disponible
		X	

Comentarios, si procede:

En el caso de una EIRL (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada) puede dirigirlo el TITULAR o el GERENTE, y en caso ambos cargos correspondan a una persona puede ser Titular -Gerente.

En el caso de una SAC (Sociedad Anónima Cerrada) la dirige el Gerente.

1.2.1.5 ¿Cómo se efectúa habitualmente la constitución de los microemprendimientos?

Constitución oral	Constitución formal por escrito	Las dos opciones son posibles	No hay información disponible
	X		

Nota: Estas preguntas se refieren al contrato de sociedad y, en su caso, el acta sobre la constitución de sociedad.

Comentarios, si procede:

1.2.1.6 ¿Están los microemprendimientos habitualmente inscritas en un registro?

Inscripción obligatoria en el registro	Inscripción voluntaria / a veces inscrito en el registro	Nunca inscrito en el registro	No hay Info disponible
X			

Comentarios, si procede:

1.2.2 Si se trata de microemprendimientos con responsabilidad limitada: ¿Tienen que reunir una cantidad mínima de capital?

No existe capital mínimo para constituir una Empresa en el Perú; precisando que el aporte de capital se puede realizar en dinero y en especies

1.3 Formas especiales de sociedades para los microemprendimientos

¿Se han creado formas especiales de sociedades para los microemprendimientos o se utilizan las mismas formas de sociedades que los demás actores económicos?

Se utilizan las mismas formas de los actores económicos.

1.3.1 ¿Ya existen formas especiales de sociedades? ¿Cuáles son sus características?

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) creada por Decreto Ley 21621 - La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa.

1.3.2 ¿Hay algún proyecto en su Estado para introducir formas especiales de sociedades para los microemprendimientos?

No existe proyectos para introducir formas especiales de sociedades para los micro emprendimientos.

1.3.3 ¿Se están hablando en su Estado (bajo las personas de la profesión notarial) de la Guía sobre la UNLLO elaborado por el Grupo de Trabajo I (Micro, Pequeñas y Medianas Empresas) de la CNUDMI?

No.

1.3.4 ¿Hay proyectos sobre la aplicación de la Guía sobre la UNLLO de la CNUDMI en su Estado? En caso afirmativo, ¿desde cuándo? En caso negativo, ¿por qué no?

No. Por desconocimiento de la Guía.

1.4 Intervención de los notarios en la constitución y la inscripción de las sociedades

Las siguientes preguntas se aplican a todo tipo de sociedad, independientemente del tamaño de la empresa.

1.4.1 ¿Intervienen los notarios en su Estado en la constitución o la inscripción de las empresas? En caso afirmativo, ¿se exige la intervención notarial por ley?

Intervención notarial en la constitución	Intervención notarial en la inscripción en el registro	Intervención notarial en otros ámbitos	Una intervención notarial no está prevista
X	X		

Otros:

¿Se exige por la ley?

X	X	No	
---	---	----	--

1.4.2 ¿Para la constitución o la inscripción de qué tipos de sociedades intervienen los notarios?

Por favor, indique su nombre en su idioma materna o en una de los idiomas oficiales de la UINL y la información de si se trata de sociedades de responsabilidad limitada o no.

Los notarios intervienen en la constitución o en la inscripción de:

Tipo de empresa (idioma nacional)	Tipo de empresa (idioma oficial de la UINL)	Responsabilidad limitada: ¿sí/no?	El notario interviene en la constitución	El notario interviene en la inscripción
<i>Empresa Individual de Responsabilidad Limitada</i>		<i>Sí</i>	<i>Sí</i>	<i>Sí</i>
<i>Sociedad Anónima Cerrada</i>		<i>Sí</i>	<i>Sí</i>	<i>Sí</i>
<i>Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada</i>		<i>Sí</i>	<i>Sí</i>	<i>Sí</i>
<i>Sociedad Anónima Cerrada Simplificada</i>		<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>No</i>

Opcional: Intervención notarial en todas las formas: sí / no

1.4.3 ¿Está previsto ampliar las competencias notariales en el ámbito del Derecho de Sociedades?

No.

1.4.4 ¿Está previsto restringir las competencias notariales en materia del Derecho de Sociedades?

No.

1.5 Si los notarios intervienen en la constitución:

1.5.1 ¿Qué tareas asumen los notarios durante los trámites de constitución?

Nota: Estas preguntas están relacionadas con el proyecto del contrato de sociedad, el acta sobre la constitución y los aspectos relacionados. Para el trámite de inscripción de una empresa en un registro, véase más abajo.

	Todos tipos de sociedades	Sociedades de <u>responsabilidad limitada</u>	Sociedades de <u>responsabilidad ilimitada</u>	Nunca	¿Competencia exclusiva de los notarios?
Asesoramiento de las personas implicadas	X	X			No, puede asesorar el abogado.
Elaboración del contrato de sociedad	X	X			
Verificación de la identidad de las personas implicadas	X	X			Si
Obtener información de un tercero (por ejemplo, comprobar si el nombre de una empresa es disponible)	X	X			No, puede asesorar un tercero.
Certificación de firmas en la escritura de constitución de sociedad		X			Sí, en los formularios de beneficiario final según formato de la administración tributaria.
Autenticación de la constitución	X	X			Extensión de la escritura pública de constitución

Comentarios, si procede:

1.5.2 Si los notarios intervienen en la constitución:

1.5.2.1 ¿Cuáles son las mayores ventajas de la intervención notarial?

Seguridad Jurídica y Fe Pública en la constitución social, asesoramiento de forma societaria óptima de acuerdo al tipo de empresa, vinculado con el objeto social o los fines y objetivos del emprendimiento, verificación de identidad de los otorgantes por comparación biométrica o consultas de línea a la base de datos de identificación de nacionales y extranjeros.

1.5.2.2 ¿Dónde tienen los fundadores mayor necesidad de asesoramiento?

En la elección de la forma societaria.

1.5.2.3 ¿Dónde se ahorra más (p. ej., tiempo, dinero) si hay intervención notarial?

Al extender la escritura de constitución social con formatos breves de pacto social y estatuto de fácil y rápida comprensión.

1.5.3 Si los notarios no intervienen en la constitución, ¿quién realiza la constitución? (p.ej., fundadores solos, tribunales de registro, autoridades administrativas públicas)

La Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP constituye directamente sociedades anónimas cerradas simplificadas (SACS) de dos hasta veinte accionistas, con formatos de pacto social y estatuto, y constancias de aportes dinerarios o no dinerarios, suscritos con firma digital e inscrita directamente por dicha entidad.

1.6 Si los notarios intervienen en la inscripción de la sociedad en un registro:

1.6.1 ¿Qué tareas asumen los notarios durante la inscripción?

	Todos tipos de sociedades	Sociedades de <u>responsabilidad limitada</u>	Sociedades de <u>responsabilidad ilimitada</u>	Nunca	¿Competencia exclusiva de los notarios?
Preparar / rellenar la solicitud	X				<i>Si, el envío de partes notariales es competencia exclusiva del notario</i>
Revisión del contenido de la solicitud	X				Si
Verificación de la identidad de las personas implicadas	X				Si
Obtener información de un tercero (por ejemplo, comprobar si el nombre de una empresa es disponible)					
Certificación de firmas en la solicitud					
Autenticación notarial de la solicitud					
Envío de documentos al registro	X				Si

Comentarios, si procede:

1.6.2 Si los notarios intervienen en la inscripción de la sociedad en un registro:

1.6.2.1 ¿Cuáles son las mayores ventajas de la intervención notarial?

Los partes notariales de la escritura pública de constitución social se envían al registro por vía digital, obligatoriamente desde mayo – junio del 2020.

1.6.2.2 ¿Dónde se ahorra más (p.ej., tiempo, dinero) si hay intervención notarial?

En la presentación digital de los partes notariales de la escritura pública de constitución social con el pago del 100% de los derechos de inscripción, y la subsanación rápida de cualquier observación que se formule en el camino.

1.6.3 Si los notarios no intervienen en la inscripción, ¿quién realiza la inscripción? (p. ej., partes implicadas solas, tribunales de registro, autoridades administrativas)

La Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP, que constituye directamente sociedades anónimas cerradas simplificadas (SACS) de dos hasta veinte accionistas, también realiza la inscripción.

2 Scale up:

El notariado y las pequeñas y medianas empresas frente a las crisis económicas.

Asesoramiento integral. Posibilidad de acceso al crédito y el ofrecimiento de garantías. El saneamiento crediticio y financiero. Concursos y quiebras.

2.1 Intervención de los notarios en el desarrollo de la empresa

¿En qué eventos de la vida de una empresa intervienen los notarios en su Estado?

	Certificaciones de firmas	Autenticaciones	Todos tipos de sociedades	Sociedades de responsabilidad limitada	Sociedades de responsabilidad ilimitada	Nunca	¿Competencia exclusiva de los notarios?
Nombramiento de un nuevo director general	X	X	X				Si
Modificación del derecho de representación	X	X	X				Si
Cambio de accionistas / transferencia de partes sociales	X	X	X				Si
Modificación de los estatutos	X	X	X				Si
Modificación del capital	X	X	X				Si
Reestructuración (modificación de forma jurídica, fusiones, divisiones)	X	X	X				Si
Préstamos y garantías	X	X	X				Si
Cambio de la financiación	X	X	X				No
Concurso	X	X	X				Si
Otros:							

Comentarios, si procede:

2.2 Capital y financiación:

2.2.1 Información de fondo para el acreedor

2.2.1.1 ¿Existen registros en su Estado que indiquen el capital social de una empresa?

Si, la partida registral de cada sociedad indica el capital social de una empresa pero al momento de su constitución e inscripción.

2.2.1.2 ¿Existen registros en su Estado que comprueban la situación financiera de una empresa?

No, la situación financiera forma parte de la Reserva Tributaria y Financiera, protegida por la Constitución Política del Perú.

2.2.1.3 ¿Existe registros en su Estado que permitan identificar a los propietarios de una empresa?

Si, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos al constituirse e inscribirse una empresa, y la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria en temas relacionados con Beneficiario Final.

2.2.1.4 ¿Existen registros en su país que indiquen quién es el beneficiario económico de una sociedad?

Es obligación informar quién es el Beneficiario Final de una empresa ante la entidad de administración tributaria.

2.2.1.5 ¿Pueden ser consultados estos registros por cualquiera persona?

Si, sin expresión de causa, en el caso de Registros Públicos.

En temas relacionados con reserva tributaria y financiera, sólo las entidades establecidas por ley (que incluye a la administración tributaria y la Unidad de Inteligencia Financiera para el caso de lavado de activos).

2.2.2 ¿Intervienen los notarios con regularidad en las operaciones jurídicas destinadas a la financiación de las empresas?

Si, en caso de aumento de capital, préstamos empresariales, hipotecas y garantías mobiliarias, etc.

2.2.3 Formas comunes de financiación:

2.2.3.1 ¿Qué formas de financiación son común para las PYME de su Estado?

P.ej., participación en las empresas, préstamos (a través de bancos, a través de familiares/amigos), microcréditos a través de instituciones especiales, crowdfunding, leasing, financiación a través de la cadena de suministro (asegurando futuros suministros)

A través de las instituciones bancarias y financieras.

2.2.3.2 ¿Existe una financiación pública específica para las PYME?

Sí.

2.2.3.3 ¿Qué formas de financiación son común para las PYME de su Estado?

Aquellas promovidas por las instituciones bancarias y financieras.

**2.2.3.4 ¿Qué formas de financiación para las PYMES debería fomentarse según su opinión?
¿Pueden los notarios hacer una contribución en este contexto?**

Deben fomentarse todas aquellas formas de financiación para las PYMES a cargo de las instituciones bancarias y financieras, con participación de los notarios elegidos por los emprendedores para formalizar actos tales como constituciones de hipotecas en caso de afecten inmuebles, o constitución de garantías mobiliarias.

2.2.4 Formas más comunes de garantía

2.2.4.1 ¿Qué formas de garantía para los préstamos son las más comunes para las PYME en su Estado?

Hipotecas y Garantías Mobiliarias.

2.2.4.2 ¿Existe un apoyo gubernamental específico para que las PYME obtengan créditos?

La Política Nacional de Inclusión Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 255-2019-EF, reconoce la existencia de una población con bajo nivel de acceso y uso de servicios financieros de calidad y busca mejorar el bienestar económico de la población a través de los beneficios que genera su inclusión en un sistema financiero formal, considerando los enfoques interculturales, territoriales y de género

2.2.4.3 ¿Qué formas de garantía para los créditos son las más comunes para las empresas más grandes en su Estado?

Hipoteca.

**2.2.5 ¿Existe en su Estado un registro de derechos sobre la propiedad inmobiliaria?
¿Qué porcentaje de la superficie del país se cubre?
¿Intervienen los notarios en cuanto a la inscripción de derechos?**

Si existe un registro, y los notarios intervienen en las Escrituras Públicas relacionadas con los derechos inmobiliarios. El registro cubre el ámbito urbano, pero está incompleto en el ámbito rural.

**2.2.6 ¿Existe en su Estado un registro de garantías?
¿Intervienen los notarios en la inscripción?**

Si existe el Registro de Garantías sobre bienes muebles (mobiliarias) e Inmuebles (hipotecarias), los notarios intervienen en la inscripción

2.2.7 ¿Tienen muchos empresarios en su Estado activos que no están inscritos en un registro fiable y, por tanto, no pueden utilizarse como garantía?

Pueden existir dichas situaciones, por falta de título de propiedad.

2.3 Retos de financiación

2.3.1 ¿Según su opinión, cuáles son los mayores retos para las PYME en materia de financiación?

- *Mayor confianza en el sistema financiero*
- *Oferta de Servicios financieros adecuados*
- *Desarrollar infraestructura de telecomunicaciones y plataformas digitales para incrementar la cobertura del sistema financiero.*

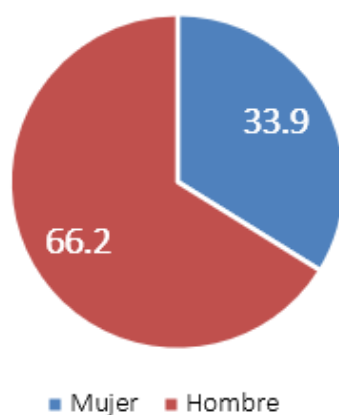
2.3.2 ¿Podrían los notarios hacer una contribución en este ámbito (en caso afirmativo, obteniendo competencias adicionales)?

Las señaladas en la respuesta anterior, y también la libre elección del notario por los representantes legales de las empresas para la formalización de actos y contratos vinculados a la financiación.

2.3.3 ¿Tienen las mujeres problemas especiales de financiación?

Previamente mostraremos unos cuadros respecto a la participación de la mujer en las microempresas:

Gráfico 9.1: Conductor de la empresa, según sexo, 2020
(en porcentajes)

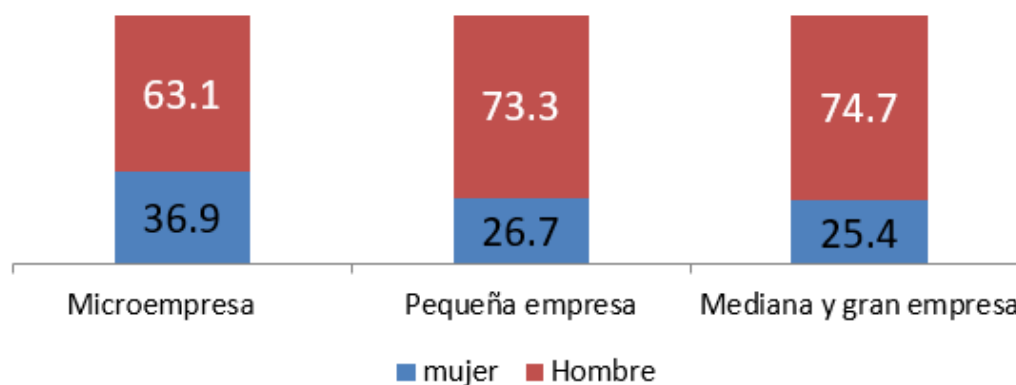


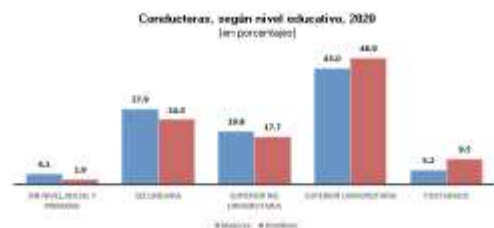
Nota: Resultados a partir de un pool de datos de las ENE 2018-2019

Fuente: Encuesta Nacional de Empresas 2018-2019

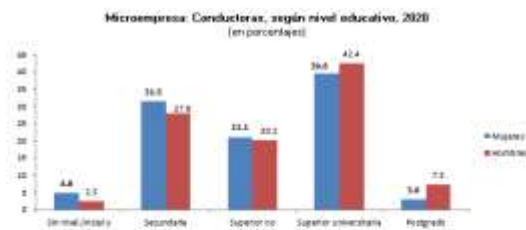
Elaboración: PRODUCE-OGEIEE

Gráfico 9.2: Conductores de la empresa, según tamaño empresarial, 2020
(en porcentajes)

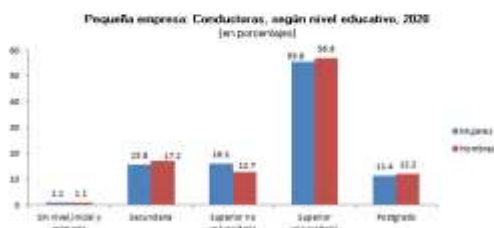




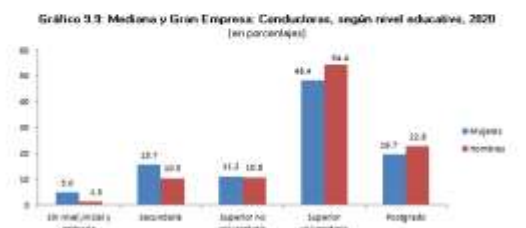
Nota: Resultados a partir de un pool de datos de las ENE 2017-2018. El tamaño empresarial es determinado de acuerdo con la Ley N° 30096.
Fuente: Encuesta Nacional de Empleo 2017-2018.
Elaboración: PRODUCE-ONEE.



Nota: Resultados a partir de un pool de datos de las ENE 2017-2018. El tamaño empresarial es determinado de acuerdo con la Ley N° 30096.
Fuente: Encuesta Nacional de Empleo 2017-2018.
Elaboración: PRODUCE-ONEE.

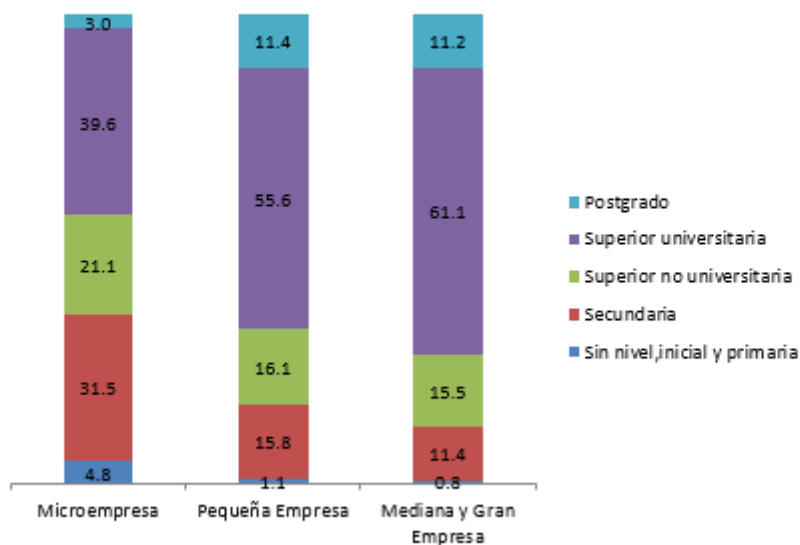


Nota: Resultados a partir de un pool de datos de las ENE 2017-2018. El tamaño empresarial es determinado de acuerdo con la Ley N° 30096.
Fuente: Encuesta Nacional de Empleo 2017-2018.
Elaboración: PRODUCE-ONEE.



Nota: Resultados a partir de un pool de datos de las ENE 2017-2018. El tamaño empresarial es determinado de acuerdo con la Ley N° 30096.
Fuente: Encuesta Nacional de Empleo 2017-2018.
Elaboración: PRODUCE-ONEE.

Gráfico 8.10: Distribución de conductoras, según nivel educativo, 2020



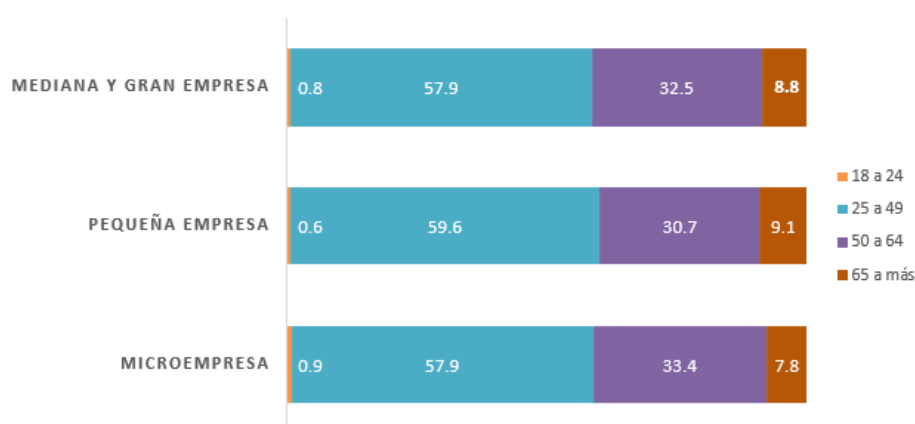
Conductoras por grupos de edad, según tamaño empresarial, 2020

Descripción	Rango de edad en años (%)					Edad promedio (años)
	Total	18 a 24	25 a 49	50 a 64	65 a más	
Conductoras mujeres	100	0.9	58.3	32.8	8.0	47
Microempresa	100	0.9	57.9	33.4	7.8	46
Pequeña Empresa	100	0.6	59.6	30.7	9.1	47
Mediana y Gran Empresa	100	0.8	57.9	32.5	8.8	47
Conductores hombres	100	0.6	50.8	36.7	11.9	49
Microempresa	100	0.7	53.3	34.5	11.6	49
Pequeña Empresa	100	0.4	46.1	40.8	12.7	50
Mediana y Gran Empresa	100	0.0	43.4	44.5	12.0	51

Nota: El estrato empresarial es determinado de acuerdo con la Ley N° 30056. Se considera gran empresa a aquella cuyas ventas anuales son mayores a 2 300 UIT.

Fuente: : Encuesta Nacional de Empresas 2018-2019

Elaboración: PRODUCE-OGEIEE

Conductoras por estrato empresarial, según grupos de edad, 2020

Nota: Resultados a partir de un pool de datos de las ENE 2018-2019. El tamaño empresarial es determinado de acuerdo con la Ley N° 30056. Se considera gran empresa a aquella cuyas ventas anuales son mayores a 2 300 UIT.

Fuente: : Encuesta Nacional de Empresas 2018-2019

Elaboración: PRODUCE-OGEIEE

2.3.4 ¿Se está tratando de mejorar los derechos de las mujeres con la ayuda de los notarios?

Si, existe igual trato sin distinción de género. Lo primordial es que las mujeres dirijan sus emprendimientos con éxito y accedan al servicio de los notarios para formalizar los actos y contratos de sus empresas, incluso aquellos relacionados con las operaciones de financiamiento por instituciones bancarias y financieras.

2.4 Ejecución de las deudas

2.4.1 ¿Son más fáciles de ejecutar las reclamaciones contractuales que han surgido con la intervención de un notario que las que han surgido sin intervención notarial?

Si.

2.4.2 ¿Intervienen los notarios en la realización de deudas? En caso afirmativo, ¿de qué forma?

No.

2.5 Reorganización de empresas, préstamos y financiación

2.5.1 ¿Cuáles son las medidas típicas de reestructuración de sociedades en su Estado? ¿Intervienen los notarios habitualmente en este ámbito?

Si, en fusiones por absorción, o por incorporación

2.5.2 ¿Cuáles son las medidas típicas de reestructuración de financiación de empresas en su Estado? ¿Intervienen los notarios habitualmente en este ámbito?

En caso de constitución de garantías.

2.6 Concurso

2.6.1 ¿Asumen los notarios tareas especiales en caso de concurso o quiebra de una empresa? En caso afirmativo, ¿cuáles son?

No. Solo se exige para iniciar el procedimiento de concurso ordinario copia del acta de juntas de accionistas que así lo decida, que puede presentarse en certificación de reproducción o copia certificada notarial.

2.6.2 Si los notarios intervienen: ¿Cuáles han sido los mayores cambios en el ámbito del derecho concursos en los últimos 20 años? ¿Tuvieron éstos un impacto en las actividades de los notarios?

Hace 20 años se reguló un procedimiento concursal preventivo, con presentación de solicitud, reconocimiento de créditos y realización de junta de acreedores con presencia de notario, tuvo un impacto inicial por tratarse de una materia novedosa. La actual legislación no prevé esa intervención.

2.7 Protección del consumidor

2.7.1 ¿Proporcionan los notarios una protección especial a los consumidores y a las PYME en el contexto de los créditos?

La Ley 30908 prevé la libre elección de los notarios para formalizar actos y contratos vinculados con los créditos que otorguen las instituciones bancarias o financieras, principalmente compraventas y otorgamiento de hipotecas, esta ley se una precisión al Código de Protección al Consumidor. Su vigencia está limitada por la actuación poco transparente de las instituciones bancarias o financieras, que trabajan con algunos notarios de su elección.

3 Digitalización:

Constitución de sociedades en línea. A propósito de la Directiva Europea. Implementación. Ventajas y desventajas.

3.1 ¿Es posible en su país constituir una sociedad en línea sin que una de las partes comparezca personalmente ante las autoridades competentes (notario, registro) o se está planeando esa posibilidad?

Sí		No	X
----	--	----	---

Si esta posibilidad no existe todavía, pero está prevista, las siguientes preguntas se refieren al trámite previsto.

3.2 Inscripción en el Registro Mercantil

Estas preguntas se refieren únicamente a la inscripción de una empresa en un registro, no a la celebración del contrato de sociedad (véanse las preguntas siguientes).

3.2.1 ¿Se mantiene el Registro Mercantil (también) de forma digital?

No.

3.2.2 ¿Es posible la solicitud al Registro Mercantil (también) de forma digital?

Si.

3.2.3 ¿Interviene el notario en la solicitud al Registro Mercantil?

Si.

3.2.4 ¿Es posible consultar el Registro Mercantil (también) de forma digital?

Si.

3.3 Constitución en línea (contrato de sociedad y acta sobre la constitución)

Estas preguntas se refieren a la celebración del contrato de sociedad, al acta sobre la constitución y a los acuerdos parecidos, pero no a la inscripción en el registro (para esto, véase las preguntas anteriores).

3.3.1 ¿Interviene el notario en la constitución en línea (contrato de sociedad y acta sobre la constitución) o está previsto que lo haga?

Sí	X	No	
----	---	----	--

3.3.2 Consideraciones fundamentales:

3.3.2.1 ¿Para qué tipos de empresas está prevista la constitución en línea?

Para las empresas individuales de responsabilidad limitada, sociedades anónimas cerradas y sociedades comerciales de responsabilidad limitada, con comparecencia presencial ante el notario.

3.3.2.2 ¿La constitución en línea se limita a la constitución por personas físicas o jurídicas? Si ambos casos son posibles, ¿quiénes son más propensos a participar en las constituciones en línea?

Las personas físicas.

3.3.2.3 ¿La constitución en línea se limita a la constitución por personas individuales? En caso negativo, ¿quiénes participan habitualmente en las constituciones en línea? ¿Personas individuales o grupos de personas?

Personas individuales y grupos de personas.

3.3.2.4 ¿Las constituciones en línea se limitan a las constituciones con una contribución en efectivo?

En caso negativo, ¿son más comunes las contribuciones en efectivo o las contribuciones en especie?

Las más comunes son las contribuciones en efectivo (depósitos en cuenta o transferencias bancarias) o en especie (bienes muebles).

3.3.3 Contacto y preparación:

3.3.3.1 ¿Se utiliza una plataforma especialmente desarrollada para toda la puesta en marcha en línea (incluidos, por ejemplo, el contacto y la preparación) o se utilizan programas de terceros (por ejemplo, Dropbox, Skype, FaceTime, correo electrónico)?

Plataformas especiales a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP y del Ministerio de la Producción.

3.3.3.2 ¿Cómo se garantiza la seguridad informática de estos sistemas?

P.ej., protección contra ciberataques

Depende de cada entidad pública a cargo de estos sistemas

3.3.3.3 ¿Puede el fundador seleccionar y contactar con un notario a través de la plataforma?

Sí.

3.3.3.4 ¿Puede el fundador proporcionar al notario información sobre la constitución prevista por medios electrónicos con antelación?

No, solo lo hace a través de las dos plataformas especiales a cargo de ambas entidades públicas, quienes emiten el formato de pacto social y estatuto que el notario formaliza en escritura pública, formato que debería estar a cargo de los notarios.

3.3.3.5 ¿Puede el notario proporcionar al fundador un modelo de la escritura de constitución de sociedad por medios electrónicos con antelación?

No, por las razones de la respuesta anterior.

3.3.4 Identificación de las partes implicadas:

3.3.4.1 ¿Se utiliza una herramienta de videoconferencia para la autenticación? ¿Es el uso obligatorio o facultativo?

Se utiliza en la plataforma del Ministerio de la Producción, para luego el notario extender una escritura unilateral sin intervención de los otorgantes. La plataforma de SUNARP no prevé la videoconferencia, pero la comparecencia ante el notario es presencial para los otorgantes, extendiéndose la escritura pública con la intervención de estos últimos.

3.3.4.2 En caso afirmativo, ¿se utiliza una herramienta de videoconferencia específica para la autenticación o se utilizan programas de proveedores terceros (por ejemplo, Skype, FaceTime, Teams)?

La herramienta es la que utiliza la plataforma especial del Ministerio de la Producción.

3.3.4.3 ¿Cómo se garantiza la seguridad y confidencialidad del sistema?

P.ej., protección de datos, seguridad contra ciberataques

Depende de cada plataforma especial.

3.3.4.4 ¿Cómo se identifican las partes en el momento de la autenticación?

	Obligatorio	Opcional	No está previsto
Se piden datos a la persona	X		
El documento de identidad se acerca a la cámara	X		
Las características de seguridad del documento de identidad se comprueban con la cámara (Videoident)			X
Los datos del documento de identidad se leen electrónicamente			X
La foto del documento de identidad se lee electrónicamente			X
La foto del documento de identidad se compara con la persona del vídeo	X		
Otros: 			

Comentarios, si procede:

3.3.4.5 ¿Es posible la constitución en línea también para la constitución con mandato?

Sí es posible pero no muy utilizado.

3.3.4.6 ¿Qué medidas se prevén contra el uso indebido en la identificación?

P.ej., el uso de identificaciones falsas o manipuladas, el uso de identificaciones robadas, el apoderamiento encubierto

La verificación biométrica de los otorgantes.

3.3.4.7 ¿Es la seguridad de la identificación en línea tan alta como la de la identificación en persona ante un notario?

Es más segura.

3.3.4.8 En su opinión, ¿la identificación es suficientemente segura?

Es segura.

3.3.5 Prestación de asesoramiento a las personas implicadas

3.3.5.1 ¿Permite el trámite un asesoramiento personal e individual de las partes implicadas, por ejemplo, en el contexto de una videoconferencia?

No se aplica.

3.3.5.2 ¿Permite el trámite modificar los documentos durante la autenticación de acuerdo con los deseos de las partes implicadas y mostrar las modificaciones a las partes implicadas?

No se aplica.

3.3.6 Firma

3.3.6.1 ¿Cómo se firma la escritura?

Notario:	
Firma notarial en papel	<i>Si</i>
El notario firma digitalmente con una simple firma electrónica (p.ej. inserción de una firma escaneada)	<i>No se aplica.</i>
El notario firma digitalmente con una firma electrónica avanzada	<i>No se aplica.</i>
El notario firma digitalmente con una firma electrónica cualificada	<i>No se aplica.</i>

Partes implicadas:	
El notario firma para las partes	<i>No se aplica.</i>
Las partes firman digitalmente con simples firmas electrónicas (p.ej. inserción de una firma escaneada)	<i>No se aplica.</i>
Las partes firman digitalmente con firmas electrónicas avanzadas	<i>No se aplica.</i>
Las partes firman digitalmente con firmas electrónicas cualificadas	<i>No se aplica.</i>
Otros:	

Comentarios, si procede:

3.3.7 Escritura digital

3.3.7.1 ¿Se ha creado una nueva escritura digital (es decir, el original de la escritura existe exclusivamente en formato digital)?

No.

3.3.7.2 ¿Se puede facilitar a las partes la escritura o una copia de la misma en formato digital?

Si, los traslados pueden ser en formato digital, conforme a la Ley del Notariado

3.3.7.3 ¿Se puede remitir la escritura digital al registro?

Los partes se emiten en formato electrónico

3.3.7.4 Si es posible remitirla al registro en formato digital, ¿lo hace el notario?

Si, con una firma digital

3.3.8 Competencias:

3.3.8.1 ¿Constituye la competencia notarial de constitución en línea una competencia exclusiva?

¿Pueden exclusivamente los notarios realizar la constitución en línea o también otros grupos profesionales?

No.

3.3.8.2 ¿Qué notarios de su Estado tienen competencia (local y temática) para constituir una sociedad en línea?

¿Pueden los ciudadanos elegir cualquier notario en su Estado, o su elección está limitada a determinados notarios (p. ej., en una circunscripción)?

No se aplica.

3.3.8.3 ¿Los fundadores nacionales que se encuentran en el extranjero también pueden crear una empresa en línea?

(p. ej., ¿puede un notario italiano realizar una constitución en línea con un ciudadano italiano residente en Alemania?)

No se aplica.

3.3.8.4 ¿Pueden los fundadores extranjeros que se encuentran en el territorio de su país de origen constituir también una sociedad en línea?

(p. ej., ¿puede un notario italiano realizar una constitución en línea con un ciudadano alemán residente en Italia?)

No se aplica.

3.3.8.5 ¿Difieren las reglas de competencia para la constitución de una sociedad en línea de las de la constitución de una sociedad en presencial?

No se aplica.

30° Congreso Internacional del Notariado
Coordinador Internacional Tema II
Prof. Dr. **Jens BORMANN**, LL.M. (Harvard)
– Notario–
Presidente

Bundesnotarkammer
Mohrenstrasse 34
D-10117 Berlín
Teléfono: +49 30 3838 66-0
Correo electrónico: j.bormann@bnotk.de
www.bnotk.de

30° Congreso Internacional del Notariado
Coordinador Internacional Tema II
Dr. **Peter STELMASZCZYK**
Maître en Droit (París 1 - Panthéon-Sorbonne)
– Candidato notario–
Director General

Bundesnotarkammer
Avenue de Cortenberg 172
B-1000 Bruselas
Teléfono: +32 2 737 90 00
Correo electrónico: p.stelmaszczyk@bnotk.de
www.bnotk.de

1^{er} PREMIO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA



LA CERTIFICACIÓN NOTARIAL DE AJUSTE RAZONABLE PARA LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

PONENCIA GANADORA: MÉXICO

SEUDÓNIMO: LA COFRADÍA DE LOS CUATRO EVANGELISTAS

DR. RENÉ CANO ARIZA Y DRA. TERESITA DE JESÚS OLIVERA AGUILAR



IDIOMA
ORIGINAL



FRANÇAIS



ENGLISH





RESUMEN

El texto defiende la idea de que las personas con discapacidad disponen, como cualquier otra, de una capacidad jurídica universal y deben poder expresar y ejercer su voluntad en igualdad ante la ley. Basándose en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), explica las nociones de dignidad, igualdad y no discriminación, critica los antiguos regímenes de incapacidad fundados en la deficiencia mental y promueve un modelo de toma de decisiones «con apoyos» (personas de apoyo, salvaguardias, ajustes razonables) en lugar de la sustitución.

La obra se centra en el papel central del notario latino: profesional del derecho investido de una función pública, debe ejercer un control de conformidad con los derechos humanos, ofrecer ajustes razonables (lenguaje claro, formatos de lectura fácil, medios de comunicación adaptados, entrevistas repetidas, etc.) y certificar que la voluntad, las preferencias y el consentimiento de la persona con discapacidad han sido realmente respetados. Propone finalmente un modelo tipo de certificación notarial de los ajustes razonables, redactado en lenguaje accesible, para asegurar jurídicamente la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad y la responsabilidad del notario.



RÉSUMÉ

L'ouvrage vainqueur du Prix défend l'idée que les personnes handicapées disposent, comme toute autre, d'une capacité juridique universelle et doivent pouvoir exprimer et exercer leur volonté en égalité devant la loi. S'appuyant sur la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), il explique les notions de dignité, d'égalité et de non discrimination, critique les anciens régimes d'incapacité fondés sur la déficience mentale et promeut un modèle de décision « avec soutien » (personnes de soutien, sauvegardes, ajustements raisonnables) plutôt que de substitution.

L'ouvrage se concentre sur le rôle central du notaire de type latin : professionnel du droit investi d'une fonction publique, il doit exercer un contrôle de conformité aux droits humains, offrir des ajustements raisonnables (langage clair, formats de lecture facile, moyens de communication adaptés, entretiens répétés, etc.) et certifier que la volonté, les préférences et le consentement de la personne handicapée ont été réellement respectés. Il propose enfin un modèle type de certification notariale des ajustements raisonnables, rédigée en langage accessible, pour sécuriser juridiquement la manifestation de volonté des personnes handicapées et la responsabilité du notaire.



SUMMARY

The text argues that persons with disabilities, like anyone else, have universal legal capacity and must be able to express and exercise their will on an equal basis before the law. Drawing on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), it explains the notions of dignity, equality and non discrimination, criticizes old incapacity regimes based on mental impairment, and promotes a "supported decision making" model (support persons, safeguards, and reasonable accommodation) instead of substitute decision making.

The work focuses on the central role of the Civil Law notary: a legal professional vested with a public function, who must exercise a human rights compliant review, provide reasonable accommodations (plain language, easy to read formats, adapted means of communication, repeated interviews, etc.), and certify that the person's will, preferences and consent have truly been respected. It finally proposes a model form of notarial certificate of reasonable accommodations, drafted in accessible language, in order to legally secure both the expression of will of persons with disabilities and the notary's responsibility.



UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

MARZO DE 2025

**LA CERTIFICACIÓN NOTARIAL DE
AJUSTE RAZONABLE PARA LA
MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD**

Propuesta de redacción

AUTORES SEUDÓNIMO: “LA COFRADÍA DE LOS CUATRO EVANGELISTAS”



Contenido

Catálogo de abreviaturas	74
Introducción.....	75
I.El Ser Humano y sus derechos.	78
1.1 La Dignidad Humana.	78
1.2 Los Derechos Humanos.....	88
1.3 El Derecho Humano al Igual reconocimiento ante la Ley	95
1.4 La Discapacidad es una variación humana	107
II.El régimen de Toma de Decisiones para la manifestación de voluntad.	118
2.1 La Atribución y Certificación de la Voluntad.....	118
2.2 Consentimiento simple o consentimiento informado	128
2.3 La persona de apoyo en la toma de decisiones: su designación en instrumento público ante notario	133
2.4. Las salvaguardias y la influencia indebida	158
III.La persona notaria como prestador de Ajustes razonables.	165
3.1 Los Ajustes razonables para las personas con discapacidad.....	165
3.2 Principio de mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias	173
3.3 La obligación que tiene la persona notaria para implementar los ajustes razonables en su actuación notarial.....	175
3.4 Propuesta del diseño universal de la certificación notarial de ajustes razonables para la manifestación de voluntad.	184
Conclusiones	190
Bibliografía	196

Catálogo de abreviaturas

CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
CDPD	Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007
Coord.	Coordinador
DHC	Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789
DUDH	Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948
DPC	Derechos de las Personas con Discapacidad
edit.	Editorial
CEFDN	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	Obra citada
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PATD	Persona de apoyo para la toma de decisiones
pág.	Página
págs.	Páginas
PCD	Personas con Discapacidad
UINL	Unión Internacional del Notariado

Introducción

La dignidad humana es el fundamento de todos los derechos humanos. Sin embargo, históricamente, las persona con discapacidad (PCD) han enfrentado barreras y obstáculos que les han impedido ejercer sus derechos de manera plena. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007 (CDPD) establece que las PCD tienen los mismos derechos y libertades que las demás personas.

Es considerada como el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI que se basa en principios y valores fundamentales, como el de la dignidad humana, la igualdad, en su sentido material y no meramente formal y la no discriminación. Su artículo 12 establece que todas las personas, independientemente de su discapacidad, tienen derecho al igual reconocimiento ante la ley y a ejercer su capacidad jurídica universal por sí mismas en iguales condiciones que las demás.

De hecho, este artículo es considerado como el corazón latente de la propia CDPD. Por tanto, las PCD tienen derechos y pueden ejercerlos por sí mismas, al ser personas iguales ante la ley. Algunos conceptos clave de la CDPD para el ejercicio de la capacidad jurídica universal de la PCD son los apoyos, los salvaguardias y los ajustes razonables. Los profesionales del derecho, en especial los notarios, debemos involucrarnos.

La inclusión de la discapacidad es un asunto de todos, incluyendo desde luego al notariado latino. En este contexto, el notariado juega un papel fundamental como garante institucional en el ejercicio de la capacidad jurídica universal al ser un apoyo institucional y un prestador de ajustes razonables. En este sentido, la obligación de

implementarlos en la actuación notarial es crucial para garantizar que las PCD puedan ejercer sus derechos y libertades de manera plena.

De conformidad con los párrafos 60 y 77, del *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las PCD al igual reconocimiento como persona ante la ley*, ha recomendado la “capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios”, poniendo énfasis en el notariado latino; con la finalidad de comprender la importancia del reconocimiento de la capacidad jurídica universal de las PCD a través de la toma de decisiones mediante apoyos, salvaguardias y ajustes razonables.

Ahora bien, este ensayo se encuentra compuesto de tres capítulos en los que se analizan los aspectos relacionados con la dignidad humana, la discapacidad y el derecho humano al igual reconocimiento ante la ley de las PCD, el régimen de toma de decisiones para la manifestación de voluntad, así como su atribución, certificación y anulación, principalmente, la participación del notariado latino como prestador de ajustes razonables.

Finalmente, se presentará una propuesta para el diseño universal de la certificación notarial de ajustes razonables para la manifestación de voluntad de la PCD en atención al artículo 4 inciso f) de la CDPD en relación con el párrafo 26 letra c) de las Observaciones Finales sobre el informe inicial de Turquía de la Relatora Especial en el que se ha exigido que se vele por el cumplimiento de los procedimientos notariales para garantizar los derechos de las PCD.

Nuestra propuesta de certificación es redactada en un lenguaje claro que permite la accesibilidad cognitiva y brinda a su vez, seguridad jurídica a la PCD y al notario de que se cumplió en proporcionar los ajustes razonables necesarios para garantizar la comunicación que expresará la voluntad de la PCD. Pues, como constataremos

a lo largo de este ensayo, la CDPD y el trabajo interpretativo de ésta, refieren que los notarios deben proporcionar ajustes razonables a las PCD para el ejercicio de su capacidad jurídica universal.

Los autores

La cofradía de los cuatros Evangelistas.

I. El Ser Humano y sus derechos.

1.1 La Dignidad Humana.

Nadie es más ser humano que otro, nadie es más persona que otra, nadie es más valioso que otro. La dignidad denota un valor moral de igualdad universal que se encuentra implícito en la persona humana y que se constituye como un atributo indispensable en la formación de los derechos humanos. Es decir, la dignidad humana se traduce, como el ser merecedor al reconocimiento de que toda persona es un ser humano. Se trata, por lo tanto, de un principio jurídico universal.

Este principio, junto con la autonomía de la voluntad y la universalidad, integran la teoría deontológica de los derechos humanos¹. A su vez, su importancia radica en ser, además, la *“base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad”*², ya que la persona humana por el mero hecho de serlo no debe ser tratada como un objeto, ni mucho menos humillada, degradada o cosificada.

Desde luego, como es lógico, existe una estrecha relación entre la persona y la dignidad; especialmente, desde lo filosófico; Santo Tomás de Aquino, afirmó que: *“Al hablar de personas ha de entenderse que se incluye su dignidad”* y agrega: *“las personas son de más dignidad que las cosas, puesto que las cosas son para las*

¹ Álvarez Ledesma, Mario I. *“Derechos Humanos. Una visión multidimensional.”* McGraw Hill, México, 2023, pág. 24

² En México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante Jurisprudencia, se ha pronunciado por considerar que la “dignidad humana” es un principio que permea en todo el sistema jurídico mexicano al ser un derecho fundamental, cuya importancia radica en ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, pág. 633. Registro Digital: 2012363

personas, y no al contrario”.³ En consecuencia, se debe enfatizar que la dignidad es exclusiva de las personas físicas y no así de las personas morales.⁴

La palabra “dignidad” procede del latín “*dignitas*”, es un sustantivo abstracto que a su vez deriva del adjetivo “*dignus*”, que significa “*digno*”, y del verbo impersonal “*deceť*”, o de “*decnus*”⁵, que tiene su traducción en las palabras “correcto”, “apropiado”, “adecuado”, “lo que conviene”; de esta forma, el vocablo “dignidad”, a nuestro entender, conlleva implícitamente en su significado un valor, el ser merecedor o digno de respeto.

De tal suerte, que la palabra “dignidad”, a su vez excluye, lo que puede ser indigno, infame, humillante, de la degradación del ser humano por el mismo. Es decir, la dignidad humana evoca el valor que tiene la persona. Por tanto, las personas poseen dignidad porque tienen valor, tienen un estatus o un rango de carácter social. Es un enunciado ético y una construcción filosófica para justificar el origen de los derechos humanos.

La dignidad que por sí mismo le considera un valor al individuo, encuentra su razón de ser, en el reconocimiento de la existencia de la naturaleza humana. Naturaleza que conlleva una característica unívoca, pues tiene un solo significado: un ser de

³ Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, II, II, q. 63, Porrúa, México, 1985, pág. 162

⁴ La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Jurisprudencia, consideró que las personas morales no gozan de ese derecho, debido a que: “... es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que son inherentes al ser humano como tal”. Tesis 2a./J. 73/2017 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 43, junio de 2017, Tomo II, pág. 699. Registro Digital: 2014498. Sin embargo, conforme al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, existe el reconocimiento como titulares de los derechos humanos a las comunidades indígenas y tribales, así como a las organizaciones sindicales.

⁵ Wark, Julie. “*Manifiesto de derechos humanos*.” Barataria, Barcelona, 2011, pág. 96

carácter racional. Un individuo que, a diferencia del resto de los animales, es capaz de utilizar la razón, somos un animal que puede obtener conclusiones a través de ideas. Es una “especie diferente” de cualquier otra que se encuentre en la Tierra.

Para comprender la esencia del principio de dignidad humana, simplemente debemos evocar la prueba denominada “*segundo imperativo categórico*” de Immanuel Kant, o la denominada “*Regla de Oro*” de John Maxwell. Para Kant, se debe: “*actuar de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.*” Lo que para Maxwell se traduce en: “*Trata los demás como te gustaría que te trataran.*”⁶

Es decir, el principio de la dignidad humana estriba en tratar a las personas como un fin en sí mismo y no como un objeto, como una cosa. Es decir, cualquier abuso en el que se trate a la persona como un objeto, menoscabando sus preferencias o intereses beneficiando a otros y obteniendo una ventaja, se vulnera dicho principio. En cambio, si la persona es tratada en función de sus propias decisiones libres y voluntarias, se dice que se está respetando su dignidad.

A través del imperativo categórico, el ser humano razona si una determinada acción es conforme o contraria al bien; se sabe lo que es correcto o incorrecto sea en el ámbito personal o social. De esta manera, el imperativo categórico, se deduce de la tendencia de la naturaleza racional humana a buscar el bien, “*bonum est faciendum*,

⁶ Álvarez Ledesma, Mario I. *op. cit.* págs. 42-43

malum vitandum”, la cual es previa a cualquier conocimiento intelectual⁷. Tendrá un carácter universal y no admite ninguna exclusión al devenir de la ley natural.

Por tanto, el imperativo categórico se aplica a cualquier situación, y forman parte de las denominadas “normas-precepto originarias”, que posteriormente tendrán las características de la ley natural, con lo cual su suspensión comprometería los derechos fundamentales de la persona, asimismo tendrán las características del derecho positivo, cuando la autoridad legislativa las reconozca como válidas.⁸

El imperativo categórico kantiano establece una norma absoluta de conducta de carácter universal; es decir, de aplicación uniforme a un número indeterminado de situaciones. Bajo esta premisa, se afirma que el imperativo categórico kantiano ha inspirado el desarrollo de los derechos humanos, debido a que consagra las ideas de igualdad como una universalidad, libertad a través del principio de autonomía de la voluntad, y desde luego, el de la dignidad del hombre, como un fin en sí mismo.⁹

La dignidad humana, es en sí, el fin propio que debe realizar por su propia decisión, pues la persona tiene libre albedrío, en donde puede diferenciar entre lo bueno y lo

⁷ Aspe Hinojosa, Roberto. “*Los Fines del Derecho*”. Porrúa, México, 2003. pág. 159. Se traduce en “*Hacer el bien y evitar el mal*”.

⁸ *Ibidem*, pág. 171, el autor señala: “A manera de ejemplo diremos que el respeto a la vida es una norma-precepto originaria que permanece en potencia y que debe actualizarse a las circunstancias concretas en las que la vida del hombre corra peligro. Así, cuando se legisla sobre la eutanasia o el aborto, el legislador tendrá que confrontarse con la norma-precepto originaria para identificar que en estos casos el bien del hombre tiene prioridad y es el bien al que se debe proteger. Cuando surjan otras circunstancias que pongan en riesgo la vida de las personas por el uso de técnicas o experimentaciones científicas como podría la experimentación embrionaria, la norma-precepto originaria deberá actualizarse al nuevo objeto y promulgar una nueva ley positiva que proteja al hombre de los arbitrios que podrían sufrir con la aplicación mal intencionada de los nuevos descubrimientos de la ciencia. De esta forma, la ley positiva que proteja el bien del hombre en el ordenamiento civil será derecho natural y su infracción será considerada un atentado contra la persona misma.”

⁹ Atienza, Manuel. “*Introducción al Derecho*”. Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003. pág. 116

malo. Este principio de dignidad humana, si bien surge de la naturaleza racional del individuo, lo encontramos positivizado en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945¹⁰ y en el propio preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH), aprobada por las Naciones Unidas en 1948.¹¹

En Europa, se instituye como un derecho fundamental, prueba de ello es el artículo 1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000¹², que señala que: *“la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.”* De esta manera el legislador europeo, reconoce un derecho de carácter esencial para el ser humano como lo es la dignidad de la persona con independencia de la situación en la que se encuentre.

Pero también, lo encontramos positivizado de manera clara en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949, al establecer que: *“La dignidad del hombre es sagrada¹³ y constituye un deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.”* Dicha legislación, es un

¹⁰ Su preámbulo refiere que: *“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos...”* *“...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...”* Visible en <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble> Consultado el 12 de febrero de 2025

¹¹ El primer párrafo del preámbulo menciona que: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”*, así como el quinto párrafo señala que: *“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;”* Visible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> Consultado el 12 de febrero de 2025.

¹² Visible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf Consultado el 15 de febrero de 2025.

¹³ La connotación de “Sagrada” en esta versión al español, ha tenido otra traducción como “invulnerable”. Visible en <https://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/public/paises/aleconst.htm> Consultado el 12 de febrero de 2025

ejemplo del enorme esfuerzo por proteger, después de la Segunda Guerra Mundial, los valores humanos por parte del pueblo judío, que sufrió del nazismo.

Por lo tanto, es a partir de los horrores suscitados en esta guerra que dan origen a la noción de dignidad humana como un concepto jurídico constitucional que surge de la doctrina alemana y que posteriormente será reforzado por el constitucionalismo europeo. Por ello, no es ajeno a que Immanuel Kant, haya elaborado un enunciado ético basado en dogmas sobre derechos fundamentales a favor del ser humano como su principal fuente jurídica.¹⁴

La dignidad humana establece enunciados jurídicos-normativos, así como un discurso ético-valorativo. Su incorporación tanto a los preámbulos de las convenciones internacionales, así como de las mismas constituciones, tiene una característica común: no se define su significado, ni mucho menos se concreta, solo se ciñe en afirmar que todos los seres humanos son dignos; se trata de un “*nodo simbólico y una fórmula huera*”.¹⁵

La dignidad humana, se concibe a su vez, como un derecho, pero también como un deber ético al imponer a los demás seres humanos, el compromiso de contribuir a su libre e igual desarrollo como persona. Por ello, como ya se mencionó, es el fundamento de los derechos humanos, es lo que legitima que todos los derechos sean reconocidos por el ordenamiento jurídico. Lo que demuestra la existencia de una vinculación jurídico-constitucional entre la dignidad y los derechos humanos.

¹⁴ Chueca, Ricardo. “*La Marginalidad Jurídica de la Dignidad Humana*” en “*Dignidad Humana y Derecho Fundamental*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 37, señala: “*Pero se trata de una pirueta histórica. Al situar a la dignidad humana en la posición de fuente jurídica de todo derechos humano o fundamental a mediados del siglo XX, amparándose en el denominado imperativo kantiano, se estaba reconstruyendo la historia.*”

¹⁵ *op. cit.* pág. 31

Al ser humano se le ha de respetar sus derechos precisamente por lo que es, por pertenecer a la raza humana. Es un derecho a ser tratado como persona porque su dignidad interesa. Esta dignidad que nadie la puede quitar porque forma parte de la esencia del ser humano. Por lo tanto, la dignidad simplemente se posee, se tiene, lo que denota que tenga características universales y de igualdad, reconociéndole el carácter del derecho fundamental de los derechos humanos.

Se trata de un valor, de un derecho a ser respetado y la obligación a su vez de respetar a las demás personas. Debe existir un respeto tanto en lo individual como personas y en lo colectivo como integrantes de una sociedad. Bajo un supuesto lógico, podemos afirmar que, si todos los seres humanos tienen los mismos derechos, es preciso, que también se respeten los derechos ajenos debido a que exigiremos a que se nos respete.

De tal suerte, que la dignidad humana puede considerarse como un principio constitucional, como un derecho fundamental o como un valor fundamental del cual emanan otros valores, como la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad. Es por eso, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la ha considerado como *“el valor supremo en el sistema axiológico de los derechos fundamentales y forma parte de los principios constitucionales básicos.”*¹⁶

A su vez, la dignidad humana, ha sido evocada en la Constitución italiana, española y peruana como un valor fundamental.¹⁷ Esta evocación como valor fundamental de

¹⁶ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 6, 32 (36,41) citado por Gómez Orfanel, Germán, *“La Dignidad de la Persona en la Grundgesetz”* en *“Dignidad Humana y Derecho Fundamental”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 57

¹⁷ Artículo 41 párrafo segundo de la Constitución de la República Italiana, Artículo 1 de la Constitución de la República Federal Alemana, Artículo 10 de la Constitución Española y el Artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

carácter ético jurídico se concretó desde los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, Francia y Estados Unidos para posteriormente establecerse como un estándar valorativo del derecho positivo en los países democráticos y en el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁸

Así, la dignidad humana tiene una estrecha relación con el valor a la vida, y a su proyecto. Se debe entender que el proyecto de vida de una persona es el plan que todo ser humano tiene y puede tener con el cual elige o decide después de valorar diversas posibilidades lo que será de su vida. Es una decisión que toma al ser libre y racional; afirmación que se sustenta en lo señalado por Cicerón al referir que los hombres tienen igualdad y dignidad, lo que permite distinguir entre lo justo y lo injusto.¹⁹

Es simplemente la libertad de elegir lo que le conviene para su futuro. Es una atribución que forma parte del derecho más esencial que tiene el ser humano, que es su vida²⁰. El daño al proyecto de vida es un menoscabo que afecta la realización personal del individuo en perjuicio de su libertad; ya que tiene el derecho de establecer y llevar a cabo sus proyectos en los que pueda desarrollarse. Por tanto, perturba su libertad para llevar a cabo la planeación de sus metas en la vida.

No es necesariamente lo que la persona hacía, sino lo que había planeado llevar a cabo y hacia donde estaba orientado o lo quería llevar a cabo con su vida. Es una

¹⁸ Álvarez Ledesma, Mario I. *“Introducción al Derecho”* Mc Graw Hill, México, 2020, pág. 375

¹⁹ *Ibidem*, pág. 392

²⁰ Al respecto, Fernández Sessarego, Carlos, *“Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida”*, en *Reformas Legislativas. Debates doctrinarios*. Código civil y comercial n° 2 Año I, Juan Martín Alterini, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Infojus, 2015, pág. 11; señala que: *“Lo único cierto es que todos los seres humanos, consciente o inconscientemente, poseen un proyecto de vida.”*

figura jurídica que es reconocida en el ámbito internacional de los derechos humanos. Por tanto, la reparación del daño por parte del Estado es un principio de derecho internacional para restituir a la víctima del daño de una forma oportuna cesando las consecuencias de la transgresión bajo el principio de no-repetición.

La dignidad humana, es el derecho fundamental del que derivan otros derechos, entre los que se encuentran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que consiste en el reconocimiento de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin que exista coacción ni controles injustificados por parte del Estado. Comprende diversos aspectos de libertad en la vida del individuo, desde decidir en contraer matrimonio, procrear hijos o su apariencia física. Es un derecho a ser individualmente como se desea y quiere ser, con el fin de que la persona pueda cumplir sus propias metas u objetivos, de acuerdo con sus valores, sus ideas, sus expectativas o sus gustos. Es la manera en que desea proyectarse y vivir su vida de manera libre y autónoma, a lo que solo a ella le corresponde decidir. Es un derecho que permea en todos los aspectos de su vida, desde la libertad de escoger su profesión hasta la libertad de su percepción sexual. Por tanto, la dignidad llega a vulnerarse cuando se atenta contra la voluntad de la persona, incluso en aquellos casos en los que pretenda gestionar a la persona algún bien sin tomar en cuenta su voluntad. De tal suerte, que la dignidad humana como la autonomía de la voluntad de la persona, son particularidades de carácter moral reconocidos universalmente de los cuales derivan los denominados derechos humanos.

Y es que además de poseer un carácter universal debiendo de ser respetadas en todo lugar, esos derechos humanos permiten que se desarrollen en distintos

ámbitos de la vida de la persona, al considerarlo como un sujeto con capacidad para tomar sus propias decisiones por sí mismo, elemento *sine qua non*, y de gozar de dignidad para exigir sea tratado como persona y, por ende, sea respetado.

En definitiva, la dignidad humana, es la base de los derechos en los cuales se producen otros derechos: es el “derecho a tener derechos”. A su vez, es un principio, el principio de la igualdad-dignidad humana del que derivan la denominada “cláusula de igualdad y no discriminación”. Es universalmente válido y asequible a la razón humana. Se refiere a la igual dignidad de la especie humana por lo que se prohíbe llevar acciones que se basen en diferencias sobre las cualidades del ser humano.

No puede admitirse el que se realicen diferencias previas de valoración entre la raza humana con base a criterios, ya sea individuales o colectivos, pues ello con lleva a provocar un perjuicio precisamente en la dignidad de las personas. Como lo veremos más adelante, el principal objetivo de la CDPD es el reconocimiento de la personalidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de su vida.

Por otra parte, no debe olvidarse que el eje fundamental del ejercicio de la función notarial es la igualdad inclusiva y la no discriminación, preceptos que gozan ser reconocidos como principios y derechos fundamentales del hombre. Éstos, en el ámbito del derecho internacional, toman mayor relevancia cuando se interconectan con el principio de la dignidad humana al considerarse como elementos esenciales al ser regulados en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Es por ello, que cualquier individuo, ya sea investido o no de *jurisdictio* (juez o magistrado), *imperium* (autoridad administrativa) o de fe pública (notario, corredor

público, etcétera) le está prohibido realizar actos que generen discriminación y, en general, actos que atenten la dignidad humana.

1.2 Los Derechos Humanos

Mucho se ha escrito sobre lo que son y deben ser los derechos humanos. El presente trabajo no se aparta de describir qué son esos derechos con la finalidad de poder comprenderlos, pero no es nuestro objetivo establecer un tratado doctrinal sobre los mismos. Por lo tanto, nuestra intención es ser precisos sobre lo que representan los derechos humanos en los sistemas jurídicos y principalmente, ante los operadores jurídicos como lo es entre otros el notario latino.

A la necesaria pregunta de qué son los derechos humanos, podemos situar nuestra respuesta en distintos significados que dependerá del espacio y tiempo en donde se desarrollen y reconozcan dichos derechos, y que dependerá del jurista que consultemos. Es decir, tal y como sucede con el concepto de “dignidad humana”, lo encontramos invocado en las diferentes Constituciones Políticas de prácticamente la mayoría de los países del mundo, pero no hay una definición universal.

Uno de los grandes problemas que surgen al momento de definir lo que son los derechos humanos, es el confundir entre los niveles descriptivo y prescriptivo²¹. Ejemplo de ello, lo encontramos en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que refiere que: *“Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles solo podrán fundarse en la utilidad pública.”*²²

²¹ Pérez Luño, Antonio E. *“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 29

²² Documento disponible en formato electrónico visible en: <https://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm> consultado el 16 de febrero de 2025

Es decir, la mayoría de los textos que los refieren, los describen, pero no establecen un significado concreto. Por lo que consideramos pertinente advertir, para efectos prácticos de este ensayo; que la definición que se adopta tendrá un carácter multidimensional con el aspecto filosófico, político y jurídico en que históricamente se han desarrollado los derechos humanos. Para ello, nos apoyaremos en los comentarios académicos de Mario I. Álvarez Ledesma.

Este jurista mexicano, estudia los derechos humanos a través de la teoría de la justicia basándose en lo que racionalmente es justo para el ser humano. Su objetivo es aportar una visión científico-técnica y no fantasiosa de los derechos humanos como un simple dogma de fe, por lo que distingue entre leyes o políticas públicas que no respeten los derechos humanos, y principalmente, se acepta que los derechos humanos tienen más de una manera de interpretarse.²³

Pues precisamente, los derechos humanos, para poder ser entendidos íntegramente deben ser estudiados bajo dimensiones de tipo teórica-filosófica y política, hasta llegar a la dimensión jurídica. Cada una de estas, permiten percibir el desarrollo de sus distintas generaciones. Esta dimensión tiene su origen en los derechos naturales bajo la filosofía iusnaturalista-contractualista de los siglos XVII y XVIII de Hobbes, Locke, Kant y Rousseau.

En la dimensión política se realiza una transición fundamental dejando a un lado el lenguaje filosófico para establecer un lenguaje ideológico de tipo persuasivo. Es decir, se construyen declaraciones políticas como la del “Buen Pueblo de Virginia de 1776”

²³ Álvarez Ledesma, Mario I. “*Derechos Humanos. Una visión...*” *op. cit.* pág. 8

y la de los “Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, con el fin de que el hombre como ciudadano este legitimado para materializar esas ideologías en declaraciones de derechos, con ayuda de los movimientos revolucionarios.²⁴

Y, por último, en la dimensión jurídica, es donde los derechos naturales son positivizados en derechos humanos al ser reconocidos en normas constitucionales adquiriendo una eficacia reforzada, con lo cual se pasa de una simple declaración ideológica a una norma jurídica que también las garantiza. Al igual, es vital estudiar su aspecto histórico, de aquellos derechos que así se consideraron en un tiempo determinado, como la lista de derechos humanos de August Röder en 1846.²⁵

Bajo los anteriores aspectos, los derechos humanos se pueden definir como *“aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios como los de autonomía moral, dignidad y universalidad que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetros de justicia y legitimidad política”*²⁶.

Estas “exigencias éticas” cuando transitan al derecho positivo, los convierten en normas y principios jurídicos, que, al insertarse en la Constitución, se denominan derechos fundamentales, obteniendo el máximo estatus jurídico. Así, los derechos fundamentales, *droit fondamentaux*, poseen un sentido más preciso y estricto al ser

²⁴ *Ibidem*, pág. 103

²⁵ Pérez Luño, Antonio E. *op. cit.* pág. 51 señala que: “Ya en el pasado siglo los *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie* (1846) de August Röder, en donde se trazaba un minucioso catálogo de derechos y deberes humanos, algunos de ellos tan insólitos como el de no hacer preguntas embarazosas, o el de no entrar en una estancia sin hacerse anunciar, fueron objeto de la aguda ironía de Rudolf von Ihering”

²⁶ Álvarez Ledesma, Mario I. “Derechos Humanos. Una visión...” *op. cit.* pág.157

garantizadas por el derecho positivo. Surgen en Francia, en 1770 con el movimiento político que da origen a la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789 (DHC). Posteriormente, transitarán en Alemania, bajo la *Grundgesetz* de Bonn de 1949 denominándose como los *Grundrechte*. Por tanto, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que son reconocidos en la constitución; es decir se encuentran positivizados en el derecho interno en tanto que son considerados como derechos humanos cuando se encuentran plasmados en declaraciones y convenciones internacionales.²⁷

Es también en Alemania, en donde se elabora a finales del siglo XIX, un término que llega confundirse con los derechos humanos. Se trata de los derechos subjetivos públicos. Estos derechos se relacionan con el sistema de relaciones jurídicas entre el Estado como persona jurídica y los particulares. Existe una supra subordinación entre el Estado y los ciudadanos. Por tanto, se caracterizan por ser derechos universales, inalienables, progresivos, interdependientes e indivisibles.

Otro término que llega a confundirse con el término de derechos humanos es el de “garantía constitucional”. Se trata de reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales. Es decir, es el medio para garantizar algo, en su caso hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido violentado. Por tanto, las garantías son de carácter procesal, ya que son las herramientas para defender los derechos humanos.²⁸

²⁷ Pérez Luño, Antonio E. *op. cit.* pág. 33

²⁸ Carbonell, Miguel. “*Los Derechos Humanos. Régimen Jurídico y Aplicación Práctica*”. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. México, 2016, pág. 5

De esta manera, los derechos humanos permean en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, así como su protección, principalmente en aquellos países en los que se autodeterminen funcionar, principalmente, bajo un Estado Constitucional de Derecho. Así, desde una perspectiva histórica la teoría de los derechos humanos precede a la noción del Estado de Derecho. Como ya se comentó, bajo una dimensión política, los derechos humanos inspiran las propias políticas públicas.

Pues, bien, acorde con la evolución histórica del Estado y conforme a la Teoría Política, se han acuñado tres conceptos fundamentales: Estado de Derecho, Estado Democrático de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. Que, desde nuestro punto vista, la mayoría de los países contemplan un Estado Constitucional de Derecho, también conocido como neoconstitucionalismo, en el que las decisiones judiciales se justifican mediante la observación de la supremacía constitucional.

Puede definirse que el Estado de Derecho es: *“... aquel en el que están garantizados los derechos de libertad de los ciudadanos, en un segundo sentido, es aquel Estado en el cual el poder político está limitado por el derecho, y en un tercer sentido, es aquel Estado en el cual todo acto de ejercicio del poder político está sujeto al principio de legalidad”*.²⁹ Posteriormente, en una segunda etapa evolutiva, se concibe, el denominado Estado Democrático de Derecho.

En éste, se considera, además de la existencia de leyes, el respeto a los derechos humanos. Se dice que: *“Los fundamentos normativos del Estado de Derecho democrático se deben entender como el resultado de procesos de consulta y de toma de decisiones, que, por su parte, los constituyentes, a causa de los motivos*

²⁹ Guastini, Ricardo *“Note su Statu di diritto, sistema giuridico sistema politico, en Analisi e diritto”*, Roma 2002. pág. 170

históricos que sean, han asumido con la intención de crear una sociedad voluntaria y autodeterminada de miembros de Derecho en igualdad de condiciones.”³⁰

Por último, el Estado Constitucional del Derecho, tiene como característica que su actuación se debe regir bajo una norma suprema, generalmente denominada Constitución, que establece principios supremos y límites frente a las propias funciones del estado; dotando a los jueces, en ejercicio de la función jurisdiccional de un control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad en las normas que así lo consideren.

Pero tomando en consideración todo lo anterior, ¿existe algún deber legal por el cual el notario debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos? Consideramos que, aunque si bien, dada su propia naturaleza jurídica no es considerado como una autoridad, el notario, como particular que ejerce funciones públicas delegada por el Estado, tiene el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Esta afirmación la sustentamos desde dos vertientes: La Primera, evidentemente jurídica, a través del Derecho Internacional Público, al considerar que el ejercicio del control de convencionalidad³¹ es un deber legal, que si bien debe ser ejercido por los jueces y todo aquel funcionario que pertenece a la administración pública en

³⁰ Habermas, Jürgen, “*El Estado democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios*” disponible en formato electrónico en:

<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0101110435A/21009> consultado el día 16 de febrero de 2025

³¹ Es una obligación internacional a cargo de todas las autoridades para interpretar cualquier norma nacional de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus iuris interamericano. Es decir, cuando exista una incompatibilidad entre la norma nacional y los derechos humanos deberán de abstenerse de aplicar la norma nacional que los vulnera.

cualquiera de los niveles de gobierno; es un deber también de los particulares que ejercen funciones públicas, el ejercer el control de convencionalidad.

Por tanto, el notario al ser un particular que ejerce una función pública, dentro de su competencia, debe ejercer un control de convencionalidad. Esta afirmación lo podemos encontrar en tres precedentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: el caso *Gelman VS Uruguay* de 2011, el caso *Personas dominicanas y haitianos expulsados VS República Dominicana* de 2014 y el caso *Rochac, Hernández y otros VS El Salvador* de 2014.³²

La segunda vertiente, la encontramos en los principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino correspondientes a la Unión Internacional del Notariado (UINL). Principios que fueron *aprobados* por la Asamblea General de las Cámaras de Notarios miembros de la UINL Roma, Italia, el 8 de noviembre de 2005. En dichos principios, se establece claramente que el notario es un profesional del derecho que es titular de una función pública debido a que la ejerce a través de una *fiat* o patente. En definitiva, el notario al ser un particular que ejerce una función pública tiene en el ámbito de su competencia, el deber constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados de los que el Estado sea parte. Por tanto, los derechos humanos deben ser respetados por cualquier autoridad, los particulares y por aquellos particulares que ejercen funciones públicas como lo es la función notarial.

³² Estos casos pueden consultarse de manera resumida en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf> consultado el 16 de febrero de 2025

1.3 El Derecho Humano al Igual reconocimiento ante la Ley

Ab initio omnes homines liberi nascebantur, al inicio todos los hombres nacieron libres, según las Institutas de Justiniano. El ser humano al compartir la característica de libertad le procede su igualdad. Por tanto, el iusnaturalismo racionalista, considera que el punto de partida de la igualdad entre los seres humanos, lo es la libertad de estos. Posteriormente con la intervención del Estado, y la adhesión del hombre al contrato social, según Rousseau, se garantizan ambas.³³

Estas ideas que constituyen la denominada filosofía de la ilustración³⁴ serán materializadas por la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, en el que se establece: “*Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes de los cuales, cuando entran a estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o despojar a su posteridad...*”³⁵

Asimismo, el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece que: “*los hombres nacen libres y permanecen iguales.*” Nótese como la igualdad también es considerado como un valor universal. De este modo, el valor de la igualdad tiene una estrecha relación con el valor de la

³³ Soberanes Díez, José M. “*La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*”, Porrúa, México, 2001, págs. 12-13

³⁴ Esta corriente filosófica concibe que a través del uso de la razón humana gira los principales valores y creencias que fundamentan todas las instituciones sociales modernas creadas por el hombre de “buena voluntad” que guían a una “paz perpetua”, la constitución de una república o estado de derecho que pueda garantizar el contrato social. Sus principales exponentes son: Rousseau, Diderot, Dalember, Montesquieu, Voltaire, Condorcet y Condillac; entre otros. Puede consultarse a Cassier, Ernt. “*La Filosofía de la Ilustración*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pág. 277. Este autor al referirse a esta declaración de Virginia señala que: “... las mismas declaraciones norteamericanas se hallan bajo la influencia dominante del nuevo espíritu iusnaturalista.”

³⁵ Álvarez Ledesma, Mario I. “*Derechos Humanos. Una visión...*” *op. cit.* pág. 98

dignidad humana, pues todo atentado en contra de la igualdad equivaldrá a un menoscabo en la dignidad humana.

Aunque paradójicamente la anterior aseveración, es contraria a lo que Aristóteles pensaba al considerar que los hombres no eran iguales, sino desiguales y por lo tanto se tenía que dar un trato de igualdad proporcional; para él, la igualdad era una relación asimétrica: “*La relación de lo justo no es la misma la del sirviente al hombre libre, que la del hombre libre al sirviente*” y asimetría debía ser considerada bajo una regla de proporción.³⁶

Bajo este pensamiento, Aristóteles distingue entre una justicia correctiva o conmutativa y una justicia distributiva. En la primera, juzga impersonalmente las cosas y las acciones en base a un valor objetivo, en donde nadie puede recibir más de lo que da sin considerar los méritos personales. En cambio, en la justicia distributiva se busca que la repartición cada uno reciba de manera proporcional lo que les corresponde conforme a sus méritos buscando una igualdad justa.³⁷

Si bien, estas declaraciones políticas que transitaron a lo jurídico, cuando se positivizaron y se convirtieron en reglas exigibles para los gobernados, representaron un *momentum* histórico para los derechos humanos; lamentablemente no fueron eficientes, pues, excluyeron los derechos de las personas pertenecientes a los grupos más vulnerables de la sociedad: los niños, las mujeres, los esclavos, las personas de color y las personas con discapacidad.

Y es que como, se comentará más adelante, la ineficacia de esas declaraciones políticas queda evidenciadas, precisamente a partir de un penoso hecho histórico

³⁶ Atienza, Manuel. *op. cit.* pág. 93

³⁷ Soberanes Díez, José M. *op. cit.* pág. 2

para la humanidad, como lo fue, la Segunda Guerra Mundial. Un hecho sin precedentes, que demostró la crueldad humana. Pero, por otra parte, fue el inicio de la lucha por los derechos humanos mediante la construcción de un sistema universal y de tipo regional como el africano, europeo e Interamericano.

Sin embargo, también es de criticar que las convenciones internacionales en defensa de los DPC, hasta antes de la CDPD de 2007, se les ha considerado como un tipo de “colectivo asterisco”, ya que al enunciarse los principios, normas y derechos que ahí se mencionaba que se aplican a todos los seres humanos, se añadía un “asterisco a pie de página” para especificar que para las PCD ese marco legal no se aplicaba.³⁸

Pero, actualmente ¿en qué consiste la igualdad jurídica? Es un valor, es un principio y también un derecho fundamental al quedar positivizado en una norma constitucional, haciéndose extensivo a la dignidad humana. Se basa en considerar que toda persona debe gozar y ejercer sus derechos humanos en un plano de paridad relacional con otras personas o grupos que compartan sus mismas características jurídicamente relevantes.

³⁸ Hernan Sampietro, María. “Capacidad jurídica y excepcionalidad jurídica en la Ley 3/2021, de regulación de la eutanasia. Una lectura en primera persona”. Revista. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, volumen 43, número 143, pág. 247, junio, 2023.

Disponible en formato electrónico en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352023000100013&Ing=es&nrm=iso. Consultado el 19 de febrero de 2025. La autora señala que: “Quizás porque el propio artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos completa su idea especificando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, en tanto que “dotados de razón y consciencia”. Por lo tanto, a quienes se nos identifica o atribuye un estado alterado de consciencia o una afectación del raciocinio se nos limita o deniega el reconocimiento y ejercicio de nuestros derechos.”

La igualdad como un valor ya que cualquier disposición que tenga fines contrarios a ella, se considera ilegal. Es también un principio porque precisamente, sirve de fundamento para la solución de conflictos, a lo que se le denomina “proyección normativa”.³⁹ Es un mandato conferido al Poder Judicial contenido en la Constitución. Es decir, los jueces, pueden en un caso concreto, para resolver el conflicto ante ellos planteado, aplicar el principio de la igualdad.

Por tanto, la igualdad se divide en dos perspectivas: sustantiva o de hecho y la formal o de derecho. La primera, implica alcanzar una igualdad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas. La segunda, se refiere a la “igualdad ante la ley”, así como la “igualdad en la ley”. Esta igualdad “ante” la ley significa que, las normas jurídicas deben ser aplicadas de modo uniforme a todas las personas que se encuentren en la misma situación. En cambio, la igualdad “en” la ley tiene la finalidad de que el legislador no establezca diferencias sin justificación en la propia constitución. Se trata de un control del contenido de la norma evitando diferencias legislativas sin sustento constitucional o que violen el principio de proporcionalidad. Su violación trae consigo actos discriminatorios directos e indirectos. En los directos, la aplicación de la norma distingue ilícitamente a la Constitución.

Los indirectos, se dan cuando la aplicación de la norma es aparentemente neutra, pero su efecto excluye de manera desproporcionada a un cierto grupo, sin existir alguna justificación razonable para ello. Ahora bien, se advierte que esta igualdad formal “en la ley” y “ante la ley”, puede ser insuficiente para hacer frente a las

³⁹ *Ibidem*, pág. 33

situaciones en donde la ley es neutral pero que indirectamente realiza actos de discriminación al sujeto que va encaminada dicha norma.

En consecuencia, debemos reconocer la efectividad de la igualdad sustantiva para los grupos vulnerables, principalmente a las PCD. Es la CDPD, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, apoyado en los principios de la dignidad humana, la no discriminación y la igualdad en su sentido sustantivo. Impone el deber a los Estados de garantizar a las PCD que puedan realizar todos los actos de su vida en igualdad de condiciones que las demás.

La igualdad sustantiva o de hecho tiene como fin el quitar o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra naturaleza que impidan a determinadas personas o grupos sociales, que se encuentran en situaciones de hecho específicas de desventaja y de vulnerabilidad, puedan gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en igual de condiciones que el resto de las personas buscando auténticas condiciones de igualdad.

La violación a la igualdad sustantiva o de hecho trae como consecuencia una discriminación estructural en contra de un grupo social o de sus integrantes debido a que la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar o revertir tal situación. Su vulneración también puede consistir en omisiones en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes. De esta manera, implica una prohibición en el trato desigual que recibe el sujeto y ser sujeto de discriminación.

Es importante por otra parte que, al referirnos al derecho humano a la igualdad también lo relacionamos con la cláusula antidiscriminatoria o cláusula de no discriminación. Y es que, bajo un aspecto positivo, los Estados tienen el deber de crear condiciones de igualdad frente a los grupos que han sido históricamente

excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados como lo son las PCD. En ambas se prohíbe las diferencias de trato arbitrarias.

La discriminación es un fenómeno social antes que jurídico. La prohibición de no discriminar no se limita hacia las autoridades sino también a los particulares, ya que son las relaciones entre particulares en donde más actos discriminatorios se concretan. Cabe señalar que esas conductas discriminatorias que hoy así se consideran, anteriormente no lo eran, como lo fue la restricción de la capacidad jurídica de la mujer casada o de las personas de color, por decir de algunos grupos. La discriminación llega a admitir un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las personas para contratar entre los particulares, debido a que, por ejemplo, el restaurantero no puede negarle el acceso a su restaurant a una persona por su orientación sexual o quienes realicen una oferta pública para dar en arrendamiento un inmueble no podrán negarse a rentárselo a una persona con discapacidad. También encuentra su restricción a la libertad de asociación.⁴⁰

Al igual que sucedió con la dignidad humana, las cláusulas antidiscriminatorias fueron incluidas en las constituciones hasta después de la Segunda Guerra

⁴⁰ Sobre la libertad de asociación, Carbonell. Miguel. *op. cit.* págs. 148-149, refiere que: “Así, por ejemplo, en Estados Unidos la Suprema Corte ha considerado como apegadas al texto constitucional varias disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres a admitir también mujeres. El mismo órgano ha admitido sin embargo que puede prevalecer la libertad asociativa cuando se trata, en primer lugar, de las llamadas “expressive associations”, que son aquellas que se crean con el objetivo de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía se protege instrumentalmente para tutelar la libertad de expresión; y en segundo término, cuando se trata de las llamadas “intimate associations”, que son aquellas en las que los miembros establecen profundos vínculos y compromisos a través de los cuales comparten aspectos íntimos de sus vidas ”

Mundial.⁴¹ Constituciones políticas de países como Alemania⁴², Argentina⁴³, Canadá⁴⁴, Colombia⁴⁵, Japón⁴⁶ y México⁴⁷; por citar algunos; la establecen. En consecuencia, encontramos que el derecho humano a la igualdad y la no discriminación gozan de una relación de especie y género.

Además de México, es de llamar la atención, la descripción que se hace en la sección 15 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, al prohibir la

⁴¹ *Ibidem*, pág. 94

⁴² El artículo 3 de la Constitución de Alemania señala que: “Artículo 3.º 1. Todos los hombres son iguales ante la ley. 2. Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni privilegiado en consideración a su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, creencias o concepciones religiosas o filosóficas.” Visible en <https://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/public/paises/aleconst.htm> consultado el 17 de febrero de 2025

⁴³ El artículo 16 de la Constitución de Argentina, indica que: “Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” Visible en <https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php> consultado el 17 de febrero de 2025

⁴⁴ La sección 15.1 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá estipula que: “Todo individuo es igual ante la ley y en virtud de ella, y tiene derecho a igual protección y a igual beneficio de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental”. Visible en https://www.oas.org/ext/Portals/33/Files/Member-States/sp_can_const.pdf consultado el 17 de febrero de 2025

⁴⁵ El artículo 5 de la Constitución de Colombia, menciona que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” Visible en <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica> consultado el 17 de febrero de 2025

⁴⁶ El artículo 14 de la Constitución de Japón refiere que: “Artículo 14. Todos los ciudadanos son iguales ante la ley y no existirá discriminación política, económica o social por razones de raza, credo, sexo, condición social o linaje. No se reconocerán prerrogativas ni títulos de nobleza. Ningún privilegio acompañará al otorgamiento de honores, condecoraciones o cualquier otra distinción ni tampoco ninguno de tales reconocimientos será válido más allá de la vida del individuo que los ostente en el presente o que pueda recibirlos en el futuro” Visible en https://www.cu.emb-japan.go.jp/es/docs/constitucion_japon.pdf consultado el 17 de febrero de 2025

⁴⁷ El artículo 1 quinto párrafo de la Constitución de México, indica que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” Visible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> consultado el 17 de febrero de 2025

discriminación por motivos de “*discapacidad física o mental*”. Y es que, sus jueces han sostenido que la manera en que se redactó dicha sección garantiza la igualdad sustantiva, la cual es particularmente relevante para lograr la inclusión de las PCD en todas las áreas de su vida, incluida en la toma de decisiones.⁴⁸

Cabe señalar, que algunos juristas señalan que, la cláusula de no discriminación ha tenido un desenvolvimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho de la Unión Europea a través de las Directivas 2000/43 sobre igualdad de trato por origen racial o étnico, la Directiva 2000/78 relativa a la igualdad de trato en el empleo y la Directiva 2006/54 sobre igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación.⁴⁹

Una definición clara de lo que debemos entender por discriminación, la encontramos en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965, en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer del 18 de diciembre de 1979 y en el artículo 2 de la CDPD de 2018 que describe la discriminación por motivos de discapacidad.

Asimismo, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

⁴⁸ Kerzner, Lana. “*La Capacidad Jurídica en Canadá: un análisis de la igualdad de derechos a la luz de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*” en “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*” Bach Michael, Espejo Yaksic Nicolás, edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, págs. 564-565 y agrega: “*La Jueza Abella describe la igualdad sustantiva como un “remedio para la exclusión y una receta para la inclusión*”.

⁴⁹ Añon, María José. “*Los Principios y Valores que guían los derechos: Igualdad*” en “*Derechos Humanos y Constitución*” De Lucas J. Rodríguez Uribe J. M. Coord. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 119

de diciembre de 2000, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el artículo 1.1 del Convenio número 111 de la Organización internacional del Trabajo de 1958, en las que podemos encontrar de manera clara la denominada cláusula de no discriminación.

Son coincidentes en señalar que, la discriminación consiste en toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en uno de los rasgos sospechosos o prohibidos con el objeto de menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. De tal manera que, esta diferenciación que se da con la presencia de un prejuicio social vulnera la dignidad humana.

La discriminación puede ser directa, indirecta y estructural. La primera se produce cuando, en una situación análoga, las personas reciben un trato menos favorable que otras debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con un motivo prohibido. En cambio, la indirecta, ocurre cuando las normas y prácticas aparentemente neutras en su aplicación constituyen un impacto desproporcionado en las personas o grupos desaventajados históricamente.

Precisamente esta discriminación indirecta es reconocida por la práctica internacional de los derechos humanos a través de la Observación General número 6, sobre igualdad y no discriminación que emite el Comité sobre los derechos los DPD, en el que señala que “...*las leyes, las políticas o las prácticas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad.*”⁵⁰

⁵⁰ Doc. CRPD/C/GC/6, abril de 2018, párr. 18

En cambio, la discriminación estructural, que es la que será estudiada en este ensayo, supone que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemática e históricamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos. Esta caracterizado por un proceso de acumulación de desventajas, tanto a lo largo del curso de la vida como entre las generaciones, lo que genera que se afecten los derechos humanos de estos grupos y perpetúen la desigualdad social.

Entre algunas categorías de grupos vulnerables podemos enumerar a las mujeres que son madres solteras y responsables económicamente de la familia, niños, niñas y adolescentes que viven en la calle o con padecimientos adictivos o en mendicidad, personas de la tercera edad, PCD, población rural e indígena en pobreza, jóvenes y mujeres desempleados, personas que trabajan el sector informal sin estudios, personas que no tienen cobertura de seguridad social, etcétera.⁵¹

Como un ejemplo inmediato sobre la existencia de una discriminación indirecta y estructural, lo encontramos en la prueba cognitiva de capacidad en las leyes sobre toma de decisiones de las PCD de Canadá, la cual vulnera la sección 15 de la Carta de Derechos y Libertades de ese país. Se trata de una prueba cognitiva para “medir” la capacidad y se aplica a todos los canadienses de igual modo. Sin embargo, crea una distinción entre aquellas que superan la prueba y las que no lo superan.⁵²

Estas personas, que no superan la prueba, son las personas con discapacidad mental. En cambio, la mayoría de las personas que no tienen ese tipo de discapacidades si la superan. Por tanto, aquellas que no la superan se encuentran impedidas para realizar actos jurídicos debiendo de tener un tutor para ello, mientras

⁵¹ Carbonell, Miguel. *op. cit.* pág. 150

⁵² Kerzner, Lana, *op. cit.* pág. 569

que las personas que superan la prueba pueden ejecutar cualquier acto jurídico por sí mismas. Esta prueba discrimina a las personas con discapacidad mental.⁵³

En definitiva, esta prueba cognitiva, desde luego refuerza la desventaja histórica que han enfrentado las personas con discapacidad cognitiva al no reconocerles la posibilidad de que ejerzan su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de las personas que tienen una discapacidad distinta o que simplemente no la tienen. Situaciones que evidentemente deben de abolirse por parte de los Estados que han firmado y suscrito la CDPD.

También la jurisprudencia ha reconocido, a través de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión europea, otras formas de discriminación; como la discriminación interseccional o múltiple, la discriminación por asociación y la discriminación sistemática, ésta última, reconocida por la Observación General número 22 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas.⁵⁴

Pues bien, resulta pertinente señalar que precisamente una de las acciones que se deben realizar para erradicar la discriminación hacia las PCD, estriba en adoptar ajustes razonables para lograr de manera plena una igualdad sustantiva y no solamente formal. En el caso, del reconocimiento de la personalidad y el ejercicio

⁵³ *Ibidem*. pág. 570 Al respecto la autora agrega: “El hecho de que la prueba cree una distinción sobre la base de la discapacidad mental no significa que todas las personas que tienen una discapacidad mental estarán en la misma situación de desventaja pro la prueba cognitiva. En realidad, hay muchas personas que tienen discapacidades mentales que pueden superar la prueba. Sin embargo, aquellos que tienen discapacidades intelectuales significativas y otras discapacidades que afectan a la cognición tal vez nunca puedan superar la prueba.”

⁵⁴ Añon, María José. *Ibidem*, pág. 121

por sí mismos ante cualquier acto jurídico de la capacidad jurídica universal de las PCD, uno de los principales ajustes es, precisamente el notario latino.

Precisamente, la denegación de ajustes razonables para aquellas personas que pertenecen a grupos vulnerables constituye en sí, un acto de discriminación debido a que dichos ajustes, son considerados como medidas necesarias para dar respuesta a las necesidades particulares de las PCD. Por tanto, la no discriminación incluye el derecho a ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica universal.

Con independencia de que será abordado con mayor profundidad en el capítulo respectivo, es necesario referirnos que, los ajustes razonables garantizan a las PCD el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás de todos los derechos humanos, cuando se realizan modificaciones o adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada o indebida para el prestador del servicio cuando se requieran a petición de la PCD en un caso particular.

Por otra parte, el derecho a la capacidad jurídica universal que consagra el artículo 12 de la CDPD forma parte del derecho humano al igual reconocimiento ante la ley, lo que se considera como un derecho fundamental. A su vez, el artículo 2 define lo que es la discriminación por discapacidad; así como los artículos 3, 4 y 5 señalan aquellas obligaciones que se tienen en relación con la no discriminación, lo que a su vez conlleva el respeto a la dignidad humana.

Así pues, el derecho a la igualdad al igual reconocimiento ante la ley en el ejercicio de la capacidad jurídica universal de las PCD es la “piedra angular” del artículo 12 de la CDPD, tal y como lo afirmó el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: *“La igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la*

Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión “en igualdad de condiciones con los demás”.⁵⁵

1.4 La Discapacidad es una variación humana

El tema de la discapacidad es, en definitiva, el respeto a los valores inherentes de los derechos humanos, principalmente de la dignidad humana, la libertad y la igualdad ante la ley, que como ya se dijo, parten del presupuesto categórico kantiano de que toda persona posee valor por su condición de ser humano y por existir, y no puede restringir sus derechos a causa de la falta de productividad o de la deficiencia física o cognitiva para estigmatizarla en que “no es útil a la sociedad”. Claro está que, la PCD es sencillamente diversa a otras, pero con igual derecho a gozar de una vida plena, a desarrollar su proyecto de vida y a tomar decisiones por sí misma; es decir, de gozar del libre desarrollo de su personalidad. Aunque si bien, consideramos conveniente explicar que debe entenderse por discapacidad y las formas en que se ha venido abordando a lo largo de la historia de la humanidad, así como su regulación en el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien, podemos encontrar considerable literatura médica sobre la discapacidad, así como distinta literatura jurídica en el que se aborda el ejercicio de los derechos humanos de las PCD, este ensayo pretende abordar el tema desde una perspectiva humanista de la institución notarial; es decir, con la empatía y solidaridad que precisamente, la función del notariado debe brindar a la sociedad con cada asesoría jurídica, o en la redacción del documento en el que despliega su técnica notarial.

⁵⁵ Observación General número 6, *op. cit.* párr. 6

Es por ello, que, aunque este ensayo se ha redactado con el mayor rigor académico a juicio de los autores, hemos tratado, en la medida de lo posible, redactar un extracto del presente ensayo, en un formato de lectura fácil o de accesibilidad cognitiva, con el fin de brindar al futuro lector no jurista y de aquellas PCD, garantizarle la accesibilidad universal a este tipo de trabajos académicos. Y es que precisamente, nuestro ensayo busca cumplir con tres objetivos:

El primero, coadyuvar con las recomendaciones aprobadas por unanimidad en la Asamblea de la UINL, reunida en Buenos Aires, Argentina en 2018 especialmente lo relativo a “Potenciar la figura del notario como prestador de apoyo institucional para la PCD” (recomendación 1) y, a través de la investigación jurídica contribuir en difundir en el notariado internacional el ejercicio de la capacidad jurídica universal de las PCD (recomendación 7).

El segundo, como ya lo decíamos, es comunicarle a las PCD, que el notariado latino es su aliado, que además de ser un apoyo o ayuda en el sentido estricto de la palabra, es también, el principal ajuste razonable que el Estado a través del ejercicio de la fe pública puede brindarle. La institución notarial es de la sociedad, está al servicio de todas las personas que buscan a un profesional del derecho en ejercicio de una función pública delegada por el Estado.

Y el tercero, estamos convencidos de que la ciencia jurídica deber ser estudiada y practicada bajo una perspectiva más humanista, que la institución del notariado debe ser flexible y adaptarse a los nuevos desafíos de un mundo cambiante. El notariado latino debe velar por los valores de la dignidad humana, de la libertad y

de la igualdad ante la ley. Gracias a ejercer con humanismo la función notarial, le da un sentido y propósito a la vida del propio notario latino.⁵⁶

Con tanta razón, la Relatora Especial sobre los derechos de las PCD, ha plasmado en su informe que: “...es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica.”⁵⁷ Y también se ha exigido que se vele por el cumplimiento de los procedimientos notariales para garantizar los derechos de las PCD.⁵⁸

Asimismo, en las Observaciones Finales del Comité de la CDPD, se ha expresado la preocupación de que los notarios no estén familiarizados con el cambio de paradigma de la toma de decisiones sustitutiva a una mediante apoyos, por lo que recomienda la capacitación del notariado,⁵⁹ así como llevar a cabo diversas

⁵⁶ Coincidimos totalmente con la opinión del notario mexicano Cárdenas González, Fernando A. “Función Notarial con Humanismo. Antídoto contra el individualismo y sus efectos.” Procesos editoriales, México, 2024, pág. 19-20 al señalar que: “Tomando en cuenta la naturaleza de la función notarial, ésta debe reunir un par de elementos fundamentales; humanismo y técnica jurídica. Si falta cualquiera se desvirtúa su esencia. Sin embargo, cuando se pierde el humanismo, la prestación del servicio se vuelve fría y pragmática, y la actuación del notario se reduce a un simple operador mecánico del derecho, sin pena ni gloria. En cambio, cuando se rodea la intervención con humanismo, ésta adquiere otra dimensión: pasa de lo tangible a lo intangible, de lo mundano a lo sublime, haciendo que florezcan la confianza y la esperanza, virtudes cardinales de la fe, que significa certeza en la incertidumbre, prueba de lo que se ve, firmeza de lo que esperamos. El humanismo confiere un sentido y propósito de vida, tanto a la institución notarial como al propio notario.”

⁵⁷ Consejo de Derechos Humanos, 2018: *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. El derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley* (A/ HRC/37/56), párrafos 77 y 60, respectivamente. Visible en https://digitallibrary.un.org/A_HRC_37_56-ES.pdf consultado el 19 de febrero de 2025

⁵⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Turquía* (CRPD/C/TUR/CO/1), párrafo 26 letra c). Visible en <https://docstore.ohchr.org/CRPD/C/TUR/CO/1> consultado el 19 de febrero de 2025

⁵⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2023: *Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Perú* (CRPD/C/PER/CO/2-3), párrafos 24 letra d) y 25 letra c).

campañas de sensibilización para los notarios.⁶⁰ De esta forma se hace patente la necesidad de que el notariado latino sea un prestador de ajustes razonables.

Pues bien, la discapacidad debe ser entendida como una variación humana. Es decir, es una condición con la que el ser humano puede vivir. Se trata de limitaciones físicas, sensoriales y mentales de la persona que, por esa particularidad biológico-conductual, padecen exclusión y están obligadas a superar obstáculos impuestos, así como desventajas creadas por la propia sociedad para poder ejercer sus derechos, tener una vida digna y ejercer libremente su proyecto de vida.

Por tanto, no se debe dejar a un lado que la discapacidad es una situación universal, dado que toda la población está en riesgo de tener algún tipo de discapacidad en cualquier momento de la vida; por eso afirmamos que es una variación del ser humano. Lo anterior se corrobora con lo expresado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001.⁶¹

Visible en <https://www.ohchr.org/es/documents/concluding-observations/crpd cargco2-3-concluding-observations-combined-second-and-third> consultado el 19 de febrero de 2025

⁶⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2023: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Malawi* (CRPD/C/MWI/CO/1-2), párrafo 26 letra d). Visible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/190/76/pdf/g2319076.pdf> consultado el 19 de febrero de 2025

⁶¹ Es aprobada por los 191 estados miembros de la OMS en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud del 22 de mayo de 2001. Tiene por objeto medir la salud y la discapacidad. Por tanto, esta clasificación es universal. Esta clasificación, en su versión abreviada y en español, señala que: “Muchas personas consideran, erróneamente, que la CIF versa únicamente sobre *personas con discapacidades*; sin embargo, es válida para todas las personas. La salud y los estados “relacionados con la salud” asociados con cualquier condición de la misma se pueden describir utilizando la CIF. En otras palabras, la CIF tiene una aplicación universal.” Disponible en versión electrónica y consultable en https://sid-inico.usal.es/wp-content/uploads/2021/01/CIF_SID_VERSION-ABREVIADA.pdf consultado el 19 de febrero de 2025.

Este documento internacional, explica que la discapacidad se basa en: *“un término para denotar deficiencias, discapacidades en la actividad y restricción en la participación, expresa los aspectos negativos de la interacción del individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (ambientales y personales)”*⁶²

Por lo tanto, se reconoce una interacción entre la deficiencia del individuo y su entorno físico, social y cultural que incidirán en él.

Su concepto no ha sido estático a lo largo del tiempo. Por ejemplo, la OMS, en la década de 1980, consideraba un concepto basado en la enfermedad y en el desenvolvimiento del “enfermo”. Esta forma de concebir a la discapacidad como una enfermedad se relacionaba a su vez con los adjetivos de deficiencia y minusvalía. El primero como una exteriorización de un estado patológico, siendo estrictamente médico y la minusvalía como la socialización de una deficiencia.⁶³

Por tanto, la discapacidad se consideraba como la consecuencia a la deficiencia misma que la altera en su actuar como persona en aspectos de su vida diaria. No obstante, en 2001, en lugar de realizar una clasificación de la discapacidad centrada en las limitaciones, se reformó para considerar los aspectos positivos como el de “actividades” de la vida diaria que puede desempeñar la PCD, así como la “participación activa”, que mide el nivel de funcionamiento en sociedad de las PCD.

⁶² Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. OMS, 54 Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 2001, pág. 4 Disponible en versión electrónica y consultable en https://sid-inico.usal.es/wp-content/uploads/2021/01/CIF_SID_VERSION-ABREVIADA.pdf consultado el 19 de febrero de 2025.

⁶³ Varsi Rospigliosi, Enrique; Torres Maldonado, Marco A. “El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano”. Acta bioeth, Santiago, volumen 25, número. 2, pág. 199, diciembre 2019 Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2019000200199&lng=es&nrm=iso. Consultado el 19 de febrero de 2025

La discapacidad en efecto es una barrera para realizar con independencia y autonomía las tareas más simples de la persona. Son muchos los términos o etiquetas que la ley utiliza para referirse a la PCD. Ejemplo, en aquellas personas con limitaciones psíquicas, las menciona como: “retrasados mentales”, “débiles mentales” o “disminuidos”. En cambio, “lisiados”, “tullidos”, “inválidos” o “minusválidos” se ha utilizado en aquellas que presentan limitaciones físicas.

Asimismo, es inadecuado referirse como “personas con capacidades diferentes”. Sin embargo, estas etiquetas han sido utilizadas en algunas legislaciones como: la Declaración sobre los Derechos del Retrasado Mental de 1971, la Declaración sobre los Derechos de los Impedidos de 1957, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1918 y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las PCD de 1939.⁶⁴ Hoy en día la expresión más adecuada es la de persona con discapacidad (PCD), una expresión que es respetuosa de la condición particular que tiene el individuo, la cual es aceptada en la literatura jurídica mundial. Además, no hay que olvidar que la discapacidad puede presentarse a cualquier edad y mostrar muy diversas características. Puede estar presente en niños o niñas, en un adulto joven, en personas de mediana edad o bien en adultos mayores.⁶⁵

⁶⁴ Hernan Sampietro, María. *op. cit.* pág. 245

⁶⁵ Lafferriere, Jorge N. “*Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino*”. en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Número 38, pág. 51, junio, 2020. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123- Consultado el 19 de febrero de 2025

Desde las antiguas civilizaciones, la discapacidad lamentablemente tuvo un vínculo con el repudio, el abandono y la muerte de la persona que tenía alguna deformidad física.⁶⁶ Es 1945, cuando la ONU establece los primeros trabajos en promoción y defensa de las PCD. De 1950 a 1952, establece la necesidad de la rehabilitación de las PCD. Para 1955, la ONU relaciona a la discapacidad bajo una perspectiva de asistencia social.⁶⁷

Será hasta 1970, cuando a nivel internacional sea acogido el concepto de derechos humanos de las PCD. Al año siguiente, se proclama la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Para 1975 se recomienda se eliminen los obstáculos físicos y arquitectónicos que impidan de manera plena la integración social de las PCD y en ese mismo año, se aprueba la Declaración de los Derechos de los Impedidos. Para 2006, la ONU, aprobó la CDPD.

Pero para llegar a contar con este importante instrumento jurídico que reconozca y proteja los derechos humanos de las PCD, se ha tenido que caminar mucho en un camino tortuoso y a veces, hasta pantanoso. Y es que, en un principio, la humanidad la asoció a los estigmas religiosos y sobrenaturales. Consideraba que dichas deficiencias que tenía la persona eran consecuencia de un castigo de Dios derivado de un pecado mortal de sus padres o a consecuencia de una maldición.

⁶⁶ Al respecto, Victoria Maldonado. Jorge A. *“Hablemos sobre Discapacidad y Derechos Humanos”*. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, México, 2015, pág. 25, señala que: *“En las antiguas culturas primitivas se abandonaban y dejaba morir a los niños deformes o discapacitados. En algunas sociedades de la antigüedad, el destino de las personas con discapacidad era la muerte. Era normal el infanticidio cuando se observaban anomalías en los niños y las niñas. Si eran adultos se los apartaba de la comunidad: se les consideraba incapaces de sobrevivir una existencia acorde con las exigencias sociales establecidas...”*

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 31

Esta manera de concebir a la discapacidad por parte de las antiguas sociedades se ha denominado modelo de prescindencia⁶⁸ o preformista. Prescindencia porque se debía de prescindir de la vida de deficientes física o cognitivamente. Preformista,⁶⁹ porque se creía que la deficiencia se preformaba en el momento de la concepción como un castigo divino. Se caracteriza por el rechazo y el miedo hacia las PCD. El sacrificio de la vida era manera de contrarrestarlo. Prevalecerá hasta el siglo XVII. Así, en este modelo se veía con “buenos ojos” el infanticidio o la reclusión de por vida en asilos o conventos de aquellas PCD. Finalmente era, existe la marginación, de inexistencia de derechos humanos y desde luego, de discriminación. Con el avance de la medicina, a finales del Siglo XVII y XIX, se cree que las PCD “sufren” una enfermedad y, por lo tanto, deben de ser “curadas” o rehabilitadas mediante terapia. A este modelo se le conoce como predeterminado médico-rehabilitador.⁷⁰ Este modelo, consideraba que la mayoría de las discapacidades tenían un origen biomédico que, al no ser curados, debían quedar internados en establecimientos especiales. Así, las personas con retraso mental quedaban recluidas para toda su vida bajo un “tratamiento médico” inhumano. Su inclusión a la sociedad dependerá

⁶⁸ Rodríguez Alfaro, María I. *“La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los principales desafíos para el legislador chileno.”* En Revista Derecho concepción, volumen 90, número 252, pág. 45 diciembre 2022. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-591x2022000200045&lng=es&nrm=iso>. Consultado el día 19 de febrero de 2025.

⁶⁹ Amante, Alicia E. *“Evolución del concepto de discapacidad”* en *“Discapacidad. Lo que todos debemos saber”* Amante, Alicia E., Vásquez Armando J. Edit. Publicación Científica y Técnica número 616, Washington, 2006 pág.5

⁷⁰ Señala Rodríguez Alfaro, María I. *op. cit.* pág. 46 que: *“Esto llevó a implementar políticas asistenciales en seguridad social y, en el derecho civil, a establecer guardas e interdicción como medios de protección”*

de su “cura”. Se pretende esconder las deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales de las PCD para poder “encajar en los estándares de normalidad”.⁷¹

A finales del siglo XIX y en 1980, se cree necesario que las PCD sean además de rehabilitadas, tengan una educación especial. Modelo que se le conoce como determinista funcional.⁷² Y, por último, gracias a un proceso encabezado por las PCD, que lucharon para ser consideradas como sujetos de derecho y no objetos de políticas asistenciales, estatales y privadas, se consolida un modelo social o inclusivo de derechos humanos.⁷³

En este modelo se considera que la discapacidad existe cuando el entorno y la sociedad obstaculizan a las PCD. La CDPD, se basa en este modelo de inclusión de derechos humanos. De hecho, su artículo 12, ha sido considerado como el corazón latente de la propia convención; ya que establece la regla general de que la PCD tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica por sí misma, tomando sus propias decisiones al ser iguales ante la ley.

Pero, entonces ¿Cuándo existe la discapacidad? Creemos que la discapacidad es cambiante porque resulta de la interacción de las personas que tienen deficiencias (físicas, sensoriales, intelectuales, mentales o emocionales) con las barreras que les impone el entorno o la aptitud de la sociedad, lo que les impide participar de manera plena e igualitaria como el resto de las personas. Por lo que todos podemos tener alguna deficiencia, pero no necesariamente tener una discapacidad.

⁷¹ Refiere Victoria Maldonado. Jorge A. *op. cit.* pág. 36, que: “*Las políticas asistenciales de apoyo para ellos se basan en la caridad, a la dependencia institucional, la incapacidad para tratar ciertos asuntos y la búsqueda de normalización y cura de la persona.*”

⁷² Amante, Alicia E. *op. cit.* pág. 5

⁷³ Victoria Maldonado. Jorge A. *op. cit.* pág. 38

Las deficiencias pueden ser físicas, porque falta un órgano o extremidad del cuerpo, que se convertirá en discapacidad cuando la persona encuentre barreras que lo limiten en desarrollarse. Piénsese de la persona que se encuentra en silla de ruedas por no tener piernas y que no puede acceder a un edificio o tomar el transporte público porque ambos lugares carecen de rampas de acceso. Pero esta deficiencia, no se puede considerar como una incapacidad legal.

Existen deficiencias sensoriales que son aquellas que afectan a los cinco sentidos. Será una discapacidad cuando la persona ciega, encuentra barreras por parte del estado y de la propia sociedad, para poder ejercer su capacidad jurídica o simplemente no se le proporcionen ajustes razonables como puede ser el uso de alguna aplicación con inteligencia artificial para lectura de imágenes mediante la cámara de un dispositivo electrónico.

La deficiencia intelectual se refiere a los procesos de razonamiento de leve a extremo y en los que se afecta su raciocinio, la cual puede ser una discapacidad cuando no se le permite que pueda tomar sus propias decisiones por sí mismas. Recientemente se ha considerado como una “discapacidad cognitiva”, la cual afecta el desarrollo y adaptación social de algunas personas. Está asociada a un daño cerebral, derrames cerebrales, demencias o Alzheimer.⁷⁴

Asimismo, la deficiencia mental, se refiere a la situación o procedimientos que afectan la mente, ya que perciben erróneamente la realidad. Incluye a las personas que son identificadas usualmente como “usuarios de la salud mental”,

⁷⁴ Lathrop Gómez, Fabiola. “Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile”. En Revista de derecho, Valdivia, volumen 32, número 1, pág. 119, 2019 Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100117&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 19 de febrero de 2025

“sobrevivientes psiquiátricos” o “locos”, es decir, que tienen una discapacidad mental de causa psíquica. Se ha denominado como “discapacidad psicosocial”.⁷⁵

La deficiencia emocional, es aquella que deriva de emociones descontroladas.

Como ya se dijo, cuando ante estas deficiencias, la persona que las tiene encuentra en la sociedad barreras que le impone su entorno reprimiendo el ejercicio de sus derechos humanos, se dice que la persona tiene una discapacidad. Luego entonces, si dicha PCD, derivado de su deficiencia no puede por ningún medio expresar su voluntad para llevar a cabo algún acto con consecuencias de derecho, podremos afirmar que ¿tiene una incapacidad jurídica? o ¿es incapaz?

⁷⁵ *Ibidem*. pág. 121 Al respecto, el autor opina que: “las personas con discapacidad intelectual con la frase “personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial” (PcDICPS) se encuentran en una situación doblemente especial. Primero, porque su discapacidad puede ser inaparente (a diferencia de alguna discapacidad física), lo que impide brindar el apoyo pertinente con facilidad”

II. El régimen de Toma de Decisiones para la Manifestación de Voluntad.

2.1 La Atribución y Certificación de la Voluntad

La persona es un ente que actúa, ya sea en lo individual o en lo colectivo. Ese actuar debe ser libre, sin coacción alguna y cuando en su actuar desea que se generen consecuencias de derecho, como: la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones; se dice que realiza actos o negocios jurídicos.⁷⁶ En estos, es indispensable la expresión de su voluntad⁷⁷. Esa voluntad activará la producción de efectos legales, los cuales tendrán una fuerza obligatoria.⁷⁸

La voluntad nace de la idea de lo que se quiere o desea provocar jurídicamente. Se dice que para que surja, en un primer momento no necesariamente una voluntad jurídica, es forzoso, que la persona tenga la intención de hacerla o no. En un segundo momento, es que el individuo la efectúe. Es importante, enfatizar, que en el acto voluntario nada se separa entre la idea y su ejecución; ya que la persona piensa (intención) el acto y lo efectúa inmediatamente; un “momento psicológico.”⁷⁹ Por tanto, todo acto o negocio jurídico es un acto de voluntad. Pero no todo acto de voluntad es un acto jurídico. Hay situaciones en las que no existe una voluntad, pero producen consecuencias de derecho, llamadas hechos jurídicos. De tal suerte, que en el acto de voluntad hay una intención de producir consecuencias en la esfera

⁷⁶ La referencia de actos y hechos jurídicos deriva de las teorías fundamentales: la bipartita o francesa del acto y hecho jurídico y la tripartita o alemana del acto, hecho y negocio jurídico. La primera es conocida como tradicional representada por los tratadistas franceses que comentaron el Código de Napoleón. En cambio, la segunda, surge a consecuencia de la consolidación del Código Civil Alemán, en 1900.

⁷⁷ Ruíz Rodríguez, Virgilio. *op. Cit.* Pág.128

⁷⁸ Paredes Sánchez, Luis. E. “*Presupuestos del Negocio Jurídico. Capacidad Legal, Idoneidad del Objeto, Legitimación Sustancial y (eventualmente) Conductio Iuris.*” Porrúa, México, 2010, pág. 16

⁷⁹ Duguit, León. “*Teoría General del Acto Jurídico*”. Editorial Cultura, México, 1922, págs. 6-7

jurídica de quien emite esa voluntad. De ahí que nuestro objeto de estudio sea la voluntad que emita aquella persona con discapacidad.

La teoría de la autonomía de la voluntad es un principio superior para el derecho privado. Consagra el denominado “*principio de consensualidad*”, pieza fundamental en el “engranaje” para el otorgamiento del acto y negocio jurídico. Pues, todo acto y negocio jurídico “nace a la vida jurídica” con el simple hecho de que las partes manifiesten su voluntad de celebrarlo (consentimiento) obligando a las partes al cumplimiento de lo expresamente pactado, incluyendo sus consecuencias.

La excepción a esta regla, la impondrá la propia ley, al establecer limitantes a la voluntad de los contratantes cuando estas sean contradictorias al interés público, las buenas costumbres, a los derechos de terceros y, sobre todo cuando ese consentimiento no cumpla con los “*formalismos*” designados por la ley; es decir no conlleve la forma o expresión legal que deberá adecuarse al acto o negocio jurídico que quiera crearse, *forma dat esse rei*.

Estos formalismos o formalidades constituyen las maneras establecidas por la ley en que se puede exteriorizar la voluntad de los contratantes para otorgarle validez al acto jurídico a celebrar, clasificándose *ad substantiam o solemnitatem* y *ad probationem*⁸⁰. Si el contrato no satisface las formalidades requeridas por la ley se considerará inexistente o ineficaz, siendo necesario que la voluntad se llegue a manifestar bajo esa formalidad específica.

⁸⁰ Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. “*Derecho Notarial*”. Porrúa, México 2010. pág. 72 opina que: “Los formalismos *ad solemnitatem* son aquellos que son necesarios para la existencia del acto o contrato jurídico. Su falta produce la inexistencia del mismo. A esta formalidad suele llamarse *ad substantiam*, porque esta forma en los actos jurídicos es substancial de tal manera que no existen si no se sujetan a la forma ordenada.” Y agrega: “Por otro lado, los formalismos *ad probationem* son formalidades no necesarias ni para la existencia ni para la validez del acto jurídico, sino sólo para probarlo eficazmente. El acto es válido, aunque los formalismos legales no hayan sido observados.”

Por tanto, la autonomía de la voluntad existe porque la ley así lo permite, es la única fuente de su obligatoriedad. Producirá efectos jurídicos una vez que esté relacionado con una norma, y esta indique la manera en que se debe expresar, lo que generará la declaración de voluntad. La voluntad declarada sirve para comunicar a los interesados que han exteriorizado su voluntad, la cual también puede verse reflejada con un comportamiento o una conducta que así lo indique⁸¹.

De tal suerte, que la voluntad nace a la “vida jurídica” cuando es manifestada o declarada o simplemente establece indicios de esa voluntad a través de una conducta que genere actos que así lo presupongan. Esta voluntad es intrínseca del sujeto. Así, en la declaración existe un consentimiento expreso, mientras que en la conducta existe un consentimiento tácito. Es decir, el consentimiento que regula la ley civil y que produce consecuencias jurídicas, puede ser expreso o tácito.

Para el derecho romano, la voluntad debe ser manifestada por oralidad o escrita, expresa o tácita, solemne o no. El silencio no constituía una declaración de voluntad. Esta voluntad debe ser congruente con el *animus* o *consensus*; es decir, no basta solamente una voluntad manifestada, sino que debe existir una relación entre lo querido y lo declarado. Por ello, la voluntad puede ser eliminada por los vicios que sean conocidos y queridos por el sujeto o que no lo sean.⁸²

Para comprender la teoría de la autonomía de la voluntad, consideramos necesario recordar los principios que la rigen: 1) La voluntad no puede eximir de la observancia de ley ni alterarla ni modificarla; 2) Solo pueden renunciarse los derechos privados que no perjudiquen derechos de terceros; 3) las controversias civiles deben

⁸¹ Paredes Sánchez, Luis. E. *op. cit.* pág 25

⁸² Iglesias, Juan. “*Derecho Romano*”. Ariel, Barcelona, 2004, pág. 111

resolverse conforme a la letra de la ley o su interpretación; 4) se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y, 5) el deber de ejercer sus derechos.⁸³

La voluntad de la persona es un elemento indispensable para el ejercicio de la capacidad de ejercicio. Por tanto, la atribución, certificación y la anulación de la voluntad tendrán como principal función establecer los límites del reconocimiento de la capacidad jurídica. Y es que precisamente la voluntad, es la esencia de muchas instituciones jurídicas, al brindarle “fuerza jurídica” a las preferencias de la persona que la emite.

Así, cuando dos o más voluntades fueron concebidas de manera interna, coinciden y son exteriorizadas por personas distintas para establecer consecuencias de derecho, se forma el consentimiento. Por tanto, el consentimiento, está conformado por tres etapas: la voluntad interna de los contratantes, la declaración de voluntad de cada uno de ellos y la coincidencia de esa voluntad a través de lo que se denomina acuerdo de voluntades.⁸⁴

Como ya quedado asentado, la voluntad interna consiste en la intención que tiene la persona en su interior para realizar una acción con repercusión jurídica. Si bien, pudiera ser irrelevante para la ciencia jurídica sino se exterioriza; sin embargo, creemos que encuentra, su excepción cuando se busca conocer la intención de esa voluntad a través de la interpretación por la falta de claridad; solución salomónica que da en materia de interpretación de los contratos y de los testamentos.

⁸³ Cárdenas González, Fernando A. *“Incapacidad. Nuevos Horizontes de la Autonomía de la Voluntad. Aumentada y Puesta al día”* Porrúa, México, 2010, pág. 8.

⁸⁴ Robles Farías, Diego. *“Teoría General de las Obligaciones”*. Tirant lo blanch, México 2022 pág. 211

Una vez que esa intención singular o deseo de realizar una acción con repercusión jurídica, se exterioriza por cualquier medio de comunicación humana o también mediante conductas, podemos afirmar de la existencia de una declaración de la voluntad. Y cuando convergen o coinciden esas voluntades manifestadas, hablamos de que existe un acuerdo de voluntades y con ello, un consentimiento. Elemento esencial en la formación de negocios jurídicos, en los que se incluyen los contratos. Así, un acto o negocio jurídico requiere de la declaración de voluntad o de intención de la persona que interactúa con la finalidad de producir un efecto jurídico específico. Tanto la manifestación o declaración de voluntad o de intención y el efecto jurídico deben ser concretos. Por lo que, el acto o negocio jurídico es un acto voluntario, ¿Y qué es un acto voluntario? Si bien, la mayoría de los ordenamientos civiles no lo definen, hay uno que es la excepción y nos ayudará a comprenderlo. Nos referimos al Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), que de acuerdo con el artículo 260, señala que: “... *es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior*”. La disposición siguiente, establece los supuestos cuando el acto es involuntario por falta de discernimiento: cuando al momento de actuar la persona es un menor o es un adulto que, al momento de realizarlo, está privado de la razón.⁸⁵

Estas disposiciones forman lo que en doctrina jurídica podemos considerar como la atribución de voluntad; es decir, “*el acto de atribuir o adjudicar una voluntad particular en un asunto particular a una persona particular en un momento*

⁸⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Visible en formato electrónico en https://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf consultado el 21 de febrero de 2025

particular.”⁸⁶ Esta atribución va presidida de una certificación de voluntad, como lo son, los “*formalismos*” de la ley, *ad substantiam o solemnitatem* y *ad probationem*, y en donde encontramos también la formalización ante notario de ciertos actos.

Esta atribución de la voluntad de la persona, se le adjudica cuando hay una intención exteriorizada, pero, principalmente, cuando hay discernimiento. Será involuntario ese acto; es decir carecerá de voluntad cuando al momento de realizarlo, la persona se encuentre privada de la razón. En otras palabras, el Código Civil y Comercial de la Nación, nos muestra, practica discriminatoria indirecta, existente en gran parte de los ordenamientos civiles que regulan el consentimiento. Es decir; existe la voluntad de la persona (acto voluntario) cuando se ha otorgado con su discernimiento (distinguir y razonar entre lo bueno y lo malo). Discernimiento que, desde luego, solo está presente en aquellos casos en que la persona no está “privada de la razón”. Si no hay discernimiento, no hay voluntad; donde no hay voluntad, no hay acto jurídico y en donde no hay acto jurídico, no puede haber ejercicio de la capacidad jurídica.⁸⁷

El *Digesto*, consideraba como *Furiosi nulla voluntas est*, el loco no tiene voluntad. Aquella persona que tiene una deficiencia cognitiva o mental no puede tomar decisiones racionales ni consentir libremente, ni se le puede atribuir culpabilidad, ya que simplemente no tiene voluntad.⁸⁸ En consecuencia, la atribución y la

⁸⁶ Martin, Wayne. En “El respeto de la voluntad de la persona”. En “Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” op. cit. pág. 44

⁸⁷ Martin, Wayne. En “El respeto de la voluntad de la persona”. En “Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” op. cit. pág. 48

⁸⁸ Bregaglio Lazarte, Renata Anahí; Constantino Cayoho, Renato Antonio. En “La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto Legislativo 1384”. en Revista Derecho Privado, Bogotá, número 44, página 27, junio 2023. Visible en:

certificación de voluntad, restringen la capacidad jurídica de las PCD cognitivas o mentales, lo que vulnera el artículo 12.4 de la CDPC.

Esta disposición, señala en lo conducente que: “... *las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...*” Es decir, la voluntad y las preferencias de la PCD se deben respetar; por tanto, ¿cómo es posible que se atribuya que la voluntad es inherente a una persona racional? Tan es así, que la “incapacidad”, en la que incluye a las “personas faltas de razón”, es considerada como causa de anulabilidad de la voluntad.

En definitiva, si la voluntad requiere de requisitos previos cognitivos (no estar privado de la razón), habrá personas con discapacidades cognitivas o mentales que impidan que se les pueda atribuir la voluntad. En nuestra opinión, estamos ante una clara barrera jurídica que obstaculiza proveer a las PCD su participación en igualdad de condiciones con las demás en el ámbito civil, lo que vulnera sus derechos humanos y desde luego, lo señalado en el inciso k) y en el inciso y) que integran el preámbulo de la CDPD.⁸⁹

Entonces, ¿cuál es la propuesta de solución? Reconocer la intención de actuar en un acto jurídico y con ello, establecer un efecto jurídico específico. Se debe reforzar el respeto de la voluntad y las preferencias, y esto se logra mediante la denominada “*carga cognitiva compartida*” o “*enfoque de la capacidad de toma de decisiones*”,

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662023000100015&lng=en&nrm=iso>. Consultado el 21 de febrero de 2025

⁸⁹ Al respecto, Martin, Wayne. En “*El respeto de la voluntad de la persona*”. En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*” *op. cit.* pág. 51, opina: “*Si el objetivo de la reforma legislativa es eliminar todos los obstáculos que se oponen al reconocimiento de la capacidad jurídica universal, entonces, o ese vínculo entre la capacidad jurídica y la voluntad debe romperse, o bien debemos revisar nuestras prácticas de atribución de voluntad y certificación de voluntad, junto con la doctrina jurídica de voluntad y los principios de ética que los rigen.*”

que consiste en el reconocimiento de la voluntad y las preferencias de la persona que recibe asistencia o apoyo y de la que lo brinda.

Nos referimos a la persona de apoyo para la toma de decisiones (PATD). Se trata de que una persona le brinda asistencia a la PCD con la finalidad de ayudarlo en expresar sus preferencias, explorando opciones y en su caso, ejecutando decisiones de la PCD para ejercitar su capacidad jurídica. Por lo que la PATD coadyuva en la interpretación en las preferencias de las PCD.⁹⁰ Se requiere del entendimiento y apreciación para establecer una decisión válida.

Es decir, puede que una persona no posea la habilidad cognitiva necesaria, pero aun así ejerza su capacidad jurídica a través de sus personas de apoyo, que sí poseen los requisitos cognitivos y están guiados por la voluntad y las preferencias de esa persona que no posee dichas habilidades cognitivas. Por tanto, la PATD deberá de tomar y aplicar la mejor interpretación de voluntad, así como las preferencias de la PCD para apoyarlo en que pueda emitir una decisión.

Como podemos observar la “*carga cognitiva compartida*” o “*enfoque de la capacidad de toma de decisiones*”, establecen un remedio para aquellas personas con discapacidades cognitivas o mentales puedan ejercer su capacidad jurídica y con ello su voluntad, sin que sea necesario que se les exija asumir un nivel necesario de cognición. Así, la PATD, tienen como función, traducir la voluntad y las preferencias de las PCD en tomar decisiones concretas en situaciones concretas.

⁹⁰ Marshall, Pablo. “Consentimiento Informado y Apoyo a la Toma de Decisiones: A propósito de las Reformas Legales en Latinoamérica” En “Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” op. cit. pág. 472

La PATD, según el Informe de la Relatora Especial, debe ayudar a la PCD a obtener y entender la información de que se le trate, así como evaluar las posibles alternativas para la toma de una decisión, así como de sus consecuencias.⁹¹ Se trata, por lo tanto, de ayudar a comprender la información que sea necesaria para celebrar el acto o negocio jurídico concreto. Pero ¿Cuáles son las características mínimas para considerar que se comprendió dicha información por parte de la PCD? La comprensión evidentemente tiene relación con el deseo o entendimiento de esa información, de cierta manera retenerla y ponderar sus posibles consecuencias para tomar una decisión. No cualquier declaración puede ser considerada una voluntad auténtica, destinada a crear, modificar o extinguir vínculos de carácter jurídico. Para ello será necesario realizar una evaluación del entendimiento para determinar que la PCD comprendió la información y sus consecuencias jurídicas.

Es aquí, en donde también, consideramos que el notariado latino tiene una presencia fundamental en la defensa de los derechos humanos. La institución del notario latino ha sido denominada como un “apoyo institucional” para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad (DPC), en especial, en el de la capacidad jurídica universal a través de proporcionar los apoyos razonables necesarios que le soliciten.⁹²

⁹¹ Consejo de Derechos Humanos, 2018: Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. El derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley (A/ HRC/37/56), párrafo 41. Visible en https://digitallibrary.un.org/A_HRC_37_56-ES.pdf consultado el 22 de febrero de 2025

⁹² Al respecto puede consultarse la “Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad. El Notario como Apoyo Institucional y Autoridad” Comisión de Derechos Humanos. Unión Internacional del Notariado. Pág. 28 Disponible en formato electrónico en https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec consultado el 22 de febrero de 2025

Y es que no se debe olvidar que, en la práctica notarial, además de escuchar a los comparecientes para obtener su consentimiento, el notario tiene el deber legal de certificar que les “leyó a las partes y les explicó las consecuencias legales del acto o negocio jurídico que otorgan ante su fe”⁹³, debiendo mencionar cuales fueron los apoyos o ajustes razonables que se le otorgaron a la PCD mediante la cual pudo expresar su consentimiento.

Esto no quiere decir que no se puedan tomar decisiones incorrectas. Sabemos que esto no es exclusivo de nadie. Cualquier persona puede tomar una decisión incorrecta independientemente de su condición física o mental. No debe servir como argumento total, el que una PCD cognitiva o mental, tenga la posibilidad de cometer un error o de tomar una decisión que para los demás sea incorrecta, para que se le restrinja en el ejercicio de su capacidad jurídica.⁹⁴

De tal suerte que, el apoyo que se le brinda a la PCD se debe centrar en sus deseos y preferencias, debiendo reconocerse y respetarse, con independencia de las dificultades de comunicación que puedan existir entre la PCD y la PATD. En definitiva, el entendimiento o comprensión de la información por parte de la PCD y

⁹³ Constantino Caycho, Renato A. Bregaglio Lazarte, Renata A. *“Las Salvaguardias para el ejercicio de Capacidad Jurídica de Personas con Discapacidad como una forma de Paternalismo Justificado.”* En *“Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” op. cit.* pág. 532, señalan: “Así, por ejemplo, podríamos tener el caso de una persona adulta mayor con Alzheimer. Ella podría querer vender una casa, pero al momento de acercarse a un notario, podría estar confundida, no recordar que quiere vender la casa y sentir que la están atacando o estafando. En dichas situaciones, una evaluación funcional permitiría determinar adecuadamente cuál es la verdadera voluntad de la persona.”

⁹⁴ La Ley de Personas Naturales y Medidas de Apoyo de Bulgaria de 2016 reconoce que nadie está ni puede estar protegido contra la toma de decisiones y elecciones incorrectas. Al Respecto, Shabani, nadie. Dimitrova, Marieta. *“El Punto de Inflexión: cambiar el Paradigma de la Toma de Decisiones por Sustitutos en Bulgaria”* En *“Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” op. cit.* pág. 316

la ayuda que realice la PATD, traerá como resultado que se pueda obtener un consentimiento para llevar a cabo un determinado acto o negocio jurídico.

2.2 Consentimiento simple o consentimiento informado

El esquema tradicional de la oferta al público como manifestación que constituye una declaración unilateral de la voluntad, así como el momento en que el proponente recibe la aceptación de la oferta por parte del destinatario, constituyen el consentimiento. Éste es fundamental para la validez y eficacia de los actos y negocios jurídicos. Deriva del latín *cum-sentire*. Y se utiliza para señalar la exteriorización de la voluntad y la existencia de la relación jurídica obligatoria.⁹⁵

Sin embargo, la mayoría de las legislaciones en materia de Salud a nivel mundial, establecen que este consentimiento simple; es decir, el que se otorga en el ámbito patrimonial, no es el idóneo para determinar decisiones relativas a tratamientos médicos, requiriendo un consentimiento informado. Eso ha generado la siguiente interrogante, ¿las PCD pueden consentir un tratamiento de salud? ¿A que nos referimos con un consentimiento informado?

Resulta curioso la manera en la que Inglaterra, país con un sistema jurídico perteneciente al *common law*, contempla en la *Mental Capacity Act* de 2005, cuando una PCD no puede tomar decisiones y, por ende, se considere que no puede emitir su consentimiento: 1) cuando no puede comprender la información, 2) cuando no puede retenerla, 3) cuando no puede sopesar la información y, 4) cuando no puede comunicar su decisión por ningún medio. Es un “test” a cargo de un equipo médico.⁹⁶

⁹⁵ Robles Farías, Diego. *op. cit.* pág. 211

⁹⁶ Marshall, Pablo. “Consentimiento Informado y Apoyo a la Toma de Decisiones: A propósito de las Reformas Legales en Latinoamérica” En “Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” *op. cit.* pág. 470

Esta ley recoge lo que se ha denominado como “*criterio funcional para la denegación de la capacidad jurídica*”. Criterio que, tiene como finalidad evaluar la capacidad mental y con ello, negarla, según la recomendación número uno del Comité de la CDPD⁹⁷. Por tanto, un desafío que tiene las PATD con las PCD es el respeto a su individualidad y autonomía como personas evitando llevar a cabo decisiones que pudieran poner en serio riesgo su salud y bienestar.

La necesidad del consentimiento informado deriva precisamente de la complejidad en la información que puede ser transmitida al paciente con discapacidad. Por tanto, las PATD, aunque conozcan la voluntad y las preferencias de los PDC, esto no asegura una eficiente de la información; es decir, comprender de los riesgos, consecuencias del diagnóstico y alternativas de los tratamientos que deben consentir.

Por ello se considera que el consentimiento informado es una forma en la que el médico puede asegurar su defensa en contra de aquellas acusaciones sobre mala práctica o derivada de su propia negligencia derivados de la falta de información al paciente. Aunque, generalmente, se asume que las decisiones médicas de bajo riesgo requieren un consentimiento simple; es decir no necesariamente un consentimiento informado.

⁹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Recomendación General número 1, de la ONU, párrafo 15. “*Para el criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y de negar la capacidad jurídica sí la evaluación lo justifica a Menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente este criterio es incorrecto por 2 motivos principales inciso a porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad e inciso b porque presupone que se puede evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y cuando la persona no supera la evaluación le niega un derecho humano fundamental el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley*”. Visible en formato electrónico: <https://indiscapacidad.cdmx.gob.mx/storage/app/media/links%20juridico/OBSERVACION%20GENERAL%20No%201%202014%20IGUALDAD%20ANTE%20LA%20LEY%20LF.pdf> consultado el 22 de febrero de 2025

En este consentimiento simple, lo que se busca es una comprensión general del procedimiento médico al cual el paciente se va a someter. Claro que el saber cuánta información es suficiente, es subjetivo. Lo suficiente dependerá del tratamiento médico a realizar y del estado de salud del paciente. Lo recomendado es que la información sea lo más detallado posible para facilitar su entendimiento por parte del paciente.

La información debe incluir por lo menos, alternativas médicas, riesgos que el tratamiento genera, así como las consecuencias que pueden ser previsibles y, desde luego, la opinión médica. En cambio, para aquellos procedimientos invasivos en los que se involucran un riesgo para la vida de la PCD, requieren, un consentimiento informado. Es habitual que se obtenga constancia del otorgamiento informado del paciente por escrito.

La omisión en la obtención del consentimiento informado acarrea que el médico pueda tener una infracción al no haberla proporcionado de manera completa, constituyendo negligencia y con ello dar lugar a una responsabilidad *artis ad hoc* por parte del médico. Así, en el caso de que el médico deba cerciorarse de que la PCD tiene capacidad para comprender el tratamiento médico dado por esa información general y no lo hace, se estaría ante una falta de consentimiento.

Pero no se puede decir que la falta de comprensión en la información en un tratamiento médico sea consecuencia de una falta de capacidad. Pues, si no cualquier persona que no pudiera entender las alternativas, los riesgos y las consecuencias previsibles de la intervención médica por lo que tendría que ser

declarada como no hábil para otorgar su consentimiento.⁹⁸ Y es que, la principal característica que tiene el consentimiento informado es su carácter permisivo.

Esta permisibilidad del consentimiento informado consiste en brindarle la oportunidad a quien lo ejerza de que sin dicha información no se pudiera tomar alguna decisión importante. Por lo que si el paciente no supiera o no entendiera lo que está consintiendo, esa autorización, no se podría llevar a cabo por invalida por carecer de la información oportuna para poder otorgar su consentimiento debidamente informado.

Por tanto, en el consentimiento informado debe requerirse de una comprensión intermedia; es decir, no se requiere entender todos los detalles del tratamiento médico, pero sí requiere entender, por lo menos tres situaciones: Primero, el hecho de que se está ante una solicitud de consentimiento; segundo, conozca la forma en que se puede otorgar ese consentimiento o de cómo puede rechazarlo y, tercero, como poder indicar la intervención para la que está otorgando su consentimiento.

Por otra parte, si bien en Latinoamérica en países; como Costa Rica, Perú y Colombia, se llevaron a cabo las reformas necesarias para salvaguardar los derechos de las PDC, no menos cierto es, que estas reformas en ninguna de ellas se abordó la regulación de PATD para brindar el apoyo del consentimiento informado de aquellos pacientes con discapacidad.⁹⁹ Dichas reformas que en su mayoría se suscitaron en ordenamientos civiles y en las legislaciones de salud.

⁹⁸ Marshall, Pablo. “Consentimiento Informado y Apoyo a la Toma de Decisiones: A propósito de las Reformas Legales en Latinoamérica” En “Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” *op. cit.* pág. 478

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 481, señala: “si bien la reforma colombiana es más o menos explícita al mencionar la extensión de las directivas anticipadas a la esfera de la salud ninguna de las reformas modificó la legislación que regula de forma general el CI por tanto las reformas dejaron vigentes las normas sobre CI que razonan sobre la base de sustitución de voluntad de las personas incapaces sin

Un caso particular ha sido, lo contemplado en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina); pues en este, se regula el consentimiento informado para el caso de las PDC. Establece que dicho consentimiento informado puede ser otorgado por el: “...representante legal el apoyo el cónyuge el conviviente el pariente o el allegado que acompaña al paciente siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud.”¹⁰⁰

Sin embargo, existen países, como en Zambia, en donde el Poder Judicial ha declarado que no son inconstitucionales las leyes que regulan los trastornos mentales (*Mental Disorders Act 2017*) que no reconocen a las PCD el derecho de otorgar su consentimiento informado en los tratamientos médicos; declarándose únicamente inconstitucional el lenguaje despectivo en la que se redactó. Así, quedó resuelto en *Gordon Maddox Mwewa and others Versus Attorney General*.¹⁰¹

En Kenia, mediante el caso *Wilson Morara Siringi versus Republic*, se estableció que las PCD intelectuales o psicosociales no pueden otorgar su consentimiento legítimo para mantener relaciones sexuales, al considerar que dichas personas carecen de capacidad jurídica, por lo que el mero hecho de que tenga una

establecer reglas especiales para PDIC ni contemplar expresamente apoyos o salvaguardas. Lo grave de esta situación es que no es claro en qué caso se aplicarían los apoyos ni de qué forma operarían.”

¹⁰⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Visible en formato electrónico en https://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf consultado el 22 de febrero de 2025

¹⁰¹ Msipa, Dianah. “Revisión Crítica de las Reformas a la Capacidad Jurídica en la Región Africana” En “Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos” op. cit. pág. 280, narra: “Los demandantes en el caso Mwewa entablaron un proceso en la Suprema Corte de Zambia conforme al artículo 28 de la Constitución en el que cuestionaban la constitucionalidad de la Ley de Trastornos mentales. Los demandantes también solicitaban un dictamen para proteger a las personas con discapacidades mentales de la detención ilegal y garantizar sus derechos, incluido el derecho a dar consentimiento informado a tratamientos médicos e ingresos en instituciones médicas”

discapacidad mental, éste no puede consentir una relación sexual; es decir, no es apto para llevar a cabo una función específica.¹⁰²

Por tanto, podemos ir concluyendo que para que el consentimiento informado sea efectivo, desde el punto de vista jurídico, es necesario que exista una comprensión de la información que se entrega de parte de la PATD a la PDC. Consideramos que también se logra a través de proporcionar los ajustes razonables pertinentes. Será importante reflexionar sobre la posibilidad que, para ayudar en la emisión del consentimiento informado, la PATD cuente con alguna formación médica.

2.3 La persona de apoyo en la toma de decisiones: su designación en instrumento público ante notario

Uno de los principales problemas que detectó la CDPD para la eficacia de los derechos de las PCD, es precisamente el ejercicio de su capacidad jurídica. Sus restricciones en las leyes civiles de la mayoría de los países originaron barreras que parecían insuperables, al establecer que se requerían requisitos previos cognitivos, como, por ejemplo, el no estar privado de la razón, para poder reconocérseles personalidad jurídica y con ello, el ejercicio de su capacidad legal.

En su Observación General número 1, el Comité de la CDPD, identificó tres criterios jurídicos, según el derecho comparado, que restringen la capacidad jurídica de las PCD. Estas restricciones son catalogadas por la condición o de estatus, por los resultados y por la funcionalidad.¹⁰³ Estos tres modelos de restricción son, desde

¹⁰² *Ibidem*, pág. 275

¹⁰³ *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Recomendación General número 1, de la ONU, párrafo 15. Visible en formato electrónico en: <https://indiscapacidad.cdmx.gob.mx/storage/app/media/links%20juriddico/OBSERVACION%20GENERAL%20No%201%202014%20IGUALDAD%20ANTE%20LA%20LEY%20LF.pdf> consultado el 22 de febrero de 2025 En igual sentido, Bregaglio Lazarte, Renata Anahí; Constantino Cayoho, Renato Antonio. En “La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana... op. cit. pág. 44*

luego, señalados como discriminatorios por motivo de discapacidad al violentar el artículo 12 de Igual reconocimiento como persona ante la ley, de la CDPD.

La restricción por condición consiste en restringir la toma de decisiones de la PCD basándose en un diagnóstico de discapacidad. Cualquier deficiencia ya sea física, mental o psíquica, por el simple hecho de tenerlo, es suficiente para delimitarla. En la restricción por resultados, se limita la capacidad jurídica derivada de la decisión “inadecuada” que toma la PCD al encontrarse en una situación concreta al considerarse que dicha decisión no fue adecuada conforme a sus intereses.

Y la restricción por funcionalidad, es aquella limitación que se realiza una vez analizado si la PCD puede comprender las consecuencias del acto o negocio jurídico que va a celebrar. Por tanto, para garantizar la correcta interpretación y aplicación del artículo 12 de la CDPD, la capacidad jurídica no puede ser limitada conforme a dichos criterios, pues, se considera que: “*la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho*”.¹⁰⁴

Por tanto, la capacidad jurídica no puede ser limitada por una evaluación de la capacidad mental o la competencia para tomar decisiones, ni basarse en la condición o estatus como puede ser el de un diagnóstico de trastorno mental o restringir la capacidad jurídica por considerar que la PCD es peligrosa para sí misma o para los demás y, por ende, puede tomar una decisión inadecuada conforme a sus necesidades e intereses.

Por ejemplo, esta restricción por resultados se encuentra muy arraigada para justificar la exclusión de la participación electoral de PCD mental, al considerar que

¹⁰⁴ Hernan Sampietro, María. *op. cit.* pág. 246

“*carecen de la capacidad*” para llevar a cabo decisiones de manera racional y, por ende, escoger las peores opciones disponibles en la papeleta de votantes. Presuponen que no son capaces de comprender su voto, por lo que no tiene importancia reconocerle una participación democrática en la vida política del país.¹⁰⁵ Evidentemente tal argumento es soez, para discriminar a las personas con discapacidad mental, pues, ¿qué ciudadano que ha ejercido su voto realmente lo ha emitido de manera razonablemente? Uno de los principios universales de la emisión del voto, es que se emita de manera libre y secreta. La PCD es un ciudadano que contribuye económicamente al país con el pago de sus impuestos por lo que tiene derecho a participar en la vida política de su país.

Como ya lo hemos afirmado, el artículo 12, da igual reconocimiento como persona ante la ley, siendo el corazón latente de la propia Convención, ya que establece la regla general de que las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica por sí mismas. Es decir, tienen derechos y pueden ejercerlos por sí mismas, al ser personas iguales ante la ley. Por tanto, tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Asimismo, las PCD tienen derecho al ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Esta capacidad jurídica universal, se fundamenta en el principio *pro-persona*. Esta disposición establece el deber legal de los Estados parte de ofrecer los apoyos pertinentes que

¹⁰⁵ Ponce de León Solís, Viviana. “*Inclusión electoral de personas con discapacidad mental en Chile*”. En Revista “*Ius et Praxis*”, Talca, Volumen 26, número 2, pág. 149, agosto, 2020. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000200147&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 24 de febrero de 2025

las PCD puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, asegurando que se le proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas.

La regla general que establece el artículo 12, es que la PCD solo ella es quien puede decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque. Los errores o malas decisiones las realizamos todos las personas al menos una vez en nuestra vida. Todos tenemos el derecho a equivocarnos, de tomar una decisión errónea. No es lo mismo tomar decisiones en nombre de otra persona, porque así nos lo pide, que tomar decisiones por otra persona, porque simplemente la sustituimos.

El principal acierto que tiene la CDPD en comparación con otros instrumentos internacionales que han tratado de reconocer los derechos humanos de las personas con discapacidad, consiste en ser el primer tratado de derechos humanos en el que participaron, ellos mismos, en su discusión y redacción. Por tanto, se considera que la redacción del artículo 12 es un gran reconocimiento de los derechos humanos para la PCD, al reconocerle personalidad jurídica.

Pues lo que establece, como ya se ha mencionado, es que las PCD puedan realizar actos o negocios jurídicos en igualdad de condiciones al resto de las personas, con la intervención de las PATD necesarios cuando lo requieran sin que sustituyan esa voluntad. La personalidad jurídica es un derecho humano del que goza cualquier persona como su titular y se compone de “atributos”; entre los que se encuentran la capacidad jurídica.

No debe confundirse personalidad jurídica con capacidad jurídica. La personalidad es la idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones permitiendo establecer cualidades o atributos. Así el atributo que individualiza a la persona, se llama nombre; el que lo ubica, se llama domicilio; el que determina la relación en un grupo

familiar y el Estado, se llaman Estado civil y nacionalidad; y el atributo que lo dota de operatividad se denomina capacidad jurídica y patrimonio.¹⁰⁶

Por tanto, la capacidad jurídica es un atributo de la personalidad jurídica. La capacidad jurídica es una aptitud legal de la persona que la habilita para poder llegar a ser titular de derechos y obligaciones y de ejercerlos por sí misma. Sus especies, son la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Las características de la personalidad consisten en ser única, indivisible y abstracta. En cambio, las características de la capacidad consisten en ser múltiple, diversificable y concreta.¹⁰⁷

A nivel internacional, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas se contempló por primera ocasión en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que señala: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Asimismo, aparece regulado de manera implícita en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1981, al: *“... garantizar su libre y pleno ejercicio...”*

Posteriormente, será con la aprobación de la CDPD y de su Protocolo Facultativo¹⁰⁸, el 13 de diciembre de 2006, durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución A/RES/61/106, que se reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las PCD, lo cual

¹⁰⁶ Rico Álvarez, Fausto. *“De las Personas”*. Porrúa, México, 2018, pág. 25

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 27

¹⁰⁸ Este instrumento internacional y su Protocolo Facultativo estuvo disponible a firma el 30 de marzo de 2007, y el 30 de abril de 2008, tras recibir la vigésima ratificación, entraría en vigor de modo efectivo en un período de treinta días, lo que tuvo lugar finalmente el 3 de mayo de 2008.

admite que es “*un atributo inherente a las personas*”, mismo que tiene sustento en el principio *pro-persona*. Se trata de una capacidad jurídica Universal.¹⁰⁹

Cabe señalar que para la aprobación de la CDPD fueron necesarios ocho períodos de sesiones desarrollados entre los años 2002 y 2006. Uno de los periodos con mayor intercambio de ideas fue el desarrollado en la vigésima sesión por el Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar el proyecto de Convención, en el que se presentó un texto base que mencionaba el reconocimiento de la “plena capacidad jurídica” de las PCD: concretamente el inciso b) del artículo 9.¹¹⁰

¹⁰⁹ Señala Rodríguez Alfaro, María I. “*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los Principales Desafíos para el legislador chileno*”. En Revista de Derecho Concepción, volumen 90, número 252, pág. 50, diciembre 2022. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-591x2022000200045&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 24 de febrero de 2025, que: “*Este nuevo modelo, denominado de la capacidad jurídica universal, se fundamenta en el principio pro homine y cuestiona el modelo tradicional de sujeto de derecho, porque estima que se otorga un valor excesivo a la racionalidad de la persona en la toma de sus decisiones, planteándola como una construcción social desarrollada por ser útil para la mayoría, pero excluyente de las personas con discapacidad.*”

¹¹⁰ Torres, María. “*La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020 pág. 38 Este artículo señalaba: “*Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley. Los Estados Parte: a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas. b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, incluso en el ámbito económico requiera asistencia: i) Ésta sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades; ii) Las decisiones del caso sean adoptadas exclusivamente de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan; d) Se asegurarán de que las personas con discapacidad que experimenten dificultades para hacer valer sus derechos, entender información y comunicarse tengan acceso a la asistencia necesaria para entender la información que les es presentada y para expresar sus decisiones, opciones y preferencias, así como para concertar acuerdos vinculantes o contratos, firmar documentos y actuar como testigos; e) Tomarán todas las medidas que sean adecuadas y efectivas para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero; f) Se asegurarán de que las personas con discapacidad no se vean privadas de su propiedad de modo arbitrario.*”

Es interesante mencionar que este inciso b), aparecía en el proyecto con una nota al pie de página en el que se abordaba que no se aceptaba que los menores tuvieran plena capacidad jurídica ni los menores con discapacidad. En el inciso c), se introdujo, por primera vez, el modelo de toma de decisiones mediante asistencia o apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, el cual posteriormente será ubicado en el artículo 12.3 de la propia Convención.¹¹¹

El artículo 9 será objeto de un nuevo planteamiento basándose en la redacción del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDN), y la nueva redacción del párrafo primero del artículo 9 a propuesta de Rebecca Netley de Canadá:¹¹² *“Los Estados parte reafirman que las PCD tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley”* Actualmente, el artículo 12.3 impone a los Estados el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para proveer a las PCD, el apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es decir, la persona de apoyo será considerado como una herramienta o un medio para facilitar la expresión de la voluntad de una PCD al momento de tomar una decisión con consecuencia de derecho para el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 40 Agrega: “Se mantenía el criterio ordenado por las directrices marcadas en el Informe de la reunión de Expertos sobre la Convención Internacional Amplia e Integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad celebrada en México del 11 al 14 de julio de 2002 donde, si bien se introducía el sistema de asistencia en la toma de decisiones, igualmente se mantenía con carácter restrictivo y limitado siempre a casos excepcionales el tradicional sistema de representación.”

¹¹² *Ibidem*, pág. 47 menciona que: “Tuvieron lugar extensas deliberaciones acerca del párrafo 1 del proyectado artículo 9 y se acordó utilizar el texto del párrafo 1 presentado por la facilitadora sobre el apartado a) del texto del Grupo de Trabajo.”

El apoyo tendrá como objetivos: a) obtener y entender información para la PCD; b) evaluar las posibles alternativas de la decisión y sus consecuencias que tomará la PCD; c) expresar y comunicar una decisión conforme a las intenciones de la PCD; y/o d) ejecutar la decisión de la PCD. De esta manera, Los apoyos o PATM son quienes ayudarán a la persona con discapacidad a comprender la magnitud del acto jurídico que debe realizar y a actuar conforme a su voluntad y preferencias.¹¹³

Una medida de apoyo puede consistir tan solo en la compañía para la PCD con la finalidad de realizar algún trámite, dar un consejo, brindar una orientación, buscar alguna información o incluso, coadyuvar en dar asesoría en la celebración de algún acto jurídico, lo que dependerá de las necesidades que se le presenten a la PCD. Los apoyos otorgan asistencia y orientación a la PCD para que pueda ejercer sus derechos y libertades.

No deben confundirse con las medidas de accesibilidad, el artículo 2 señala que sirven para *“asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”*.

En cambio, los ajustes razonables, como se explicará más adelante son *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para*

¹¹³ Bregaglio Lazarte, Renata Anahí; Constantino Cayoho, Renato Antonio. En *“La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana... op. cit. pág. 46*

garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, según lo destaca el mismo artículo 2 de la CDPCD.

Conforme a la Observación General número 1, el Comité CDPD, dispone que es un mecanismo que la CDPCD prevé con la finalidad de facilitar que la PCD pueda hacer efectivos todos sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas y sin discriminación. Se les debe entender en su individualidad, conforme a su tipo de discapacidad y debe responder a la condición específica de la persona y al contexto en que desarrolla su vida, haciendo válidas sus decisiones.

La PATD, cuando funge en ayuda de una PCD que no puede expresar su voluntad, deberá actuar conforme la voluntad o preferencias de la PCD. Por tanto, dependerán del contexto que presente y de la necesidad que le genere. No debe ser considerada como una “medida rígida”, ni contemplarse como exclusivo de la autoridad judicial; pues, la elección de la PATD debe contemplarse como un acto voluntario de la PCD, designándose en escritura pública ante notario.

Y es precisamente la actuación del notario latino, un elemento de coadyuvancia en el ejercicio de los derechos de la PCD. Al notariado latino pertenecen aquellos países que adquirieron el derecho romano como su sistema jurídico. Así, el sistema del notariado latino, se basa en dar forma a un acto o negocio jurídico bajo su propia autoría, redactando, conservando, reproduciendo, autorizando y registrando un instrumento en su protocolo.

El notariado latino a diferencia del anglosajón se le reconocen condiciones de responsabilidad, probada honorabilidad y principalmente, de alta capacitación jurídica encaminada a garantizar seguridad y certeza jurídica de los actos o

negocios jurídicos que se realizan por los integrantes de la sociedad e intervenir como auxiliar en la administración de justicia en aquellos actos en los que no exista pleito judicial.

Por ello, el notario de corte latino es aquel profesional del derecho al cual se le ha delegado la función de fe pública (función notarial) por parte del Estado y se encuentra facultado a dar forma y autenticidad de los actos que pasan ante su fe o de los hechos que puede certificar al redactar, autorizar, conservar y reproducir mediante instrumento público notarial. Características que son concurrentes para proponer al notario como el formalizador idóneo en la designación de apoyos.

Como ya lo hemos mencionado, los principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino correspondientes a la Unión Internacional del Notariado, las cuales fueron aprobadas el 8 de noviembre de 2005 por la Asamblea General de las Cámaras de Notarios miembros de la UINL en Roma, Italia; establecen que el notario es únicamente un profesional del derecho, sino también es titular de una función pública.

No se debe olvidar que el notariado surge de la necesidad apremiante por parte del Estado de brindar certidumbre y seguridad jurídica a los negocios jurídicos que nacen de sociedades cada vez más complejas. Para ello, el Estado crea la figura de fe pública estatal, entendida como el creer en algo que no se percibe con los sentidos, siendo el propio Estado el que impone la obligación a la sociedad de tener por cierto lo que no presenciaron.¹¹⁴

¹¹⁴ Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, *op. cit.* pág. 174.

Por ello, el notariado como una institución es una garantía que brinda seguridad jurídica a través de la fe pública. No debe pasar inadvertido que con la seguridad se asegura al ciudadano la certeza de su situación jurídica, antes y después. Esta se logra a través del propio derecho y mediante las instituciones jurídicas. Como lo es la notarial. En este sentido, la institución notarial tiene como objetivo la seguridad del tráfico jurídico.¹¹⁵

Es así, como el notario moderno deja de ser por un mucho un documentador, pues va más allá para considerarlo como un traductor jurídico de la realidad social, ya que interpreta los actos y hechos que se le presentan para otorgarles la forma legal y en su caso dando fe de su existencia. Así, la actividad del notario abarca el escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el documento notarial.

Todo ello es lo que también se le conoce como “*proceso documentador*”, el cual, algunos doctinarios,¹¹⁶ han identificado que se compone por cuatro etapas. La primera etapa, denominada *estudio de rogación* a través de la *rogatio*. Aquí se inicia la relación entre cliente y notario. La segunda etapa se denomina *calificaciones*. En esta etapa el notario emite un juicio de apreciación con base a la información obtenida en la primera etapa.

¹¹⁵ Enrenberg, Victor. “*Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*”. Colección Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Madrid, 2003. pág. 36, señala que: “*La seguridad jurídica (en el sentido estricto de la expresión) consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior a las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esta persona.*”

¹¹⁶ De P, Morales, Francisco. “*Derecho Notarial Mexicano*”, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 2000, págs. 85-100.

La tercera etapa se denomina *configuración y redacción*. Al haber obtenido información mediante la entrevista y la documentación exhibida, el notario como perito en derecho se encuentra en condiciones para redactar el documento notarial que interpreta la voluntad de las partes. Esta redacción es bajo su responsabilidad. El notario latino que cuenta con el conocimiento jurídico ahora deberá desarrollar su propia técnica notarial para redactar el documento ideal.

Por último, la cuarta etapa se denominada *segunda audiencia*, la cual consistente en la lectura del documento notarial y el acto de la firma por parte de los otorgantes, intervinientes y el notario. El notario deberá leer en voz alta el instrumento y con ello explicar el valor y las consecuencias legales del acto, lo cual hará constar ante su fe. La doctrina y en algunas legislaciones notariales, se admiten la excepción de que las partes lo releven de esa obligación o que a su juicio no proceda.

Estas cuatro etapas nos son útiles para esquematizar la participación notarial en la designación de apoyos y salvaguardias en instrumento público. Y es que, la intervención notarial es una garantía institucional para salvaguardar el ejercicio de la capacidad jurídica de la PCD. Es así, como el notariado latino, en cumplimiento a su función social, es en sí mismo, un apoyo y salvaguardia, pero también se debe considerar como un ajuste razonable para la PCD.

Solamente se podrá denegar la autorización del instrumento cuando al notario le haya sido imposible llegar a conocer la voluntad de la PCD, y no por el hecho de que la PCD tenga disminuida su capacidad mental, el notario acoja una solución fácil y cómoda para no brindarle el servicio notarial, lo cual a todas luces es un trato discriminatorio debido a la disminución de la capacidad mental del solicitante. Por ello, es fundamental distinguir entre la capacidad jurídica y la capacidad mental.

Tal diferenciación, ha sido proporcionada por el Comité de la CDPD a través de la Observación General número 1, en la que claramente refiere que la capacidad jurídica es la PCD ejercite por sí mismo o mediante ayuda, los derechos y obligaciones que todas las personas tenemos. Es decir, el tomar decisiones y ser responsables de las consecuencias de las decisiones tomadas. En cambio, la capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones.¹¹⁷

Es decir, todas las personas tenemos distintas capacidades mentales, algunas personas requerimos de la ayuda de alguna otra persona para tomar una decisión. Por tanto, todas las personas tenemos derecho a contar con una capacidad jurídica, aunque tengamos una capacidad mental desigual. El problema ha radicado en que la gran mayoría de las legislaciones civiles y patrimoniales determinan como una misma capacidad tanto a la jurídica como a la mental.

Por ello, si el individuo presenta dificultades para la toma de decisiones, se le evalúa de manera subjetiva su capacidad mental. Si es poca, se le niega el ejercicio de su capacidad jurídica. No se le permite que pueda tomar decisiones, evidenciando un trato discriminatorio. Es el propio Comité, en interpretación del artículo 12, que insta a los Estados parte a desterrar leyes que utilicen como parámetro la capacidad mental para negar el ejercicio de la capacidad jurídica.

La solución es brindar apoyos a las personas que lo necesiten para que puedan ejercer su capacidad jurídica. Estos apoyos pueden ser muchos y con distintas características, desde la persona de confianza de la PCD que le puede ayudar a decidir, como aquella persona que también tiene las mismas características con

¹¹⁷ *op. cit.* párrafo 2.

situaciones parecidas y que le pueden brindar una ayuda con su propia experiencia.

Y desde luego, se encuentra el notariado como una institución de confianza.

El notario es un apoyo a la PCD, debido a la propia naturaleza de su actuación. Ya lo mencionábamos en las etapas del “*proceso documentador*”, el notario, una vez que personalmente entrevistó a la persona emite un juicio lógico con valor jurídico¹¹⁸ o “juicio de calificación”¹¹⁹, con base a la información obtenida en un momento concreto para llegar a la conclusión de autorizar o no, un acto o negocio jurídico determinado a través de la dación de fe.

En estas dos primeras etapas del “*proceso documentador*”, es a nuestra consideración, el momento fundamental para que el notario, a través de distintas entrevistas con la PCD, pueda percibir e indagar de manera completa cuáles son los apoyos pertinentes y ajustes razonables que deberá de requerir la PCD para conocer su efectiva voluntad sin tener la obligación de solicitar dictámenes clínicos o cualquier otro,¹²⁰ sin perjuicio de dar la asesoría jurídica solicitada.

¹¹⁸ Mejía Rosasco, Rosalía. “*La Implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la Función notarial*” Colegio de Notarios de Lima, 2019. pág. 24, señala: “*Podemos afirmar que los juicios que emite el notario son juicios lógicos con valor jurídico, como actos de pensamiento, por medio de los cuales el notario llega a una conclusión o convencimiento, que dotan de seguridad al acto o negocio y del que derivan efectos jurídicos. Desde el punto de vista de la lógica, el juicio favorable del notario es afirmativo, singular, categórico y asertórico.*”

¹¹⁹ En nuestra opinión consideramos que este juicio de calificación se circunscribe a la valoración que el notario percibe de la persona que comparece ante él; por ejemplo, sobre la capacidad jurídica por razón de la minoría de edad, la legitimación y la legalidad para realizar el acto o negocio jurídico, la existencia de restricciones jurídicas o administrativas del propio acto a desarrollar, la información que recibe a través de la asesoría jurídica que le proporciona para que pueda emitirse un consentimiento informado sin ninguna coacción, manipulación o influjo contrario a la verdad.

¹²⁰ Mejía Rosasco, Rosalía. *op. cit.*, pág. 29, la autora menciona: “*Este juicio está atribuido exclusivamente al notario. Se trata de una obligación no delegable, por lo que no tiene obligación de pedir informes o dictámenes médicos o psicológicos. Esto no impide que, llegando el caso, pueda solicitar ayudas, informes o dictámenes, por ejemplo, de algún profesional de la medicina o la psicología, pero que no pueden limitar ni condicionar su obligación de prestar apoyos y de emitir su personal juicio de capacidad.*”

Consideramos que estas entrevistas que realice el notario con la PCD deben quedar plasmadas en el propio instrumento notarial o en un acta de notoriedad aparte para comprobar la existencia de la atención del servicio notarial prestado y el historial de cómo se fue desarrollando la emisión de la voluntad manifestada de la PCD a través de los apoyos, la supervisión del salvaguardia respectivo y los ajustes necesarios que se le brindaron para obtener esa voluntad.

Esa efectiva voluntad emitida con la ayuda de las PATD debe reflejar lo realmente querido por la PCD; es decir deben ser resultado de las intenciones expresadas. Por lo que el notario deberá de respetar esa decisión, aunque pudiera ser incorrecta. Ya hemos señalado que todas las personas, en algún momento de nuestras vidas podemos tomar una decisión que puede ser equivocada, esta debe de respetarse, además de asumir las posibles consecuencias.

Ante esta decisión emitida libremente pero aparentemente equivocada a los propios intereses de la PCD y la PATM, el notario a pesar de hacerle ver el posible perjuicio tendrá que respetarla y autorizar el instrumento, salvo que sea decisión sea contraria a la ley, a la moral o afecte derechos de tercero. Siendo lo recomendable que, el notario asiente en el propio documento notarial, que le advirtió a la PCD sobre su errónea decisión a pesar de la propia insistencia de ella.¹²¹

No debe olvidarse que en las conversaciones o en lo asentado en el instrumento notarial o en cualquier documento que surjan de esas conversaciones o entrevistas que ayuden al notario a obtener la voluntad de la PCD, deberá de redactarse en un formato accesible que puede consistir en un lenguaje claro y sencillo para ser

¹²¹ *Ibidem*, pág. 31

comprendidos por la PCD y la PATD, en atención al reconocimiento de la accesibilidad a la información y comunicaciones según el artículo 49 de la CDPD.

Tanto el uso de un lenguaje claro y sencillo en el desarrollo de cada una de las conversaciones que se lleven a cabo en las entrevistas entre la PCD, la PATM y el notario, así como la propia redacción del instrumento notarial en un formato accesible de lectura fácil, en nuestra opinión, deben considerarse como los ajustes razonables que deberá de considerarse siempre, con el fin de ayudar a la PCD a manifestar su voluntad real y facilitar al notario en recibirla u obtenerla.

Desde luego, la única condicionante de que el notario no pudiera obtener esa voluntad o decisión de la PCD con la intervención de la PATD, sería a consecuencia por la falta de interacción en la comunicación con el entorno, y principalmente, por la no comprensión de las consecuencias de los actos o negocios jurídicos a celebrar a pesar de la mediación de los apoyos, así como de haberse llevado a cabo los ajustes razonables pertinentes. Debiendo dejar constancia de ello en el instrumento. Por consiguiente, ¿cuál es el contenido del instrumento notarial en el que la PCD designa apoyos y salvaguardias? En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de ese instrumento debe consistir en un convenio o contrato. Pues, se trata de un acuerdo de voluntades entre la PCD, que propone a la persona o personas que fungirán como su apoyo, y, por otra parte, la aceptación de esa persona o personas propuestas. De esta manera consideramos la existencia de un clausulado.

Como abogados de notaría y notarios adscritos en la que pudimos coadyuvar, junto con el notario titular, en la redacción, sin afán de presunción, en uno de los primeros

convenios en México,¹²² de designación de apoyos y salvaguardias de una PCD en sede notarial en formato de lectura fácil, a pesar de la falta de armonización legislativa civil y notarial;¹²³ creemos que el contenido mínimo que dicho convenio en escritura pública debe tener un clausulado muy conciso.

Este clausulado debe considerar la obligación de identificar en un solo acto a la PCD y a la PATD, establecer la aceptación por parte de la PATD, consignar de manera concreta las facultades de la PATD, así como la obligación de las PATD para respetar las decisiones de la PCD; señalar en que supuestos intervendrá la PATD y

¹²² Al respecto, los suscritos en conjunto con el notario Erik Madrazo Lara, titular de la notaría 7 de la Vigésimo Primera demarcación con residencia en Coatzacoalcos, Veracruz; se formalizó ante su fe, el primer convenio de designación voluntaria de apoyo y salvaguardia de una PCD en México y el otorgamiento de un Poder General para Pleitos y Cobranzas y actos de administración con objeto limitado al inmueble en copropiedad de la PCD. Se trató de una mujer con un retraso moderado por hipotiroidismo congénito que compareció junto con su madre en marzo de 2024 a dicha notaría. Se llevaron a cabo por lo menos cuatro entrevistas en donde el notario pudo obtener la manifestación de voluntad de la PCD. Pudimos elaborar un proyecto de poder notarial redactado en un formato accesible de lectura fácil, para lo cual consultamos manuales sobre como elaborar documentos en formato de lectura fácil, desde luego consultaos la “Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad” que emitió la Unión Internacional del Notariado a través de la Comisión de Derechos Humanos, algunos documentos sobre el Centro Español de Documentación sobre Discapacidad y del Consejo General del Notariado Español, En México, nos dimos cuenta que hay escasa bibliografía sobre estos temas, apenas una Guía para elaborar sentencias en formato de lectura fácil dirigidas a personas con discapacidad intelectual editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

¹²³ Esta nula armonización legislativa consiste en no adecuar los preceptos de la CDPD a través de una reforma a los códigos civiles y las leyes del notariado estatales. Por tanto, estas normativas siguen regulando las consecuencias de la incapacidad natural de las personas, la declaración del estado de interdicción para los “incapaces” y la designación de tutor y curador; así como se sigue sin reconocer la capacidad jurídica universal. En materia notarial, se sigue considerando la obligación del notario de cerciorarse de que existan manifestaciones patentes de incapacidad natural o de estar sujetos de incapacidad civil. Lo anterior no fue excusa para no hacer efectiva la protección de los derechos de las PCD en sede notarial mediante la redacción de un convenio de designación de apoyos y salvaguardias en formato de lectura fácil. Para más información sobre este asunto, puede consultarse en la ponencia impartida el día 31 de enero de 2025 vía remota para el Colegio de Notarios Públicos del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, disponible en la página de Facebook de dicho colegio. Así como nuestra intervención en el VIII Congreso Jurídico Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad/Dependencia “In.Xurga” en Galicia el 27 de febrero de 2025, disponible en la página de Facebook de dicha asociación.

su duración; la designación de salvaguardias y su deber de informar en caso de la existencia de algún conflicto de intereses entre la PCD y la PATD.

En el caso de México, ante esta falta de armonización legislativa, queda la función creadora del propio notario, pues a través de su conocimiento jurídico que puede resolver una problemática que se le presenta. Consideramos que es una excelente oportunidad que tiene el notariado mexicano para demostrar una vez más la importancia que representa en la sociedad y en la protección de los derechos humanos de las PCD en el ejercicio de su capacidad jurídica universal.

En definitiva, el notariado latino es una institución proactiva con un fin principal en el ejercicio de su función social, el evitar actos discriminatorios; pues no se limita en valorar la capacidad mental de la PCD, sino, el de hacer constar en sede notarial los apoyos pertinentes a favor de cualquier persona mayor de edad con discapacidad o no, las salvaguardias y los ajustes razonables óptimos para que la PCD ejerza su capacidad jurídica universal conforme al artículo 12 de la CDPD.

Desde luego, no debemos pasar desapercibido que las instituciones jurídicas se perfeccionan con el tiempo y con otras experiencias. Por ello, el derecho comparado es fundamental para adoptar y perfeccionar lo que en otros países no se ha considerado respecto a la designación de apoyos y salvaguardias en sede notarial. Y es que precisamente, el derecho de usar apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica universal de la PCD es una institución jurídica del derecho canadiense.¹²⁴

¹²⁴ Señala Kerzner, Lana. En *“La Capacidad Jurídica en Canadá: un análisis de la igualdad de derechos a la luz de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”* En *“Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos”* op. cit. págs.554-555, que: *“La experiencia en la legislación canadiense se examina a efectos comparativos y para demostrar un método de análisis de los derechos de igualdad. Canadá es una jurisdicción apta para este estudio de caso, ya que fue el principal Estado parte de la Organización de las Naciones Unidas en el desarrollo del artículo 12. Tal como lo describe Julián*

En el Perú, la Ley número 29973 Ley General de Personas con Discapacidad del 24 de diciembre de 2012 y el Decreto Legislativo número 1384 del 4 de septiembre de 2018 reconocen y regulan la capacidad jurídica de la PCD en igualdad de condiciones modificando el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y el Decreto Legislativo del Notariado, introduciendo el régimen para la toma de decisiones con apoyo y el derecho de ajustes razonables en sede notarial y judicial. En el ámbito judicial, se denomina “*reconocimiento judicial de apoyos y salvaguardias*” y es designado por un juez competente. En sede notarial, se denomina simplemente “*designación de apoyo*”, según lo señala el 659-D del Código Civil. La solicitud de la PATD es de carácter voluntario y a petición de cualquier persona mayor de edad. Esta legislación le concede a la PCD el derecho de repetir por los daños y perjuicios generados por el apoyo.

Sin embargo, se plantean tres regímenes: 1) Se puede designar un apoyo ante juez o notario y no implica renuncia a la capacidad jurídica, 2) se pueden designar en vía notarial, “*apoyos a futuro*”, en previsión de requerir en el futuro ayuda para ejercitar su capacidad jurídica señalando en qué momento surte eficacia y, 3) en caso de que la persona no pueda expresar su voluntad por ningún medio y sea necesaria la designación de apoyos por parte del juez competente.

Asimismo, se reconocen tres tipos de apoyos: 1) los que facilitan la comunicación para la celebración de un acto jurídico; 2) los que ayudan a comprender el acto

Walker y citando un documento conjunto del Consejo de Canadienses con Discapacidad y la Asociación Canadiense para la Integración Comunitaria. “La fuerte contribución de Canadá a la CDPD permitió que ciertos valores canadienses quedarán consagrados en el Derecho internacional de los derechos humanos”. Walker también afirma lo siguiente, citando ese documento: “el artículo 12 (i) fue facilitado a través de la delegación canadiense y asegura un enfoque progresivo a la capacidad jurídica y, por primera vez en el derecho internacional, reconoce el derecho a usar el apoyo para ejercer la capacidad jurídica de una persona, (una solución hecha en Canadá).”

jurídico y las consecuencias de este, y 3) los que ayudan en la expresión e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. La PATD, no cuenta con facultades de representación, salvo que se establezca expresamente por parte de la PCD o el juez competente en caso de la designación de apoyos extraordinarios. Precisamente en relación con la designación de apoyos extraordinarios, el artículo 659-E del Código Civil, establece que el “*proceso de designación judicial de apoyos*”, opera cuando: I) la PCD no puede manifestar su voluntad frente a un acto jurídico y II) requiere realizarlo para garantizar sus derechos. Solo son designados vía judicial y son representativos. Por ejemplo, en el caso de una PCD que no puede emitir su voluntad, pero requiere someterse a un tratamiento médico.

Se prevé que, “*En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida*”. Por tanto, la PATD debe actuar conforme a la voluntad y preferencias que en algún momento manifestó la PCD. Serán discutidas en audiencia y consideradas en la sentencia. Por último, la Ley número 30947 de Salud Mental reconoce la capacidad jurídica de las PCD mental. En Colombia, la Ley 1996 de 2019, “*por medio de la cual se establecen el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*”, establece una presunción de la capacidad jurídica de toda PCD mayor de edad, sin distinción alguna e independientemente de si utilizan apoyos o no para la realización de actos jurídicos. Reconoce la voluntariedad de los apoyos, al responder a la voluntad y preferencias de la PCD.

Es notable de esta ley, la propuesta de una “*secuencia interpretativa*”, según el artículo 38, para responder a la voluntad y preferencias de la PCD: primero se deben

utilizar los apoyos considerando la voluntad y preferencias de la PCD, segundo, realizar los ajustes razonables adoptando medidas de apoyo y, tercero acudir a una mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la PCD, cuando no exista manera de conocer su voluntad ni preferencias.

Se establecen tres mecanismos que servirán para establecer apoyos: Primero, mediante la celebración de acuerdos entre la PCD y las personas físicas o morales que sean designadas como apoyos formalizándose en escritura pública ante notario o centros de conciliación. Su duración máxima es de cinco años. Se reglamentan con el decreto 1429 de 2020, *“que regula el proceso para formalizar los acuerdos de apoyo y directivas anticipadas ante notarios y centros de conciliación”*.

La segunda, es la designación judicial de apoyos por juez familiar a petición de la PCD o en aquellos casos que se haya agotado todos los ajustes razonables y no se pueda conocer la voluntad de manera “unívoca”, pudiendo ser iniciado por un tercero con un interés legítimo bajo condiciones específicas; y tercero, mediante la realización de directivas anticipadas con la designación de tres personas que adquirieron obligaciones de hacer.

Esta nación, cuenta también con los Lineamientos y Protocolo Nacional para la valoración de apoyos en el marco de la Ley 1996 de 2019, el decreto 487 que regula el servicio de valoración de apoyos consagrados en la ley del 1 de abril de 2022. Por tanto, Colombia, a diferencia del Perú, únicamente adaptó leyes específicas para contemplar la capacidad jurídica de las PCD y no así, una reforma sustancial de su código civil.

En Cuba, únicamente se reformó el Código Civil. Se establece que la PCD tiene capacidad de ejercicio en igualdad con el resto de las personas. Se prevé la

posibilidad de designar por ella misma los apoyos o los ajustes razonables que necesite para la realización de actos específicos. Sin embargo, de manera excepcional, la PATD tendrá facultades de representación, ya sea que lo haya previsto voluntariamente la PCD o en su defecto, lo haya establecido el juzgador.¹²⁵

En España, se encuentra vigente la Ley 8/2021, de 2 de junio, “*por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Contienen un título XI denominado “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Asimismo, se prevé en el Código Civil, tres sistemas distintos para designar el apoyo a las PCD.

Estos sistemas son las medidas de apoyo voluntarias, no formales y judiciales.¹²⁶

En las medidas de apoyo voluntarias se contemplan dos modalidades: el “*sistema de apoyo voluntario*” y los tradicionales poderes o mandatos preventivos que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada podrá constituir en escritura pública como medidas de apoyo a su persona o bienes cuando no actúe por sí misma o no manifieste su voluntad.

¹²⁵ Pelegrino Torano, Luis. En “*Responsabilidad civil aquiliana de la persona en situación de discapacidad tras la reforma al Código Civil cubano*”. En “*Revista del Poder Judicial*”, Lima, volumen 15, número 20, pág. 80, julio 2023. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S266391302023000200069&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 28 de febrero de 2025.

¹²⁶ Pallares Neila, Javier. En “*La grave incongruencia existente entre el nuevo sistema de apoyo y la emisión del consentimiento informado por las personas con discapacidad*”. En *Revista Asociación Española Neuropsiquiatría*, Madrid, volumen 43, número 144, p. 139, diciembre 2023. Disponible en <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S021157352023000200007&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 28 de febrero de 2025

Asimismo, se podrá establecer el régimen de actuación y el alcance de las facultades de los apoyos. Pueden otorgarles funciones asistenciales o representativas. Si son asistenciales, las dificultades de la PCD las suple con la asistencia de otra persona que ha sido previamente nominada en la escritura pública. Si fueran representativas para la PATD, dependerá de las facultades otorgadas por la PCD.

En otras latitudes, como lo es la Región Africana han suscrito además de la CDPD, el Protocolo de las *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* del 29 de enero de 2018 también denominada Carta de Banjul¹²⁷. Documento en que también se reconoce la capacidad jurídica y el suministro de apoyos para su ejercicio, según lo dispone el artículo 7 apartado 2 incisos a) y c).

De esta región, únicamente Kenia, Zambia y Sudáfrica, son los países que han adaptado su legislación interna conforme a la CDPD. Si bien, Kenia la ratificó en 2008 con la Ley sobre Personas con Discapacidad de 2015 y la Ley de Salud Mental de 2018; y Zambia, la ratificó en 2010 con la Ley de Personas con Discapacidad de 2012 y la Ley de Salud Mental de 2019; en estos países los esfuerzos han sido totalmente infructuosos, ya que legitiman la denegación de la capacidad jurídica.¹²⁸ Aunque, por otra parte, la Carta de Banjul es congruente con la CDPD, cuando ha definido el termino de “capacidad jurídica”; en donde además se establece una

¹²⁷ Documento en versión electrónica disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36440-treaty-protocol_to_the_achpr_on_the_rights_of_persons_with_disabilities_in_africa_e.pdf consultado el 28 de febrero de 2025

¹²⁸ Señala Msipa Dianah. *op. cit.* pág. 262, que: “La jurisprudencia en Kenia y Zambia indica una falta de comprensión del derecho a la capacidad jurídica por parte del Poder Judicial.”

redacción idéntica al señalar que las PCD tienen el derecho de gozar de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas. Sin embargo, cuando carecen de “*legitimación para actuar*” se designan personas “*sustitutas en la toma de decisiones*” para ejercer los derechos de las PCD.

Lo anterior se ratifica con las existentes leyes de tutela de estos países, al reconocer la legalidad de la sustitución de la voluntad de la PCD a través de la designación de un tutor mediante un procedimiento judicial que no necesariamente corresponden a los deseos reales de la PCD. Esto pone en evidencia que ningún país africano ha realizado la transición de un sistema de toma de decisiones de las PCD por sustitutos a un sistema de apoyos para toma de decisiones conforme a la CDPD.

En Kenia, el problema de la discriminación a la PCD, se legitima en su Constitución Política, al señalar que las personas que no están en “uso de sus facultades mentales” no pueden ser electas como presidente, gobernador, senador, miembro del parlamento o de asamblea. Se detectaron también leyes que privan a la PCD intelectual y psicosociales al ejercicio de su capacidad jurídica; entre las que se encuentran: *Children’s Act 2001*, *Mental Health Act 1991* y *Marriage Law, 2014*.¹²⁹

Lo mismo sucede en Zambia, debiendo agregar por increíble que parezca, que su Constitución, según lo dispone el artículo 13 apartado 1 inciso h), permite que se pueda privar de la libertad a la persona que este o tenga indicios razonables de que no está en uso de sus facultades mentales. Asimismo, la Constitución, en el artículo 16 apartado 2 inciso i), permite la adquisición de la propiedad que pertenezca a una persona que “no está en el uso de sus facultades mentales.”

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 272

Por otra parte, el Código Penal cuenta con un texto despectivo, refiriéndose como “imbécil” e “idiota” a las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial, restringiéndoles, además, el derecho que puedan decidir a tener relaciones sexuales, sin que se considere un delito. Una ley relativa a los trastornos mentales, *Mental Disorders Act*, priva de la libertad a la PCD que se considere como peligrosa para sí misma o para los demás o incapaces de cuidarse a sí mismas.

Por último, en el caso de Sudáfrica es el único país africano que tiene un proyecto de ley que se basa en la toma de decisiones asistida o de apoyo. Reglamenta un apoyo formal y un apoyo informal, un “*apoyo financiero*” y un “*apoyo de bienestar*”, así como salvaguardias. El primero ayuda a la PCD en el ejercicio de su capacidad con relación a sus bienes, mientras que el segundo ayudará a la PCD en su felicidad o tranquilidad.

También regula como un apoyo, la figura del poder notarial perdurable. De esta manera Sudáfrica ha realizado esfuerzos legislativos para poder ser coherente con los compromisos asumidos al suscribir la CDPD a diferencia de Kenia y Zambia en la que dichas reformas han sido infructuosas al ser renuentes en establecer normativas que reconozcan a la PCD el derecho de ejercer su capacidad jurídica universal y la implementación del modelo de toma de decisiones mediante apoyos. En Asia, es la República Popular de China quien ratificó la CDPD en 2018, promulgando reformas a su Código Civil y la Ley de Procedimiento Civil; normativas que no adoptaron el sistema de apoyos para ejercer la capacidad jurídica de las PCD debido a que se les niega su participación en actividades civiles por considerar

que no cuentan con capacidad jurídica, delegándose facultades de representación al tutor. Sin embargo, si se contempla los arreglos previos para su propia tutela.¹³⁰

En Australia, país que ratificó la CDPD en 2010, su Comisión de Reforma Legislativa “*Equality, Capacity and Disability*”, diseño cuatro principios nacionales para la toma de decisiones: 1) todas las personas tienen el derecho de tomar decisiones en su vida y que sean respetadas, 2) Se deberá brindar acceso al apoyo para que la PCD pueda tomar sus decisiones, 3) la voluntad y las preferencias son los ejes rectores de las decisiones de las PCD y 4) Establecer salvaguardias efectivas.¹³¹

Es en el estado de Victoria, mediante la Ley de Tutela Administrativa de 2019, *Guardianship and Administration Act*, se regula la toma de decisiones con apoyos cuando se designa un tutor de apoyo o administrador en asuntos personales o de administración y a través del tribunal civil administrativo. En cambio, la Ley sobre Poderes Notariales de 2014, *Powers of Attorney Act*, permite a una persona designar un apoyo para tomar decisiones, pero sin que ejerza una decisión final.¹³²

Hay una tendencia a nivel mundial en el que se reconoce un enfoque para la toma de decisiones mediante un “apoyo interpretativo”. Éste se utiliza cuando la PCD no tiene ninguna posibilidad de tomar decisiones por sí misma, siendo necesario recurrir a indagar en las preferencias y en su comportamiento. Es decir, debe

¹³⁰ Yi, Huang. Bo Chen. En “*La Capacidad Jurídica en China Continental*”. En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*” op. cit. pág 364, señalan: “No hay una regla explícita que estipule el estado, la jerarquía o el efecto del artículo 12 en la legislación china.”

¹³¹ Gooding, Piers. Carney Terry. En “*Australia: Lecciones de un cambio reformista hacia la toma de decisiones con apoyos*”. En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*” op. cit. pág. 398

¹³² *Ibidem*, pág. 406-407, agregan que: “Los apoderados de apoyo están autorizados a recopilar y comunicar información, así como a hacer válidas las decisiones-pero no en relación con transacción financiera significativa”.

traducirse las acciones e intenciones que la PCD en algún momento ejecutó. Se le denomina como “*mejor interpretación posible de la voluntad y sus preferencias*”.¹³³

2.4. Las salvaguardias y la influencia indebida

Junto al sistema de apoyos o PATD encontramos la figura del salvaguardia, según lo establece el apartado cuarto del mencionado artículo 12 de la CDPD. Su objetivo es proteger que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las PCD para el ejercicio de la capacidad jurídica. Por tanto, lo que se busca es que no se simule la toma de decisiones mediante apoyos de la PCD con un sistema que sustituya la voluntad de estas.

Al respecto, la doctrina¹³⁴ ha establecido que las salvaguardias pueden agruparse en tres grupos: primero en aquellas relacionadas con los derechos, la voluntad y las preferencias la PCD; en segundo lugar, aquellas que se relacionen con la influencia indebida que pueda ejercer la PATD o cualquier tercero y, por último, aquellas relativas al conflicto de intereses que se puedan suscitar entre la PATD y la PCD. Es por lo que, los Estados deban establecer salvaguardias “adecuadas y efectivas.” De tal suerte que, las salvaguardias son medidas de protección o aseguramiento que garantizarán de una determinada manera que no llegue a generarse un conflicto de intereses ni que se pueda influenciar de manera maliciosa a la PCD por parte de la PATD; debiendo ser convenientes y ajustarse a las circunstancias de la PCD. Teniendo como características que sean temporales, plurales y bajo una revisión periódica por un juez o alguna otra autoridad.

¹³³ Bach, Michael. En “*Perder la Capacidad Jurídica y el Poder sobre la Vida Personal: La Alternativa de la Capacidad para la Toma de decisiones*”. En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*” *op. cit.* pág. 110

¹³⁴ Espejo Yaksic, Nicolás. En “*Persona, Vulnerabilidad y Capacidad Jurídica*” En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos.*” *op. cit.* pág. 144

Las salvaguardias no son una herramienta para comprobar que la PCD pueda o no comprender el acto o negocio jurídico, sino en comprobar que la voluntad o preferencia que emite la PCD se trata de su voluntad real o evidenciar si se han presentado actos de la PATD que la vicien; o por influjo de un tercero interesado en el acto a propalar. Aunque también, se ha criticado, pues algunos juristas¹³⁵, la señalan como “una medida paternalista” que les restringe su voluntad.

Las salvaguardias, son por tanto una medida indispensable, a nuestro entender, por medio del cual, se protege a la voluntad que nació de una toma de decisión o preferencia de la PCD frente a un tercero respecto de un acto o negocio jurídico específico; es decir, se considera la preexistencia de una vulnerabilidad. En consecuencia, la CDPD ha previsto que esta vulnerabilidad sea contrarrestada con las medidas de salvaguardias que se propongan en el supuesto particular.

Puede suceder que una PCD al momento de expresar su voluntad se encuentre manipulada por parte de la PATD. En este supuesto, lo que se busca asegurar es que esa “presunta voluntad”, sea verdadera y no se encuentre viciada por influencia de la PATD o por un tercero. Circunstancias como el analfabetismo de la PCD contra la preparación académica de la PATD puede ser un factor que evidentemente puede influir en la verdadera toma de decisiones de la PCD.

Otro supuesto de vulnerabilidad es el abuso, ya sea por coacción o amenaza o simplemente la influencia indebida que en la mayoría de los casos se presenta

¹³⁵ Para Constantino Caycho, Renato A. Bregaglio Lazarte, Renata A. *op. cit.* pág. 550, consideran: *“En este sentido, las salvaguardias serían una forma de paternalismo débil en tanto se interfiere en lo que se decide o quisiera decidir la persona con discapacidad para evitar que las mentiras o la falta de comprensión se conviertan en algo que (i) contravenga su voluntad o preferencias previamente manifestadas o (ii) resulte contraproducente para ella cuando no haya voluntad manifestada.”*

cuando existen relaciones de confianza o dependencia entre la PCD y la PATD, como por ejemplo en los casos entre familiares o padres e hijos, etcétera. En consecuencia, se vislumbra un conflicto de intereses y una influencia indebida. Para estos supuestos desde luego, lo que se requieren son salvaguardias.

Cabe señalar que el termino influencia indebida, es una exportación del *common law*. Se trata de cualquier acto que tenga una persona como fin persuadir a otra para imponer su voluntad por encima de aquella, menoscabando su libre albedrío. Así, la influencia indebida que pueden ejercer los padres respecto al hijo para que éste realice una determinada acción que es distinta a lo que él cree o no es su voluntad hacer y por los “consejos” de sus padres y para no contrariarlos lo haga.

Al respecto, el Código de Bienestar e Instituciones de California, considera que se requieren cuatro elementos para contemplar una influencia indebida: 1) La vulnerabilidad de la PCD, 2) La relación de jerarquía o autoridad que representa el influenciador, 3) Los consejos, acciones o tácticas persuasivas que utilizará el influenciador para influir en contra de la verdadera voluntad de la PCD y 4) Las consecuencias de engaño a la PCD generadas a partir de esa influencia indebida.¹³⁶

Al concurrir estos cuatro elementos se podrá anular esa presunta voluntad, pues se trata de un plan con el fin de intervenir y modificar la voluntad real que la PCD o cualquier otra persona desee llevar a cabo, aprovechando su relación familiar o de poder que ejerce con la PCD para obtener un beneficio indebido. Sin embargo, se podrá prevenir precisamente mediante el establecimiento de una salvaguardia. Esto conforme al Civil law, se ha considerada con un vicio del consentimiento.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 540

Bajo todos estos supuestos, nuevamente el notariado latino se perfila, como una institución que garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica universal de la PCD; ya que, dentro del “*proceso documentador*” el notario verifica que la voluntad del compareciente PCD sea auténtica, que acudió a la notaría sin ninguna coacción o bajo influencia indebida de algún familiar. Por ello, las entrevistas que realizará el notario deberán realizarse entre éste y únicamente la PCD.

Por lo tanto, el notario, de manera oficiosa, a través del ejercicio de su función de fe pública, como un salvaguardia; ya que deberá primero advertir si hay un posible conflicto de intereses entre la PCD y PATD; así como verificar, si efectivamente esa voluntad que se expresa ante él por parte de la PCD se trata de una voluntad verdadera que no ha sido influenciada por la PATD o por cualquier otra, y de esta manera si comprende el acto o negocio jurídico a propalar para autorizarlo.

Aunque si bien, como expondremos más adelante, algunos países han regulado principalmente las salvaguardias denominadas como “extraordinarias”, las cuales son impuestas por la autoridad jurisdiccional cuando la PCD no puede en ninguna circunstancia de comunicación expresar su voluntad. Aquí el Juez, se encargará además de designar el salvaguardia, deberá designar al apoyo tomando en cuenta las preferencias previamente manifestadas de la PCD.

De esta manera, el Juez deberá de analizar los posibles casos de conflicto de intereses al momento de designar a la PATD dejando asentado en la sentencia las circunstancias por las cuales deberá de actuar, tanto la PATD como la salvaguardia. Al respecto, es importante considerar que deberán ser establecidas en el plazo más corto posible con la finalidad de verificar si realmente son necesarias para la PCD, ya que en caso contrario se estaría considerando como una intromisión a su vida.

Las Salvaguardias deben ser proporcionales a las necesidades de la PCD, porque además deben servir; es decir, deben ser efectivas. De nada sirve que se establezca una salvaguardia, cuando ya se consumó una influencia indebida por parte de la PATD. Asimismo, las salvaguardias deben ser plurales, pues en algunos casos no bastará la designación de una determinada medida como salvaguardia debiendo requerir otras más, como, por ejemplo; además de rendir cuentas, de aviso al juez. En Perú, conforme al artículo 659-G del Código Civil, se regulan tres tipos de salvaguardias: 1) Las de revisión de apoyos por parte del juez, 2) Las que la propia PCD designa establecido una rendición de cuentas, auditorías, realizar una supervisión periódica o llevar a cabo visitas domiciliarias, y 3) Aquellas que el juez decida en los casos excepcionales ya comentados. Sin embargo, dichos supuestos han sido criticados por no ser eficientes al no prevenir conflictos oportunamente.¹³⁷ Tanto en Perú como en Colombia, ésta a través de la Ley 1996 de 2019 ya comentada, permiten en sus respectivas legislaciones la designación voluntaria de salvaguardias en sede notarial, en los cuales el notario tiene el deber de advertir de posibles conflictos de intereses con la PATD, y de diseñar las medidas preventivas

¹³⁷ *Ibidem*, pág. 543. Al respecto, señalan los autores: “La norma peruana tiene varios problemas. En primer lugar, tanto la medida de control periódico judicial como las medidas que podría solicitar la persona con discapacidad son medidas de control posterior que no prevendrían los conflictos de interés de manera oportuna ni permitirían asegurar que la voluntad y preferencias de la persona sean respetados. Si una persona con discapacidad dona a su apoyo el inmueble en el que reside, estaríamos ante un claro supuesto de conflicto de interés que se debió identificar en la designación para restringir la posibilidad de que este negocio jurídico ocurriera - o dotarlo de ciertas garantías-. En segundo lugar, el juez sólo puede designar salvaguardias de oficio en los casos de apoyo excepcionales. En los demás, se le traslada a la persona con discapacidad a las difíciles, pesadas y a veces imposibles cargas de anticipar los casos de posible influencia indebida, abuso de derecho o conflicto de intereses y de diseñar medidas que permitan garantizar que siempre se respetará su voluntad. Esto nunca ha ocurrido en Perú. En tercer lugar, la obligación de adoptar salvaguardias sólo opera en las designaciones hechas por autoridad judicial. Si la designación se hiciera en notaría, sólo se activaría en las salvaguardias que solicitara la persona con discapacidad.”

y de supervisión que deberá de llevar a cabo el salvaguardia. Se requerirá de la aceptación expresa de la persona para que sea considerado como salvaguardia.

Llama la atención de la regulación de las salvaguardias en Costa Rica, conforme a la Ley número 9379 de “*Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad*” de agosto de 2016; pues se le denomina como “*garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad*”, pudiendo ser una persona física o moral y considerando excepcionalmente a los familiares como salvaguardias.

Conforme a esta legislación, es el Juez, el único competente para conocer y tramitar las peticiones de designación de salvaguardia que provienen de la propia PCD y de manera excepcional de familiares o de organizaciones no gubernamentales. El salvaguardia no tiene el carácter de representante legal y permite que varias personas puedan fungir como salvaguardias, cumpliendo con la característica de pluralidad anteriormente mencionada.

Así, dentro de las facultades que tiene el “*garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad*” se encuentran: no poder actuar sin considerar los derechos, voluntades y preferencias de la PCD, garantizar el acceso a la información completa y que sea accesible tratándose de sus derechos sexuales y reproductivos y no brindar consentimiento informado en sustitución. A pesar de ello contiene disposiciones contradictorias a la propia CDPD.¹³⁸

¹³⁸ Vázquez, Alberto; Isaza, Federico; Parra, Andrea. En “*Reformas Legales a los Regímenes de Capacidad Jurídica. Un Análisis comparativo y crítico de Costa Rica, Perú y Colombia*”. En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*.” op. cit. pág.195, señalan: “*Algunas disposiciones de la ley y el reglamento son problemáticas a la luz de la CDPD. La ley permite la esterilización sin el consentimiento de la persona cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad. El Reglamento señala que excepcionalmente, la persona garante podrá actuar en actos más allá de lo establecido en la resolución judicial que establece la*

III. La persona notaria como prestador de Ajustes razonables.

3.1 Los Ajustes razonables para las personas con discapacidad

Los ajustes razonables, se definen conforme al artículo 2 de la CDPD como *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.”* Por tanto, esas modificaciones buscan una igualdad material.

Al igual que con el enfoque de la toma de decisiones mediante apoyos y las salvaguardias, los ajustes razonables, también son una aportación del derecho anglosajón. Si bien, se deriva de la enmienda al título VII del *Civil Rights Act* de 1964, relativa a la diversidad cultural y religiosa, nace concretamente, de una ley laboral, *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, la cual tendrá como objeto combatir la discriminación promoviendo la igual de oportunidades de empleo.¹³⁹

Además, otra ley relativa a la discapacidad laboral, *Section 503 of the Rehabilitation Act* de 1973, estableció proteger a las PCD contra la discriminación laboral al categorizarla como: *“La discriminación por discapacidad incluye no hacer adaptaciones razonables a las limitaciones físicas o mentales conocidas de una*

salvaguardia, “siempre y cuando ello resulte urgente e imprescindible para la seguridad y en beneficio de la persona que recibe el apoyo”. Asimismo, el reglamento precisa que la prohibición al garante de brindar consentimiento informado por la persona con discapacidad no resulta aplicable cuando ésta se encuentra en riesgo inminente por una situación emergente e imprevista.”

¹³⁹ Villarroel Aramayo, Daniel. *“La Igualdad sustantiva en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: El rol de los ajustes razonables”*. En Estudios constitucionales, Santiago, volumen 22, número 1, pág. 160, junio 2024. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002024000100154&lng=es&nrm=iso>. Consultado el 1 de marzo de 2025

PCD a menos que sea de una dificultad excesiva para el empleador o patrón".¹⁴⁰

Por tanto, su origen tiene relación con las condiciones laborales y a la libertad religiosa.

Asimismo, es desarrollada por la jurisprudencia canadiense en el caso *Ontario Human Rights Comm vs. Simsons-Sears* dictada por el Tribunal Supremo de ese país, en el que el demandante alegó discriminación por motivos de credo contra su empleador, en el que se buscó que el propio empleador realiza medidas de adaptación con respecto a las fechas de trabajo del demandante, debido a que tiene derecho a ejercer su religión y, por ende, no estar obligado a trabajar los sábados.¹⁴¹

Igualmente, el Informe de la "*Comisión de Consulta sobre las Prácticas de Ajustes Razonables relativas a las Diferencias Culturales*" de Canadá, también conocido como "*Comisión Bouchard Taylor*", los ha definido como un acuerdo que se enmarca en el ámbito jurídico a nivel jurisprudencial, que busca una disminución en la aplicación de una norma en favor de una persona o de un grupo de personas en peligro de discriminación al realizarse alguno de los motivos ahí previstos.¹⁴²

¹⁴⁰ Para más información puede consultarse en línea <https://www.eeoc.gov/es/conozca-sus-derechos-la-discriminacion-en-el-lugar-de-trabajo-es-ilegal-0#:~:text=La%20Secci%C3%B3n%20503%20del%20Acta,del%20empleo%20por%20parte%20de> consultado el 1 de marzo de 2025

¹⁴¹ El asunto plantea la situación de discriminación por motivos de religión en contra de O'Malley, quien alegó contra su empleador, un comerciante minorista, tratos discriminatorios porque se le exigía periódicamente que trabajara los viernes por la noche y los sábados en una tienda. La religión de la apelante exigía la estricta observancia del sabbat desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado. En vista de este conflicto, O'Malley aceptó un trabajo a tiempo parcial porque un puesto a tiempo completo que no implicara trabajar el sábado no estaba disponible para ella. Puede consultarse en línea en <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/101/index.do> consultado el 1 de marzo de 2025

¹⁴² Finsterbusch Romero, Christian. En "*La Extensión de los Ajustes razonables en el Derecho de las Personas en situación de Discapacidad de acuerdo al enfoque social de Derechos Humanos*". En "*Ius et Praxis*", Talca, volumen 22, número 2, pág. 232, 2016. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

De esta manera, la implementación de adaptaciones o ajustes razonables en dichas normas dieron una respuesta en relación con las políticas de no discriminación sobre la diversidad religiosa y laboral, y con ello, contribuyendo al cumplimiento del principio de igualdad material excluyendo una discriminación directa. Por tanto, ha sido una figura jurídica que se ha venido aplicando a los grupos vulnerables de la sociedad.

Con el paso del tiempo, esta figura jurídica seguirá desarrollándose, en Norteamérica con la *Americans with Disabilities Act* en 1990, en el que se precisan, los efectos discriminatorios que podría suponer su no adopción. En Canadá, a través de los precedentes judiciales de “*Petitioner’s (Orthodox Jewish) v. City of Outremont and Mouvement Laïque Québécois, Province of Quebec, district of Montreal. Superior Court*”, del año 2001, se consolida su aplicación.¹⁴³

Es de destacar las sentencias dictadas en los casos *Nova Scotia Worker’s Compensation Board versus Martin* y *Nova Scotia Worker’s Compensation Board Laseur*¹⁴⁴; en las que se precisó por parte de la Corte canadiense la importancia de proporcionar los ajustes razonables como herramientas para dar respuesta a las

00122016000200008&lng=es&nrm=iso consultado el 1 de marzo de 2025. Señala que: “Esta comisión fue creada el 8 de febrero de 2007 por Jean Charest, Primer ministro de Quebec, para examinar las cuestiones ligadas a los ajustes razonables consentidos sobre las bases culturales y religiosas en Quebec. La Comisión estuvo dirigida por el filósofo Charles Taylor y el sociólogo Gérard Bouchard. Su informe final fue entregado en forma pública el 22 de mayo de 2008. La Comisión cerró su oficina el 18 de junio de 2008 en Estados Unidos.”

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 234

¹⁴⁴ Kerzner, Lana. En “*La Capacidad Jurídica en Canadá: un análisis de la igualdad de derechos a la luz de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*” En “*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*” *op. cit.* pág. 569

necesidades y circunstancias particulares de las PCD; por lo que la no discriminación conlleva implícitamente el derecho a los ajustes razonables.

Por tanto, los ajustes razonables son medidas de modificación o adaptación del entorno para que la PCD pueda superar las desventajas que encuentre en una situación en concreto con la finalidad de que se le permita gozar su capacidad jurídica universal en igual de condiciones que las demás personas. Garantizando de esta manera la igualdad material de la PCD. Es un deber que se impone a instituciones públicas y a particulares que deberán emplear a solicitud de la PCD.

Los ajustes razonables no son medidas exclusivas que solamente deben de observar las autoridades, sino cualquier prestador de servicios públicos y privados como pueden ser las instituciones de educación o los servicios de salud; pues todos tienen en la medida de sus posibilidades de realizar las adaptaciones necesarias con la finalidad de ser accesible la capacidad jurídica universal de la PCD y con ello, un igualitario ejercicio de sus derechos.

Desde luego, se requiere una evaluación individual por parte de la PCD, dado que esa modificación o adaptación que impide el eficaz ejercicio de sus derechos es de manera generalizada, entonces nos encontramos frente a medidas de accesibilidad universal. Estas son de carácter progresivo; es decir aquí la autoridad si tiene la obligación de implementarla sin necesidad de que previamente haya sido solicitada por la PCD en general, por lo que tiene efectos para todos.

En cambio, los ajustes razonables son de ejecución inmediata, pues se deben implementar a solicitud de la PCD, lo cual hacen que se atienda en lo individual para eliminar esas barreras en específico con las que se enfrenta el solicitante, debiendo

implementarse cuando a partir de esas necesidades la PCD no pudo cubrirlas a partir de aquellas medidas de accesibilidad universal.

Los ajustes razonables tienen funciones concretas que consisten en ser medidas a solicitud de parte; es decir cuando la PCD no puede acceder a algunos entornos y cuando la PCD, dicha discapacidad no puede ser cubierta por el diseño universal. En cambio, como ya se comentó, las medidas de accesibilidad son una obligación que el Estado tiene la obligación de garantizar antes de que haya alguna petición individual. Hablamos de la necesidad de una política pública de accesibilidad.

En los ajustes razonables son medidas que se otorgan a partir de una solicitud o necesidad específica; en un caso particular que tiene la PCD, teniendo una dimensión estrictamente individual. Aunque son exigibles, no pueden imponer una carga desproporcionada o indebida para quien debe prestarlos, quien deberá de acreditar que tales modificaciones que se están requiriendo son excesivas, evaluar la finalidad del ajuste razonable para el disfrute del derecho en cuestión.

Las modificaciones o adaptaciones deben ser “necesarias y adecuadas”, pues deben ser eficientes en cumplir con ajustar la necesidad de la PCD a la situación que le impone la barrera; ya que su fin es garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos humanos de las PCD en igualdad de condiciones con las demás personas. El punto en común entre los ajustes y la accesibilidad es que ambos son deberes que impone la CDPD a los Estados parte y que por supuesto deben de cumplir.

De esta manera, el derecho de los ajustes razonables puede incluir medidas de accesibilidad relacionadas con el entorno, comunicaciones, información o el uso de apoyos informales o alguna otra adaptación necesaria para el ejercicio de la

capacidad jurídica de las PCD; por lo que podemos encontrar que algunas legislaciones, como lo es el Decreto Legislativo número 184 del Perú, en donde se reconocen el derecho a los ajustes razonables en tribunales y en la notaría.

Por otra parte, el Comité de la CDPD, a través de su Observación General número 6¹⁴⁵, señala que la denegación de los ajustes razonables constituye un acto de discriminación por motivos de discapacidad, siempre y cuando no impongan una carga desproporcionada o indebida; puestos estos deben realizarse en el momento que la PCD los requiera para ejercer sus derechos; pudiendo ser solicitados a través de PATD o un grupo de personas en iguales condiciones.

Asimismo, menciona que, en una primera etapa, al ser requerido el ajuste, se debe evaluar si a través de él, se pueda lograr eliminar dicha barrera y con ello obtener un ejercicio eficiente de los derechos de la PCD. Precizando que una vez identificado el ajuste idóneo, eficaz o razonable que requiera la PCD, el ente ante el cual fue requerido puede fundamentar su negativa a emplearlo al considerarlo que se trata de una carga indebida o desproporcionada.

Ahora bien, si los ajustes o modificaciones que solicita la PCD genera costos; estos no deberán recaer en ellos. Se debe considerar siempre la factibilidad debido a que un ajuste que se considere imposible física o jurídicamente desde luego no es realizable. Además, deberá de considerarse la duración del ajuste entre el

¹⁴⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General número 6 sobre Igualdad y la no discriminación, documento CRPD/C/GC/6 disponible en formato electrónico en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-6-article-5-equality-and-non> consultado el 1 de marzo de 2025

solicitante y el prestador. En definitiva, los ajustes razonables al ser individualizadas se aplican de forma inmediata pudiendo ser limitadas por su desproporcionalidad.

En este sentido, la propia Observación General número 6, señala que para efecto de determinar si existe o no una “carga indebida o desproporcionada”, se deben identificar los costos financieros, los recursos públicos disponibles, los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para los terceros, los efectos negativos para otras personas, así como la necesidad de evaluar los medios empleados y la finalidad del ajuste razonable.

Asimismo, contempla la Observación General número 6, que estos términos de “desproporcionado o indebido” son los límites que impone la CDPD para proporcionar los ajustes razonables. Es decir, al ser una posible carga excesiva o que no tenga una justificación, ya sea porque no se logre superar esa barrera que le impide a la PCD ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás no sea adecuado o eficaz, no deberá de proporcionarse.

En consecuencia, no todos los ajustes pueden ser realizados, sino sólo aquellos que poseen el carácter de “razonables”. Aunque el significado de lo que se entiende por “razonable” es compleja, sea ha venido interpretando que se refiere a que dicho ajuste represente una carga excesiva para el ente o sujeto obligado a realizar debiéndose tomar en cuenta la situación de la PCD con el derecho transgredido y su magnitud, así como el valor que implica para la sociedad su reparación.

Por tanto, existe la salvedad de no proporcionar los ajustes razonables, siempre y cuando los mismos no supongan una carga desproporcionada o indebida. Al respecto, sobre este rubro, es muy ilustrativo lo que señala la legislación peruana en el artículo 5 del “*Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables*,

designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PCD".¹⁴⁶

Este reglamento señala que la denegación en el otorgamiento de los ajustes razonables por considerar la existencia de una carga desproporcionada o indebida queda justificada cuando no es necesario para eliminar las barreras existentes para la manifestación de voluntad, no es el idóneo, pero tampoco es la única alternativa para eliminar esa barrera y, por último, debido a su costo económico ocasiona una afectación mayor sobre otros derechos.

También en Perú, el Decreto Legislativo 1049 que regula la función notarial¹⁴⁷, concretamente el inciso q) del artículo 16, el cual fue modificado por el Decreto Legislativo 1384, se establece que en las notarías peruanas se debe proporcionar medidas de accesibilidad, ajustes razonables y salvaguardias; ya que se constituye como un deber del notario brindar esas medidas de accesibilidad, así como los ajustes razonables que requiera la PCD de manera específica.

Asimismo, el artículo 54 inciso j) del Decreto Legislativo 1049, señala que se deberán expresar en la introducción de la escritura pública, además de establecer demás requisitos del instrumento, se deberán indicar los ajustes razonables y salvaguardias requeridos por una PCD. En el ámbito procesal, se reconoce expresamente el derecho a los ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y su designación debe redactarse en formatos de lectura fácil.

¹⁴⁶ Disponible en formato electrónico en <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/D.S.N-016-2019-MIMP.pdf> consultado el 2 de marzo de 2025

¹⁴⁷ Disponible en formato electrónico en: <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/DECRETO%20LEGISLATIVO%20Nº%201049.pdf> consultado el 2 de marzo de 2025

Una diferencia fundamental entre los ajustes razonables y los apoyos es que ésta última no tiene límite, ya que el apoyo para el ejercicio de la capacidad pueda imponer una carga desproporcionada o indebida no limita la obligación de proporcionarlo. Generalmente es la legislación procesal la que reconoce otorgar a los litigantes ajustes de procedimiento con la finalidad de que se realicen las adecuaciones en el juicio que garantizan el acceso a la justicia.

Siguiendo con la línea de exposición que nos proporciona el derecho comparado, es de destacar el “*Reglamento de la Ley número 41087-MTSS para la Promoción de la Autonomía Persona de las PCD*”¹⁴⁸ del 30 de abril de 2018, correspondiente a la legislación de Costa Rica. Ordenamiento que señala como un deber del Estado brindar a la PCD los ajustes razonables, así como cumplir con el principio de diseño universal para el ejercicio de la capacidad jurídica.

3.2 Principio de mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias

La razonabilidad de un ajuste se refiere a la pertinencia, idoneidad y eficacia para la PCD por lo que, para ello, es importante llevar a cabo un ejercicio de interpretación para lograr que ese ajuste llegue a satisfacer sus necesidades. Así cuando no se pueda determinar la voluntad y las preferencias de la PCD, en lugar de aplicar el principio de interés superior de las personas adultas se debe aplicar el principio de mejor interpretación de su voluntad y sus preferencias.

Al interpretar el párrafo cuarto del artículo 12 de la CDPD, la Observación General número 1 refiere que: “Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no

¹⁴⁸ Disponible en formato electrónico en:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC consultado el 2 de marzo de 2025

sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Lo que respeta sus derechos, voluntad y preferencias de conformidad con el artículo 12.4.

De esta manera lo que implícitamente se reconoce es que siempre hay mejores interpretaciones que otras, debiendo buscar aquella que se asemeje a las preferencias y a la voluntad de la PCD, lo que es considerada como una manera más en la que pueden ejercer su capacidad jurídica al no contar con una PATD que pudiera auxiliarle de manera clara en la toma de decisiones. Esta forma ha sido reconocida en algunas legislaciones como “toma de decisiones facilitada”.¹⁴⁹

De esta manera lo que ha subrayado el Comité es que la PATD debe hacer el esfuerzo de atender a la mejor interpretación posible de la voluntad de la PCD y sus preferencias, y se reitera que no se basa en buscar un “mejor interés” o un “interés superior” porque precisamente bajo estos criterios se han evidenciado muchos abusos cometidos en nombre de dichos principios. Es indagar en “lo que hubiera hecho” la PCD para conocer cual hubiera sido su voluntad.

En sede judicial, el juez para interpretar la mejor voluntad de la PCD que no puede manifestarla deberá: considerar el trayecto de vida, en su caso, si las hubiera las previas manifestaciones de voluntad en iguales contextos, la información con la que se cuente proporcionadas por las personas de confianza y cualquier otra

¹⁴⁹ Menciona Torres, María, *op. cit.* pág. 87, que ha sido la *Canadian Association for community Living* quien la ha nombrado, la cual su primer los regímenes de sustitución de la toma de decisiones, pero permite a que se le proporcionen mayores salvaguardias.

circunstancia que ayuden a buscar esa mejor interpretación de la voluntad; es decir se deberán realizar las diligencias pertinentes para lograrlo.¹⁵⁰

Con lo cual, este es un supuesto que se encuentra fuera de las facultades del notario, debido a que la PCD está absolutamente imposibilitada para comunicarse e interactuar con él para expresar su voluntad o preferencias, a pesar de haber brindado los ajustes necesarios, tendrá que excusarse de actuar, lo que en ningún momento significa un acto de discriminación y tendrá que rencausarse en sede judicial para que el juez realice las indagaciones y diligencias pertinentes.

En definitiva, la PCD en ejercicio de su capacidad jurídica, al encontrarse en una situación que tiene una imposibilidad para comunicarse e interactuar con su entorno a pesar de que se le han brindado los apoyos necesarios que pudieran ayudarle por lo que no puede expresar su voluntad, la PATD, así como el juzgador deberá interpretar de la mejor manera posible, realizando las diligencias pertinentes, la voluntad y las preferencias de la PCD.

3.3 La obligación que tiene la persona notaria para implementar los ajustes razonables en su actuación notarial

No debemos olvidar que el notariado brinda certidumbre y seguridad jurídica a los negocios jurídicos que nacen de sociedades cada vez más complejas a través de la fe pública, la cual es obligatoria y no queda al arbitrio del ciudadano creer en ella. Es única pero el Estado puede ejercerla por sí mismo o delegarla a ciertos servidores públicos o particulares conocedores de la ciencia jurídica como sucede con el notario.¹⁵¹

¹⁵⁰ En Perú, los artículos 659-B y 659-E del código civil le atribuyen estas facultades al juez.

¹⁵¹ Pérez Fernández Del Castillo, *op. cit* pág.175.

El notario requiere conocer la manifestación de voluntad de las personas que comparecen ante él para que pueda formalizar el acto o negocio jurídico que se desea. Si no se puede conocer esa voluntad porque no se comprendieron los efectos de lo que se quiere celebrar, simplemente no podrá formalizarse. De tal suerte, que la manifestación de voluntad de las personas y el conocer por parte del notario de esa exteriorización de voluntad, es lo que permite que nazca dicho acto. Por tanto, esta ecuación se encuentra conformada por el acuerdo de voluntades de los comparecientes y la fe pública. Sin embargo, cuando concurren PCD tendremos que agregar a dicha ecuación un binomio más con la finalidad de conocer además de la voluntad, los deseos y preferencias de la PCD, asistido o no de una PATD. El notario debe, a petición de la PCD, brindar los o ajustes razonables sobre la comunicación e información que requiere la PCD para que ejerza sus derechos. Nuestra ecuación para conocer celebrar un acto o negocio jurídico ante notario en el que intervenga una PCD es el siguiente:

consentimiento (PCD y PATD) de dos o más personas + Notario + Ajustes razonables en la comunicación + fe pública = acto o negocio jurídico a celebrar
--

El notario que proporciona los ajustes razonables necesarios a la PCD para que ésta pueda comprender y razonar su decisión con ayuda o no de una PATD. Es decir, para poder ser accesible la comunicación entre el otorgante PCD y el notario, éste facilitará la información con los ajustes o modificaciones que le resulten necesarios por así requerirlos a petición del otorgante PCD, utilizando para ello cualquier tecnología de apoyo, dispositivo o medio alternativo de comunicación.

Lo que se traduce, en una facultad inherente del notario de garantizar que se lleve a cabo en ese momento y para ese acto concreto, el proceso de comunicación entre él y cualquier compareciente u otorgante que solicite sus servicios notariales para concretar el acto o negocio jurídico anhelado. Pues, el objetivo que busca el notario es que la comunicación directa que tenga con la PCD se pueda entender y sea entendida por ella con la ayuda de la PATD o persona de confianza.

Por tanto, el notario es el proveedor del ajuste o modificación razonable sobre la comunicación que necesita la PCD. A nuestro entender distinguimos dos momentos: el primero, al que llamaremos “*Prestación de ajuste razonable de acceso previo al servicio notarial*”, que se trata de proveer preliminarmente de manera inmediata por parte del notario, los ajustes a la comunicación con los cuales la PCD podrá entablar un primer intercambio de información con el notario.

El segundo, la “*Prestación de ajuste razonables necesarias para la manifestación de voluntad*”, la cual se implementará en la comunicación directa entre la PCD, PATD y el notario para que en ese momento y acto concreto se conozca la voluntad, deseos o preferencias de la PCD compareciente y ejerza su capacidad jurídica universal. Este ajuste razonable se realizará a petición de parte de la PCD conforme a sus propias necesidades.

En la “*Prestación de ajuste razonable de acceso previo al servicio notarial*” consideramos que tiene una estrecha relación con los medios de accesibilidad de la comunicación escrita. Pues, serán indispensables contar con documentos informativos que permitan comprender los distintos servicios notariales que se pueden prestar, así como facilitar el entendimiento de los procesos notariales a desarrollar según los documentos notariales sé que quieran obtener.

Así, en el despacho notarial puede encontrarse información en formatos de lectura fácil; es decir, información de carácter jurídico redactada en un lenguaje claro y sencillo con la finalidad que sea comprendida por todas las personas; por ejemplo, el uso de caracteres enormes que permitan su lectura por PCD visual, la simplificación de información mediante visualización de textos, dispositivos electrónicos o auditivos, textos en braille o el uso de algún software en tabletas.

Por tanto, la comunicación puede realizarse en las formas y los formatos que se adapten a las necesidades de la PCD, como el braille, la lengua de señas, los sistemas de comunicación táctil y los formatos de lectura fácil, así como los formatos de carácter alternativo de comunicación. Es importante que la comunicación y el intercambio de información se logre en ambas direcciones; es decir, exista una interacción entre la PCD y el notario que brinda los ajustes razonables.

En este mismo rubro se encuentra como ajustes previos al servicio notarial el personal de la notaría, en especial el de recepción, como primer respondiente en la notaría quien brinda la comunicación de primera mano, para lo cual también es indispensable su capacitación, tal y como se sugiere en la “*Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad*”¹⁵² anteriormente citada como parte de las recomendaciones para la accesibilidad jurídica.

Existen los servicios de video-interpretación en lenguaje de señas que facilitarían la interacción con personas sordas o discapacidad auditiva, como, por ejemplo; la Fundación CNSE para la Supresión de las Barreras de Comunicación y la Confederación Estatal de Personas Sordas, establecieron en España, un servicio

¹⁵² Disponible en su versión electrónica *op. cit.* pág. 29

de video-interpretación en lenguaje de signos española mediante interpretes cualificados a través de la web o cualquier dispositivo móvil con tecnología de 3G.¹⁵³

Por tanto, lo que estos ajustes razonables de acceso previo al servicio notarial ayudaran a la PCD, asistida, en primer momento de una persona de confianza que la acompañe, en obtener información y resolución de dudas, por ejemplo, para el proceso de una venta o compra de un inmueble o en su caso la tramitación de un testamento, etcétera. Todo ello, puede realizarse mediante avisos visuales que son proyectados en pantallas o monitores acompañados de sonidos.

Cabe hacer mención, que consideramos oportuno aclarar que probablemente la PCD acuda acompañada de una persona, que no necesariamente es la designada jurídicamente como la PATD, sino, de una persona de compañía y probablemente de su confianza. Desde luego es recomendable identificar a esa persona de confianza. Se insiste, en este primer momento lo que busca el compareciente PCD es únicamente obtener información y resolver dudas de un futuro trámite notarial.

De esta manera se estará brindando a la PCD junto con la persona de confianza que la acompañe, la información oportuna a través los ajustes razonables previos consistentes en aquellos documentos informativos claros y simplificados, así como el uso de un lenguaje verbal sencillo, que permitan comprender los distintos servicios notariales que se le pueden brindar para tomar una futura decisión y, especialmente, se establezca una interacción con el notario.

Por tanto, creemos importante que el notario deje constancia por escrito de que a la PCD y en su caso junto con la persona de su confianza, se le brindaron ajustes

¹⁵³ Para más información sobre el servicio de video-interpretación en Lenguaje de Señas Española puede consultarse en https://www.svisual.org/que_video.html consultado el 4 de marzo de 2025

razonables de acceso previo al servicio notarial con independencia de que no se haya prestado el servicio. Recordemos que es la propia PCD, quien solicita la información para resolver dudas sobre algún proceso notarial, por lo que, es a partir de esta solicitud que el notario brinda estos ajustes razonables de acceso previo.

Se trata de redactar en un documento aparte en el que se hará constar cuales fueron los ajustes razonables que se le brindaron para probablemente en un momento posterior habrá que reseñarlo en el instrumento notarial a autorizar, precisamente para vincular ambos y que cumpla esa función de blindaje. Sería un acta donde el notario dé cuenta de esas circunstancias, con la finalidad solamente de justificar el *iter* notarial de capacidad jurídica que formula en el instrumento.

De esta manera, con la información que se le brindó desde la recepción y la asesoría con el notario se utilizó un lenguaje verbal y por escrito claro y sencillo, tal vez, con el uso de nuevas tecnologías; con la finalidad de que en ulteriores entrevistas se pueda tener un recordatorio de lo previamente comentado, lo que ayudará a evidenciar que se estableció una interacción directa entre el notario y la PCD y en su caso, la intervención de alguna persona de confianza.

Esta misma relatoría, le servirá al notario para describir en el instrumento público que eventualmente llegara a autorizar, la secuencia de las entrevistas que culminaron con la manifestación de voluntad de la PCD y la PATD en su caso. De esta manera creemos que también se da cumplimiento con la recomendación 4 sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la PCD, anteriormente comentadas.

Esta recomendación se basa en que el notario inexcusablemente es un prestador de ajuste razonables, dado que garantiza la accesibilidad en la comunicación directa

y su interacción con la PCD, pudiendo llevarse a través nuevas tecnologías, en el momento de la recepción de información cuando acude a la notaría a solicitar el servicio notarial buscando el asesoramiento y consejo, y en su eventual emisión de voluntad.

Así, quedaría constancia que la PCD, asistida o no de una persona de confianza, manifestó a lo largo de esas entrevistas, sus preferencias y especialmente, su voluntad de manera expresa al comprender los alcances y efectos que conlleva el acto jurídico a realizar. Pues, los únicos elementos que determinarían que no se manifestó su voluntad, serían precisamente la falta de comunicación e interacción con su entorno y la no comprensión del acto jurídico y efectos de este.

Ahora bien, respecto a la *“Prestación de ajuste razonables necesarias para la manifestación de voluntad”* que el notario brinda, consiste en la comunicación directa entre la PCD, PATD y el notario. En este momento, ya se prevé la designación de la PATD a petición de la PCD, para que ayude en ese momento, ya con la información previamente obtenida, se conozca la voluntad, deseos o preferencias de la PCD compareciente para realizar el acto jurídico concreto.

Por tanto, los ajustes razonables se realizarán a petición de parte de la PCD conforme a sus propias necesidades; es decir al caso particular con el fin de garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica de la PCD a través de que el notario conozca la manifestación efectiva, real y concreta de la voluntad para la realización del acto jurídico que desea llevar a cabo en la notaría. Lo que se logrará a través de hacer accesible la información a proporcionar por escrito o verbalmente. De tal suerte, que es un deber del notario facilitar la información precisa para el otorgamiento de documentos notariales, los cuales deberán ser redactados en un

formato accesible como lo es el de lectura fácil que permite una efectiva accesibilidad cognitiva, o la visualización de textos o cualquier otro formato que sea adecuado, según la discapacidad de que se trate; pues con ello se brinda un ajuste razonable para su comprensión cumpliendo con el artículo 49 de la CDPD.

Aunque si bien, en algunos países, como España, se ha considerado regular mediante una ley general¹⁵⁴, la accesibilidad cognitiva en la comunicación e información de las PCD con la finalidad de garantizar que las personas con dificultades de comprensión y comunicación en su entorno físico puedan asegurar el acceso en iguales condiciones que las demás mediante la implementación de formatos de lectura fácil por parte de la administración pública y los particulares.

El actual proyecto de reglamento¹⁵⁵ de esa ley, prevé que tenga un alcance en las notarías españolas al considerar que deben garantizarse las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de la PCD para el acceso y utilización mediante formatos de lectura fácil de los bienes y servicios, las relaciones con las administraciones públicas, incluido el acceso a las prestaciones públicas y a las resoluciones administrativas de aquellas, así como la administración de justicia.

Sin embargo, con independencia que algunos países, como lo es el caso de España, cuenten con una legislación que impone el deber legal a las entidades de la administración pública y particulares, a regular la accesibilidad cognitiva de sus

¹⁵⁴ Nos referimos a la *Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2013, del 29 de noviembre para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Puede ser consultada en:*

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-5140> Consultada el 5 de marzo de 2025

¹⁵⁵ Este proyecto se encuentra disponible en línea en:

https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/IP_PRD_N-24-012-DCA.pdf consultado el 6 de marzo de 2025

ciudadanos mediante el formato de lectura fácil, lo que lo convierte en una medida de accesibilidad. Sin embargo, estamos convencidos que su uso en sede notarial es siempre un ajuste razonable para la PCD que lo solicite.

Y es que no debe olvidarse que la redacción en formato de lectura fácil, por ejemplo, de aquella guía que puede proporcionarse en la notaría y que contiene la explicación de una figura jurídica o de un proceso notarial y desde luego, la redacción del propio instrumento notarial deberá de redactarse por el notario atendiendo las necesidades individuales de la PCD. Por lo que cada caso, es una situación particular que requerirá de la habilidad y técnica jurídica del notario.

Desde luego, esta nueva manera de redactar se perfila como un gran reto del notariado latino, debido a que será la destreza y el ingenio para desarrollar la habilidad para aprender en redactar y transformar de un lenguaje jurídico a un lenguaje claro y sencillo; es decir, sin utilizar de por medio tecnicismos jurídicos para explicar y hacer constar un acto o negocio jurídico mediante el cual ejerce su capacidad jurídica la PCD.

Se adapta la redacción clásica y los tecnicismos jurídicos que por uso y costumbre se utilizan en los instrumentos notariales a un texto de fácil lectura y comprensión utilizando un lenguaje claro y sencillo evitando el uso de tecnicismos jurídicos adaptándose al caso particular de la PCD. Sin que estas adaptaciones en la redacción de instrumentos notariales impliquen una carga desproporcionada o indebida al notario.

Pues además no debe dejarse de lado que, los documentos notariales y concretamente el instrumento público es el elemento fundamental del derecho notarial. De ahí que se afirme que el derecho notarial es la forma de la forma. El

primero correspondiendo al principio de instrumento-forma y, el segundo al principio de prueba preconstituida. Es por ello por lo que consideremos la existencia de una “*triada jurídica notarial*”, integrada por: el notario, el derecho y el documento.

En definitiva, el notariado latino es una institución que garantiza el ejercicio de los derechos y concretamente de la capacidad jurídica universal de las PCD, ya que se encarga de diseñar los ajustes razonables eficientes que le solicitan en atención a sus propias necesidades con la finalidad de lograr una comunicación fluida y eficaz entre ellos en la que se pueda entender y ser entendida durante todas las fases del proceso notarial.

3.4 Propuesta del diseño universal de la certificación notarial de ajustes razonables para la manifestación de voluntad

Como hemos sostenido a lo largo del presente ensayo, el notariado latino es un aliado para que las PCD puedan ejercer su capacidad jurídica universal, al ser un apoyo institucional y un prestador de ajustes razonables al proporcionar accesibilidad a la información, asesoría y coadyuvar a la mejor interpretación posible de la voluntad de la PCD, según sus propios requerimientos, en una situación y momento determinado garantizando su derecho humano a la igualdad.

En atención a lo anterior, estamos convencidos que debemos enfocarnos en la prestación de los ajustes razonables y medidas de accesibilidad que se pueden incorporar en sede notarial. Es decir, es necesario concientizar de la importancia, si realmente se están brindando los ajustes razonables y los medios o características que se pueden brindar a las PCD, que en virtud del principio de rogación los han solicitado y son necesarios para poder tener una comunicación eficaz con el notario.

Por otra parte, no debe confundirse, que para el ejercicio de la capacidad jurídica universal de las PCD la falta de formas comunicación de ésta suponga un obstáculo para no poder ejercerla, sino por el contrario se deben brindar en notaría, los ajustes razonables necesarios y pertinentes para hacer efectiva esa comunicación. No es nada más blanco y negro, sino que admite una inabarcable gama de grises. En otras palabras, de distintos ajustes razonables que se pueden brindar.

Por ejemplo, la persona de confianza que acompaña a la PCD en la primera visita al notario es en sí un ajuste razonable. Además del uso de un lenguaje verbal accesible entre el personal de la notaría y el propio notario con la PCD hasta la implementación de cualquier software o dispositivo electrónico o convencional que permita la comunicación entre ellos. Y desde luego, la redacción del instrumento notarial en un formato que permita la accesibilidad cognitiva del mismo.

Con todo ello, lo que se busca es que el notario se asegure, dadas las circunstancias del caso que se le presente y de las necesidades de la PCD, de que precisamente éste ha podido entender lo que va a realizar en la notaría. Es decir, que el notario se ha cerciorado en forma personal y singularizada, y así lo hará constar en el instrumento, del pleno discernimiento de la PCD que comparece ante él; pues los ajustes razonables le facilitan la comunicación para manifestar su voluntad.

Por tanto, reiteramos que en el ejercicio de la función notarial debemos reforzar y tomarnos en serio la prestación de los ajustes razonables para la manifestación de la voluntad de las PCD. Y es que el notario es quien dará fe de aquellos actos o negocios jurídicos que el mismo redacta porque así se lo señala la ley, previa averiguación, interpretación y adecuación de la voluntad de los otorgantes conforme a la ley. Todo ello se logra mediante la técnica notarial.

Por técnica notarial debe entenderse como *la elaboración jurídica que tiende a asegurar la más eficaz configuración y utilización del documento notarial*¹⁵⁶. Por tanto, el documento notarial es un elemento *sine qua non* para el notario porque es a través de ella el continente legal de la voluntad de los comparecientes que ha sido debidamente asesorada e interpretada por él atendiendo y adecuándola a lo establecido en la norma legal.

Así, en la práctica notarial, resulta interesante conocer el tipo de documento que redactará el notario y los efectos jurídicos que producen dependiendo de la situación del derecho que se pretende autenticar ante él. Porque, si bien el Notario *da fe*, lo que *hace fe* es el documento por él redactado y autorizado, por tener una propia eficacia probatoria. Y es que el *arte notarial* se ejerce redactando siempre en constante mejoría y tomando en cuenta la función social del notario.

Es por ello, que la finalidad de este ensayo es promover el diseño universal en la redacción de la certificación notarial de ajuste razonable para la manifestación de voluntad de la PCD en atención al artículo 4 inciso f) de la CDPD en relación con el párrafo 26 letra c) de las Observaciones Finales sobre el informe inicial de Turquía,¹⁵⁷ en el que la Relatora Especial ha exigido que se vele por el cumplimiento de los procedimientos notariales para garantizar los derechos de las PCD.

En igual sentido, se ha pronunciado el Comité sobre los Derechos de las PCD mediante la Observación General número 1 en su párrafo 29 inciso c) ¹⁵⁸ y la

¹⁵⁶ Allende, Ignacio M, “*La Institución Notarial y el Derecho*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pág.69.

¹⁵⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Turquía* (CRPD/C/TUR/CO/1) *op. cit.* Disponible en versión electrónica

¹⁵⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Recomendación General número 1 *op. cit.* Disponible en versión electrónica.

Observación General número 6 párrafo 48¹⁵⁹ en la que han sido unánimes en considerar que la comunicación de una persona no debe ser un obstáculo y la importancia de proporcionar los ajustes razonables a las PCD ya que su denegación constituye un acto de discriminación por motivos de discapacidad.

Propuesta de certificación redactada en un lenguaje claro que permite la accesibilidad cognitiva y brinde a su vez, seguridad jurídica a la PCD y al notario de que se cumplió en proporcionar los ajustes razonables necesarios para garantizar la comunicación que expresará la voluntad. Pues, como ya lo hemos advertido, la CDPD, así como el trabajo interpretativo de ésta, consagra un deber a los notarios de proporcionar ajustes razonables a las PCD para el ejercicio de su capacidad.

Aunado a que el principio es que la propia PCD exprese su voluntad al tomar su decisión con ayuda de un apoyo, el cual solo colabora en el entendimiento, facilitación o interpretación de la manifestación de voluntad. Por lo que la no participación de la PATD en la manifestación de voluntad y su participación es la excepción. Por tanto, a efectos del otorgamiento del instrumento notarial, la discapacidad es irrelevante.

Lo que el notario debe considerar es: 1) si el compareciente tiene dificultad cognitiva para formar su voluntad y, por ende, para prestar su consentimiento; 2) en su caso, si hay una PATD, la cual habrá de aceptar previamente la designación y que no existan circunstancias que presuman un conflicto de intereses o una influencia indebida y actuando bajo una mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la PCD y 3) siempre proporcionarle los ajustes razonables que han sido solicitados.

¹⁵⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General número 6 sobre Igualdad y la no discriminación, *op. cit* disponible en formato electrónico.

Por tanto, nuestra propuesta se basa en la redacción de las siguientes certificaciones notariales que haga constar el ajuste razonable:

“El suscrito notario da fe de que el otorgante ha desarrollado, a lo largo de las entrevistas que se han mencionado a través de un lenguaje accesible, su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando la persona de apoyo en la toma de decisiones previamente designada, así como con los ajustes que han resultado necesarios proporcionados por el suscrito notario consistentes en (sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación) con los que ha podido expresar su voluntad, deseos y preferencias en un formato de accesibilidad cognitiva; por lo que el otorgante ha ejercido su capacidad y ha prestado su consentimiento para dicho acto de forma adecuada”.

Certificación simplificada en un formato accesible:

“Yo, el notario, certifico que: El otorgante ha tomado sus propias decisiones durante nuestras entrevistas. Ha utilizado un lenguaje accesible para expresar sus pensamientos y sentimientos. Ha contado con la ayuda de una persona de apoyo en la toma de decisiones, que fue designada previamente. Ha utilizado ajustes y herramientas para comunicarse de manera efectiva, como: sistemas

aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil. Ha expresado su voluntad, deseos y preferencias de manera clara y accesible. Por lo tanto, el otorgante ha demostrado su capacidad para tomar decisiones y ha dado su consentimiento de manera adecuada”.

Conclusiones

Primera: La dignidad humana es un principio jurídico esencial que fundamenta los derechos humanos y promueve la igualdad y el respeto. Es también un valor moral de igualdad universal, considerado un principio jurídico fundamental en la mayoría de los sistemas jurídicos al ser reconocida en diversas constituciones y tratados internacionales, como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Deriva del latín "*dignitas*" y conlleva el respeto y el valor inherente a cada persona.

Segundo: El imperativo categórico de Kant establece que se debe tratar a las personas como fines en sí mismas, no como medios. La dignidad humana está vinculada al derecho al libre desarrollo de la personalidad, permitiendo a las personas tomar decisiones sobre sus vidas. La dignidad es un derecho fundamental que prohíbe la discriminación y promueve la igualdad en todos los aspectos de la vida.

Tercero: Los derechos humanos son exigencias éticas fundamentales que se adscriben a toda persona, sin excepción. Se desarrollan en dimensiones filosóficas, políticas y jurídicas, siendo reconocidos en normas constitucionales. Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en constituciones, obteniendo el máximo estatus jurídico. La CDPD busca el reconocimiento de la personalidad jurídica en igualdad de condiciones y establece que las PCD tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica.

Cuarto: El notario, aunque no es una autoridad, ejerce funciones públicas y tiene el deber de promover y proteger los derechos humanos. Este deber se fundamenta en el Derecho Internacional Público y en los principios del notariado latino. La CIDH ha

establecido precedentes que refuerzan el control de convencionalidad por parte de los notarios. Los principios del notariado, aprobados en 2005, destacan la función pública del notario en la protección de los derechos humanos.

Quinta: La igualdad jurídica se divide en sustantiva (de hecho) y formal (de derecho), siendo ambas esenciales para garantizar derechos humanos. La CDPD de 2008 promueve la igualdad sustantiva para las PCD. La discriminación puede ser directa, indirecta o estructural, afectando a grupos históricamente excluidos. La igualdad y la no discriminación son fundamentales para el reconocimiento de derechos humanos y la dignidad humana.

Sexta: La discapacidad se entiende como una variación humana que puede afectar a cualquier persona en cualquier momento de su vida. Es el resultado de la interacción entre deficiencias y barreras impuestas por la sociedad, no solo de condiciones individuales. A lo largo de la historia, la percepción de la discapacidad ha evolucionado desde el rechazo y la marginación hacia un enfoque de derechos humanos. La CIF de la OMS, adoptada en 2001, es un marco universal para entender la discapacidad.

Séptima: La CDPD aborda la discapacidad desde una perspectiva humanista, destacando la importancia del notariado en la defensa de los derechos humanos. Se enfatiza la necesidad de que el notariado actúe como un aliado de las PCD, brindando ajustes razonables y apoyo institucional. La capacitación del notariado es crucial para garantizar que no se restrinja la capacidad jurídica de las PCD en la práctica.

Octava: La inclusión y el respeto a la dignidad humana son fundamentales en la función notarial, promoviendo un enfoque más humanista en el ejercicio del derecho. Los notarios deben respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales. La no discriminación incluye el derecho a ajustes razonables, esenciales para el ejercicio de la capacidad jurídica universal de las PCD.

Novena: La voluntad es esencial para la capacidad de ejercicio y se manifiesta en actos o negocios jurídicos. La autonomía de la voluntad se basa en el principio de consensualidad, donde el consentimiento es fundamental para la validez de los actos jurídicos y se deriva del latín "*cum-sentire*". Existen formalismos legales que deben cumplirse para que un acto jurídico sea válido, clasificándose en *ad substantiam* y *ad probationem*.

Décimo: El consentimiento informado es necesario para tratamientos médicos complejos, mientras que el consentimiento simple se aplica a decisiones de bajo riesgo. En Latinoamérica, reformas en países como Costa Rica, Perú y Colombia no abordan el apoyo al consentimiento informado para pacientes con discapacidad. El Código Civil y Comercial de Argentina permite que el consentimiento informado sea otorgado por representantes legales en situaciones de emergencia.

Décimo primera: Para que el consentimiento informado sea efectivo, es crucial que la persona con discapacidad comprenda la información proporcionada. En Zambia y Kenia, se han declarado inconstitucionales leyes que niegan el derecho de las personas con discapacidad a otorgar consentimiento informado

Décimo segunda: Se propone el uso de personas de apoyo para la toma de decisiones (PATD) para ayudar a las personas con discapacidad a expresar su voluntad. La comprensión de la información es crucial para que las personas con discapacidad puedan tomar decisiones válidas y efectivas. El notariado latino juega un papel importante al certificar que las partes comprenden las consecuencias legales de sus actos. La jurisprudencia internacional reconoce la necesidad de ajustes razonables para garantizar la igualdad sustantiva.

Décimo Tercera: La toma de decisiones incorrectas no debe ser un argumento para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La CDPD establece que las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Se identifican tres criterios que restringen la capacidad jurídica: condición o estatus, resultados y funcionalidad, considerados discriminatorios.

Décimo cuarta: En varios países, como Perú y Colombia, se han implementado leyes que reconocen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, permitiendo la designación de apoyos. En África, países como Kenia y Zambia han ratificado la CDPD, pero sus legislaciones aún limitan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La figura del notariado se presenta como un apoyo esencial en la designación de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad.

Décimo quinta: La CDPD ha sido un avance significativo en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad, promoviendo su inclusión

en la sociedad. La implementación de la CDPD requiere reformas legislativas en muchos países para garantizar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica.

Décimo sexta: Las salvaguardias son medidas para asegurar que se respeten los derechos y la voluntad de las PCD. Se clasifican en tres grupos: protección de derechos, prevención de influencia indebida y manejo de conflictos de interés. La influencia indebida puede surgir en relaciones de confianza, como entre familiares, y debe ser contrarrestada con salvaguardias efectivas. El notariado latino juega un papel crucial al verificar la autenticidad de la voluntad de la PCD en actos jurídicos.

Décimo Séptima: En Perú, se regulan tres tipos de salvaguardias: revisión judicial, designación por la PCD y medidas excepcionales por el juez. La Ley de Costa Rica establece un "garante para la igualdad jurídica" que puede ser una persona física o moral, incluyendo familiares. Las críticas a las regulaciones actuales apuntan a su ineficacia para prevenir conflictos de interés de manera oportuna. La designación de salvaguardias debe ser proporcional y efectiva, garantizando que la voluntad de la PCD sea respetada.

Décimo octava: Los ajustes razonables son modificaciones necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Se originan en leyes laborales como *la Equal Employment Opportunity Act* de 1972 y se han desarrollado en jurisprudencia canadiense. La CDPD establece que la denegación de ajustes razonables es un acto de discriminación.

Décimo novena: Los ajustes deben ser solicitados por la persona con discapacidad y no pueden imponer una carga desproporcionada al proveedor. La comunicación accesible es fundamental para que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad en actos notariales. En Perú, se reconoce el derecho a ajustes razonables en notarías y procesos judiciales, garantizando accesibilidad y salvaguardias. La legislación de Costa Rica también establece el deber del Estado de proporcionar ajustes razonables y cumplir con el diseño universal.

Vigésimo: Se propone una certificación notarial que documente los ajustes razonables proporcionados, asegurando la comprensión y el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta propuesta de certificación se redacta en un lenguaje claro que permite la accesibilidad cognitiva y brinda a su vez, seguridad jurídica a la PCD y al notario de que se cumplió en proporcionar los ajustes razonables necesarios para garantizar la comunicación que expresara la voluntad.

Bibliografía

- Allende, Ignacio M, "*La Institución Notarial y el Derecho*", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969
- Álvarez Ledesma, Mario I. "*Derechos Humanos. Una visión multidimensional.*" McGraw Hill, México, 2023
- "*Introducción al Derecho*" Mc Graw Hill, México, 2020,
- Amante, Alicia E. "*Evolución del concepto de discapacidad*" en "*Discapacidad. Lo que todos debemos saber*" Amante, Alicia E., Vásquez Armando J. Edit. Publicación Científica y Técnica número 616, Washington, 2006
- Añon, María José. "*Los Principios y Valores que guían los derechos: Igualdad*" en "*Derechos Humanos y Constitución*" De Lucas J. Rodríguez Uribes J. M. Coord. Tirant lo Blanch, Valencia 2018
- Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, II, II, q. 63, Porrúa, México, 1985
- Aspe Hinojosa, Roberto. "*Los Fines del Derecho*". Porrúa, México, 2003
- Atienza, Manuel. "*Introducción al Derecho*". Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003
- Bach Michael, Espejo Yaksic Nicolás, coord. "*Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*" edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022
- Carbonell. Miguel. "*Los Derechos Humanos. Régimen Jurídico y Aplicación Práctica*". Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. México, 2016
- Cárdenas González, Fernando A. "*Función Notarial con Humanismo. Antídoto contra el individualismo y sus efectos.*" Procesos editoriales, México, 2024
- "*Incapacidad. Nuevos Horizontes de la Autonomía de la Voluntad. Aumentada y Puesta al día*" Porrúa, México, 2010
- Cassier, Ernt. "*La Filosofía de la Ilustración*", Fondo de Cultura Económica, México, 1982
- Chueca, Ricardo. "*La Marginalidad Jurídica de la Dignidad Humana*" en "Dignidad Humana y Derecho Fundamental", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015
- De P, Morales, Francisco. "*Derecho Notarial Mexicano*", México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 2000.
- Duguit, León. "*Teoría General del Acto Jurídico*". Editorial Cultura, México, 1922
- Enrenberg, Victor. "*Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*". Colección Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Madrid, 2003
- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 6, 32 (36,41) citado por Gómez Orfanel, Germán, "La Dignidad de la Persona en la Grundgesetz" en "*Dignidad Humana y Derecho Fundamental*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015

- Fernández Sessarego, Carlos, “*Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida*”, en *Reformas Legislativas. Debates doctrinarios*. Código civil y comercial n° 2 Año I, Juan Martín Alterini, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Infojus, 2015
- Guastini, Ricardo “*Note su Statu di diritto, sistema giuridico sistema politico, en Analisi e diritto*”, Roma 2002
- Iglesias, Juan. “*Derecho Romano*”. Ariel, Barcelona, 2004, pág. 111
- Mejía Rosasco, Rosalía. “*La Implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la Función notarial*” Colegio de Notarios de Lima, 2019
- Paredes Sánchez, Luis. E. “*Presupuestos del Negocio Jurídico. Capacidad Legal, Idoneidad del Objeto, Legitimación Sustancial y (eventualmente) Condictio Iuris.*” Porrúa, México, 2010
- Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. “*Derecho Notarial*”. Porrúa, México 2010.
- Pérez Luño, Antonio E. “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2010
- Rico Álvarez, Fausto. “*De las Personas*”. Porrúa, México, 2018
- Robles Farías, Diego. “*Teoría General de las Obligaciones*”. Tirant lo blanch, México 2022.pág. 211
- Soberanes Díez, José M. “*La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*”, Porrúa, México, 2001
- Torres, María. “*La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020
- Victoria Maldonado. Jorge A. “*Hablemos sobre Discapacidad y Derechos Humanos*”. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, México, 2015
- Wark, Julie. “*Manifiesto de derechos humanos.*” Barataria, Barcelona, 2011

Libros formato electrónico

- Bregaglio Lazarte, Renata Anahí; Constantino Cayoho, Renato Antonio. En “*La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto Legislativo 1384*”. en *Revista Derecho Privado*, Bogotá, número 44, página 27, junio 2023. Visible en <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662023000100015&lng=en&nrm=iso>.
- Finsterbusch Romero, Christian. En “*La Extensión de los Ajustes razonables en el Derecho de las Personas en situación de Discapacidad de acuerdo al enfoque social de Derechos Humanos*”. En “*Ius et Praxis*”, Talca, volumen 22, número 2, pág. 232, 2016. Disponible en

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008&lng=es&nrm=iso

Habermas, Jürgen, “*El Estado democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios*” en <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0101110435A/210>

Hernan Sampietro, María. “*Capacidad jurídica y excepcionalidad jurídica en la Ley 3/2021, de regulación de la eutanasia. Una lectura en primera persona*”. Revista. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, volumen 43, número 143, junio, 2023. Disponible en <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352023000100013&lng=es&nrm=iso>.

Lafferriere, Jorge N. “*Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino*”. en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Número 38, pág. 51, junio, 2020. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-

Lathrop Gómez, Fabiola. “Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile”. En Revista de derecho, Valdivia, volumen 32, número 1, pág. 119, 2019 Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100117&lng=es&nrm=iso>.

Pallares Neila, Javier. En “*La grave incongruencia existente entre el nuevo sistema de apoyo y la emisión del consentimiento informado por las personas con discapacidad*”. En Revista Asociación Española Neuropsiquiatría, Madrid, volumen 43, número 144, p. 139, diciembre 2023. Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S021157352023000200007&lng=es&nrm=iso>.

Pelegriño Torano, Luis. En “*Responsabilidad civil aquiliana de la persona en situación de discapacidad tras la reforma al Código Civil cubano*”. En “*Revista del Poder Judicial*”, Lima, volumen 15, número 20, pág. 80, julio 2023. Disponible en <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S266391302023000200069&lng=es&nrm=iso>.

Ponce de León Solís, Viviana. “*Inclusión electoral de personas con discapacidad mental en Chile*”. En Revista “*Ius et Praxis*”, Talca, Volumen 26, número 2, pág. 149, agosto, 2020. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000200147&lng=es&nrm=iso>.

Rodríguez Alfaro, María I. “*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los principales desafíos para el legislador chileno*.” En Revista Derecho concepción, volumen 90, número 252, pág. 45 diciembre 2022. Disponible en

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-591x2022000200045&lng=es&nrm=iso>.
Varsi Rospigliosi, Enrique; Torres Maldonado, Marco A. “*El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano*”. Acta bioeth, Santiago, volumen 25, número. 2, pág. 199, diciembre 2019 Disponible en
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2019000200199&lng=es&nrm=iso>
Villarroel Aramayo, Daniel. “*La Igualdad sustantiva en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: El rol de los ajustes razonables*”. En Estudios constitucionales, Santiago, volumen 22, número 1, pág. 160, junio 2024. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002024000100154&lng=es&nrm=iso>.
Consultado el 1 de marzo de 2025

Tesis y Leyes

Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 633. Registro Digital: 2012363
Tesis 2a./J. 73/2017 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 43, junio de 2017, Tomo II, página 699. Registro Digital: 2014498.
Constitución de la República Italiana
Constitución de la República Federal Alemana
Constitución Española
Constitución Política del Perú.
Código Civil y Comercial de la Nación

Páginas Web

<https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble> Consultado el 12 de febrero de 2025
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> Consultado el 12 de febrero de 2025.
Visible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf consultado el 15 de febrero de 2025.
<https://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/public/paises/aleconst.htm>
Consultado el 12 de febrero de 2025
<https://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm>
consultado el 16 de febrero de 2025
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf> consultado el 16 de febrero de 2025
<https://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/public/paises/aleconst.htm> consultado el 17 de febrero de 2025

<https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php> consultado el 17 de febrero de 2025

<http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica> consultado el 17 de febrero de 2025

https://www.cu.emb-japan.go.jp/es/docs/constitucion_japon.pdf consultado el 17 de febrero de 2025

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> consultado el 17 de febrero de 2025

https://au.int/sites/default/files/treaties/36440-treaty-protocol_to_the_achpr_on_the_rights_of_persons_with_disabilities_in_africa_e.pdf consultado el 28 de febrero de 2025

<https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/D.S.N-016-2019-MIMP.pdf> consultado el 2 de marzo de 2025

<https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/DECRETO%20LEGISLATIVO%20Nº%201049.pdf> consultado el 2 de marzo de 2025

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=86554&nValor3=112370&strTipM=TC consultado el 2 de marzo de 2025

https://www.svisual.org/que_video.html consultado el 4 de marzo de 2025

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-5140> Consultada el 5 de marzo de 2025

https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/IP_PRD_N-24-012-DCA.pdf consultado el 6 de marzo de 2025

<https://www.eeoc.gov/es/conozca-sus-derechos-la-discriminacion-en-el-lugar-de-trabajo-es-ilegal-0#:~:text=La%20Secci%C3%B3n%20503%20del%20Acta,del%20empleo%20por%20parte%20de> consultado el 1 de marzo de 2025

<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/101/index.do> consultado el 1 de marzo de 2025

Documentos Oficiales en línea

Consejo de Derechos Humanos, 2018: *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. El derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley* (A/ HRC/37/56), párrafos 77 y 60, respectivamente. Visible en https://digitallibrary.un.org/A_HRC_37_56-ES.pdf consultado el 19 de febrero de 2025

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Turquía* (CRPD/C/TUR/CO/1), párrafo 26 letra c). Visible en <https://docstore.ohchr.org/CRPD/C/TUR/CO/1> consultado el 19 de febrero de 2025

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2023: *Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Perú* (CRPD/C/PER/CO/2-3), párrafos 24 letra d) y 25 letra c). Visible en <https://www.ohchr.org/es/documents/concluding-observations/crpdco2-3-concluding-observations-combined-second-and-third> consultado el 19 de febrero de 2025

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2023: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Malawi* (CRPD/C/MWI/CO/1-2), párrafo 26 letra d). Visible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/190/76/pdf/g2319076.pdf> consultado el 19 de febrero de 2025

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Recomendación General número 1, de la ONU, párrafo 15. *Visible en formato electrónico en: https://indiscapacidad.cdmx.gob.mx/storage/app/media/links%20juridico/OBSERVACION%20GENERAL%20No%201%202014%20IGUALDAD%20ANTE%20LA%20LEY%20LF.pdf* consultado el 22 de febrero de 2025

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General número 6 sobre Igualdad y la no discriminación, documento CRPD/C/GC/6 disponible en formato electrónico en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-6-article-5-equality-and-non> consultado el 1 de marzo de 2025

Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. OMS, 54 Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 2001 Disponible en versión electrónica y consultable en https://sid-inico.usal.es/wp-content/uploads/2021/01/CIF_SID_VERSION-ABREVIADA.pdf consultado el 19 de febrero de 2025.

Consejo de Derechos Humanos, 2018: *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. El derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley* (A/ HRC/37/56), Visible en https://digitallibrary.un.org/A_HRC_37_56-ES.pdf

Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad. El Notario como Apoyo Institucional y Autoridad. Comisión de Derechos Humanos. Unión Internacional del Notariado. Disponible en formato electrónico en https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec

ONPI
OFICINA NOTARIAL
PERMANENTE
DE INTERCAMBIO
INTERNACIONAL



EL DERECHO A UNA VEJEZ DIGNA EN EL ÁMBITO NOTARIAL

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA: ARGENTINA

Susana Bonanno | Delia Alicia Bonfanti | Claudia Busacca | Mariela Eyras |
Karina Gissara | Sonia Lukaszewicz | Mariela del Río | Gonzalo Matías Vásquez



Índice

Introducción

1. El derecho de la vejez o de la ancianidad en la Argentina. Su vinculación con el derecho notarial

2. La protección internacional de los derechos de los adultos mayores

La Organización de las Naciones Unidas. Resoluciones en favor de los adultos mayores

Resolución 46/91, del 16 de diciembre de 1991

Resolución 47/5, del 16 de octubre de 1992

Informes de las Expertas Independientes sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Las conferencias regionales intergubernamentales sobre envejecimiento para América Latina y el Caribe

Primera Conferencia Regional. Chile (2003)

Segunda Conferencia Regional. Brasil (2007)

Tercera Conferencia Regional. Costa Rica (2012)

Cuarta Conferencia Regional. Paraguay (2017)

Quinta Conferencia Regional. Chile (2022)

Informe de América Latina y el Caribe para el cuarto examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento.

Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las
Personas Mayores

Los desarrollos legislativos en Europa, África y Asia

Los fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos

Caso Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)

Caso García Lucero Vs. Chile (2013)

Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018)

Caso Muelle Flores vs. Perú (2019)

Caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile (2021)

Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs.
Perú (2022)

3. Vejez y capacidad

Capacidad de derecho

Concepto

Incapacidades de derecho

Caracteres de las incapacidades de derecho

Capacidad de ejercicio

Concepto

Incapacidades de ejercicio

Capacidad de ejercicio y discernimiento

Restricciones a la capacidad

Reglas generales de restricción de la capacidad

Capacidad restringida e incapacidad

Declaración judicial de capacidad restringida

La figura del apoyo

Declaración Judicial de incapacidad

4. El adulto mayor

La capacidad del adulto mayor

La vejez como causal de restricción de la capacidad

El adulto mayor y el rol del notario como garante de derechos

Valoración judicial de la capacidad del adulto mayor. Evolución de la jurisprudencia argentina

Los adultos mayores y la actuación del notario

Audiencia notarial

Presunción de capacidad y evaluación notarial de la capacidad del otorgante adultos mayor

Certificados médicos y documentación afín

5. Actos de autoprotección. Introducción

Directivas anticipadas en materia de salud

Registro de Actos de Autoprotección

Las prácticas eutanásicas en las directivas anticipadas

Jurisprudencia argentina vinculada a Directivas Anticipadas en materia de salud

Poder preventivo. Concepto

Contenido del Poder Preventivo

Vigencia del Poder Preventivo

Elección del apoderado

Formalidades del Poder Preventivo

Los actos de autoprotección y los derechos humanos

La legislación en algunos países que integran la UINL

Perú

Canadá

Japón

Países de Europa

Francia

Alemania

España

6. Herramientas jurídicas para la protección económica del adulto mayor

Renta vitalicia

Fideicomiso

Fideicomiso testamentario

Contrato de mantenimiento o asistencia

Donación

Donación remuneratoria

Donación con cargo

Donación con reserva de usufructo

Afectación a vivienda

Derecho de habitación

Cohousing, vivienda social o colaborativa

Hipoteca inversa

Renta potencial

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Este trabajo de investigación tiene por objeto analizar la situación de los adultos mayores en la Argentina desde una perspectiva jurídica, con especial énfasis en la necesidad de garantizar la plena protección de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos, así como el aporte que la función notarial puede realizar al efecto. Para ello, se examinará el marco normativo vigente, contemplando tanto el derecho nacional - representado fundamentalmente por la llamada ley de derechos del paciente 26529 (2009) modificada por ley 26742 (2012) y su reglamentación y el Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde agosto de 2015) - como las normativas internacionales aplicables a la legislación argentina en materia de derechos humanos y protección de las personas mayores. También se brindarán algunas referencias al contexto internacional en la materia.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), la población total de la Argentina ascendió a 45.882.285 personas en el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022, lo que representa un incremento del 14,8% en comparación con el censo de 2010, que registró 40.117.096 habitantes.¹

En cuanto a la población de adultos mayores, el censo de 2022 indicó que el 11,9% de la población tiene 65 años o más, lo que equivale aproximadamente a 5.462.000 personas. Este porcentaje muestra un aumento respecto al censo de 2010, donde el 10,2% de la población se encontraba en este grupo etario.²

Este proceso de envejecimiento poblacional plantea desafíos significativos en términos

¹ (<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-18-77>)

² (https://es.wikipedia.org/wiki/Demograf%C3%ADa_de_Argentina)

de políticas públicas y atención a las necesidades específicas de este grupo. Según el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (UCA), se estima que para la próxima década la proporción de personas mayores en la población total será mayor que la cantidad de jóvenes.³

Por su parte, el Informe de América Latina y el Caribe para el cuarto examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, determinó que la región experimentó un proceso de envejecimiento más rápido con respecto a otras regiones del mundo: en 1950, las personas de 60 años y más representaban el 5,2% de la población, pero desde mediados de la década de 1960, la proporción de personas mayores de la región aumentó de manera sostenida, previéndose que en 2060 la proporción de personas de 60 años y más superará la de Asia y Oceanía, ubicándose más cerca de los valores de América del Norte y Europa. En efecto, el informe estima que en el año 2100 la proporción de personas mayores de la región alcanzará el 38,2%, prácticamente la misma proporción estimada para Europa para ese año.⁴

En términos socioeconómicos, los adultos mayores en la Argentina presentan diversas realidades. Mientras que muchos cuentan con ingresos provenientes de jubilaciones y pensiones, existen disparidades en cuanto al acceso a servicios de salud, vivienda adecuada y participación en actividades culturales y sociales. La calidad de vida de las personas adultas mayores está altamente relacionada con su capacidad funcional y con el conjunto de condiciones que les permitan cuidarse a sí mismas y participar en la vida

³ (<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/17192>)

⁴ Envejecimiento en América Latina y el Caribe. Inclusión y derechos de las personas mayores. Informe de América Latina y el Caribe para el cuarto examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e345daf3-2e35-4569-a2f8-4e22db139a02/content>

familiar y social.

Es una realidad innegable que nos encontramos en un momento histórico particular en relación con el envejecimiento de la población a nivel mundial. Las expectativas de vida han aumentado considerablemente gracias a los avances científicos, tecnológicos y a las mejores condiciones de vida. Sin embargo, este aumento en la expectativa de vida no siempre se traduce en una mejor calidad de vida. Muchas personas mayores padecen enfermedades neurodegenerativas que las colocan en situaciones de dependencia y vulnerabilidad, lo que incluso puede llegar a la pérdida del autogobierno.

En este contexto, el notariado argentino juega un papel fundamental en la protección de los derechos de los adultos mayores. Su intervención no solo implica la formalización de actos jurídicos, sino también la prevención y el asesoramiento para garantizar la autonomía y seguridad de este grupo etario. Cabe destacar que la capacidad jurídica de los adultos mayores se presume hasta que una sentencia judicial determine lo contrario, conforme al sistema de apoyos introducido por el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), que se aleja del antiguo modelo de capacidad e incapacidad previsto en la legislación anterior.

Estas disposiciones buscan proteger a las personas mayores en situaciones de vulnerabilidad, garantizando que los actos jurídicos que realicen sean reflejo de su verdadera voluntad y comprendiendo plenamente sus consecuencias.

El notario, en su función de seguridad jurídica, debe evaluar la aptitud suficiente de la persona mayor para comprender el acto que pretende otorgar y sus consecuencias. Esto requiere una especial dedicación y, en muchos casos, una asesoría interdisciplinaria que permita identificar posibles signos de deterioro cognitivo sin caer en discriminaciones arbitrarias. Además, el notario debe asegurarse de que el acto sea un reflejo de la

verdadera voluntad del adulto mayor, evitando cualquier influencia indebida de terceros.

El derecho y en especial los notarios ofrecen un marco de protección jurídica adecuado a este universo de personas. El notariado debe estar capacitado y preparado para hacer frente a las nuevas demandas de los adultos mayores, asesorándolos y ofreciéndoles herramientas jurídicas eficaces que les ayuden a superar su vulnerabilidad.

La Argentina ha reafirmado su compromiso con la protección de los derechos de las personas mayores mediante la ratificación, a través de la Ley 27.360, de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Esta normativa establece principios fundamentales como la eliminación de la discriminación por edad, la promoción de la dignidad, la autonomía y la inclusión social de las personas mayores. Además, el Estado nacional ha implementado políticas públicas orientadas a garantizar un envejecimiento activo y saludable, asegurando el acceso a servicios esenciales y promoviendo la participación de los adultos mayores en la sociedad.

Varios organismos de gobierno han adoptado prácticas referidas al tratamiento que se dispensa al adulto mayor. En este sentido, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires ha manifestado un firme compromiso en la promoción y protección de los derechos de las personas mayores. A través de sus "Cuadernos temáticos de dictámenes", ha recopilado y analizado diversas intervenciones que reflejan su postura y acción en esta materia. Entre los principales puntos abordados se destacan la tutela judicial efectiva, la prohibición de discriminación por edad, el derecho a la salud e integridad personal, y la seguridad social como pilar de la protección de la ancianidad.⁵

⁵ <https://cijur.mpba.gov.ar/files/content/Cuaderno%20-%20Los%20derechos%20de%20las%20personas%20mayores%2011-12.pdf>

Asimismo, la "Guía de Buenas Prácticas para el Acceso a la Justicia de las Personas Mayores", aprobada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, establece una serie de medidas destinadas a garantizar que las personas mayores puedan acceder al sistema judicial de manera efectiva y sin discriminación. Dentro de sus disposiciones se incluyen la adaptación de infraestructuras judiciales, la implementación de una comunicación clara y accesible, la atención preferente, la celeridad procesal y la capacitación continua de los operadores judiciales en esta materia.⁶

Atendiendo a las convenciones internacionales, el Código Civil y Comercial, y los manuales de buenas prácticas, el notariado argentino debe cuestionarse cómo está actuando frente a un adulto mayor. Es necesario reflexionar si las herramientas jurídicas disponibles están siendo utilizadas de manera efectiva para garantizar la autonomía y dignidad de estas personas, si se está ofreciendo un asesoramiento integral que contemple sus particularidades y necesidades, y si se están promoviendo estrategias que permitan reforzar su seguridad jurídica sin menoscabar su capacidad de decisión.

A pesar de los avances normativos en materia de capacidad y protección de las personas vulnerables, hay cierta incertidumbre respecto de la eficacia y alcances de las disposiciones otorgadas por los propios adultos mayores en previsión de su futuro. Esto impacta en la seguridad jurídica de quienes desean organizar su patrimonio y su atención personal de manera anticipada, en resguardo de su autonomía y dignidad.

El notariado argentino, en su rol de garante de la seguridad jurídica y como actor fundamental en la prevención de conflictos, desempeña una labor clave en la promoción

⁶ <https://digesto.scba.gov.ar/Norma.aspx?idFallo=14032>

de mecanismos que permitan a los adultos mayores ejercer sus derechos de manera efectiva. A través del asesoramiento profesional y la formalización de instrumentos jurídicos adecuados, el notariado asegura que las decisiones de los adultos mayores sean respetadas y cumplidas conforme a sus voluntades expresadas en vida.

Esta investigación busca, entonces, exponer la problemática actual, analizar las soluciones normativas existentes y resaltar el rol del notariado en la implementación de herramientas que brinden a los adultos mayores una protección efectiva y equitativa. Para ello, se toman como referencia distintos enfoques teóricos y doctrinarios que han abordado la función notarial desde una perspectiva innovadora y acorde a las necesidades contemporáneas de la sociedad.

1. El derecho de la vejez o de la ancianidad en la Argentina. Su vinculación con el derecho notarial

El 14 de diciembre de 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 33/52 entendió que los problemas de envejecimiento de la población mundial merecían primordial atención por lo cual, cuatro años después, en labor conjunta con los organismos especializados y consulta con los estados miembro llevó adelante la Primera Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, la que tuvo lugar entre los días 26 de julio y 6 de agosto de 1982, en Viena.⁷ Entre otras cuestiones, la asamblea llegó a las siguientes conclusiones: reconoció que los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ se aplican también a los adultos mayores y que la calidad de vida de estos es tan importante como la longevidad;

⁷ <https://www.un.org/en/conferences/ageing/vienna1982>

⁸ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

consideró que los ancianos son un activo y no un pasivo para la sociedad por el aporte que pueden hacer a esta tanto por su experiencia como por sus conocimientos; determinó que la longevidad es tanto un logro de la biología como un signo de progreso y sostuvo que los adultos mayores, en la medida de lo posible, deben disfrutar de sus familias y comunidades en forma plena, gozando de salud y seguridad. En dicho contexto la asamblea adoptó el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, tendiente a aplicar a nivel internacional, regional y nacional políticas destinadas a mejorar la vida de los adultos mayores.⁹ A consecuencia de ello, la resolución 37/51 refrendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su nonagésimo encuentro plenario celebrado el 3 de diciembre de 1982 exhortó a los gobiernos parte a realizar esfuerzos para aplicar los principios y recomendaciones contenidos en el plan de acción aprobado y solicitó que el Secretario General: a) refuerce la red internacional de centros de investigación e información en el área de envejecimiento a los efectos de fomentar y facilitar el intercambio de experiencias y conocimiento, y b) requiera cooperación técnica entre los países de las distintas regiones, sobre todo a través del entonces Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios (CSDHA) de la secretaría. Asimismo, le permitió continuar con la utilización del Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento para atender las necesidades de los adultos mayores en los países en desarrollo, con especial atención a los menos desarrollados y para colaborar con los estados miembro que lo soliciten en la formulación de políticas y programas para los adultos mayores, mediante la cooperación, la investigación, el intercambio de información y tecnologías pertinentes.¹⁰

⁹ Considerandos RES/37/51

¹⁰ <https://docs.un.org/en/A/RES/37/51>

Sostiene Amaya¹¹ que fue dicho panorama internacional el que permitió que América Latina comience a legislar en la temática del adulto mayor, y destaca como cuerpos legales la Ley 7935, de Protección integral para la persona adulta mayor de Costa Rica (1999); la Ley 10741 (Estatuto do Idosos) de la República Federativa de Brasil (2003) y la Ley 20427 de la República de Chile (2010). Ello dio lugar en nuestro país al desarrollo de una nueva especialidad llamada 'derecho de la vejez' o 'derecho de la ancianidad',¹² que se enfoca en el análisis de la situación jurídica de las personas mayores, definidas como aquellas personas de 60 años o más. Entiende el autor que la mencionada rama del derecho aborda cinco aspectos clave relacionados con este grupo etario:

- a) Examina la integridad jurídica de las personas mayores, centrándose en temas como la discriminación por edad, la vulnerabilidad, la capacidad y la autorrealización.
- b) Analiza los derechos humanos de autonomía en la vejez, destacando la importancia de la independencia, la autodeterminación, la libertad y la propiedad.
- c) Considera los derechos humanos de integración, que abarcan la conexión con la familia, la inclusión social y la participación en todos los niveles, incluyendo el político.
- d) Trata los derechos sociales, enfocados en la igualdad material y los cuidados necesarios para las personas mayores.
- e) Explora los sistemas de protección y garantías diseñados para asegurar la dignidad y el acceso a la justicia de las personas mayores.

El derecho notarial y el derecho de la vejez se vinculan de manera significativa, sobre todo en lo que respecta a la protección de los derechos y la dignidad de las personas, a

¹¹ Amaya, Jorge A. Tratado de Control de constitucionalidad y convencionalidad. 4. Derechos y garantías. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2018, pág. 355.

¹² Amaya, Jorge A. op. cit. pág. 356.

saber:

- a) A través del asesoramiento y la confección de documentos notariales se garantiza que las voluntades de las personas mayores respecto a su patrimonio sean respetadas incluso después de su fallecimiento o ante la pérdida de discernimiento, lo que reduce los conflictos familiares, protege al adulto mayor y los derechos a la herencia.
- b) La intervención notarial permite el otorgamiento de documentos tales como mandatos y directivas anticipadas en la debida forma legal, amparados por la fe pública en lo que respecta a los hechos pasados ante el notario o por él ejecutados, lo que resulta esencial para que las personas mayores gestionen su vida con autodeterminación y en un marco de respeto por sus decisiones personales.
- c) La presunción de autenticidad de la cual gozan los hechos y actos jurídicos pasados ante el notario facilitan a los adultos mayores el acceso a la justicia, de modo que puedan ejercer sus derechos por sí o por sus representantes, especialmente en contextos donde pueden ser más vulnerables a la discriminación o al abandono.
- d) El rol preventivo del derecho notarial permite evitar conflictos entre familiares y allegados al dejar en claro el manejo de los asuntos médicos y patrimoniales con directrices claras.
- e) Como profesional del derecho, el notario proporciona información y asesoramiento a las personas mayores sobre sus derechos y las opciones legales disponibles, promoviendo la conciencia y la educación sobre los derechos legales y patrimoniales.

El notario –autor del instrumento notarial– es quien asegura que los adultos mayores ejerzan sus derechos de manera autónoma al verificar el conocimiento, la intención y la voluntad de contratación de estos, permitiendo la toma decisiones informadas y

evitando así situaciones indeseadas de explotación y el abuso. La preparación profesional, su intervención personal en aquellos asuntos en los cuales es requerido, los deberes de guardar el secreto profesional, de informar y asesorar a los comparecientes eligiendo la forma jurídica instrumental adecuada, la obligación de comportarse con imparcialidad e independencia evitando toda forma de discriminación, son parte de los principios notariales que se ponen en juego en estos casos.¹³ De este modo se promueve la autonomía, la dignidad y la seguridad jurídica, elementos fundamentales del derecho a la ancianidad.

2. La protección internacional de los derechos de los adultos mayores

Desde hace décadas, la comunidad internacional ha avanzado significativamente en la protección de los derechos de las personas mayores, reconociendo su dignidad y promoviendo su bienestar.

La Organización de las Naciones Unidas. Resoluciones en favor de los adultos mayores

La Organización de las Naciones Unidas ha desempeñado un papel fundamental en la promoción del mejoramiento de la calidad de vida de los adultos mayores mediante la celebración de asambleas globales y la formulación de principios vinculados con la protección de la ancianidad.

A partir de la Primera Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, celebrada en Viena –conforme al plan de acción aprobado por la resolución 37/51- el 3 de diciembre de 1982, la organización comienza a abocarse a la temática del adulto mayor. Como parte de ese plan de acción se suscribieron varios documentos entre los que se destacan los siguientes.

¹³ <https://uinl.org/es/principios-fundamentales-del-notariado/principios-de-la-dentologia/>

Resolución 46/91, del 16 de diciembre de 1991. Esta resolución reconoce y enfatiza la importancia de las contribuciones de las personas mayores a la sociedad, destacando su compromiso con los derechos fundamentales y la dignidad humana, tal como se expresa en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. El documento subraya la diversidad de situaciones que enfrentan las personas mayores y la necesidad de políticas variadas para abordar estas diferencias. Además, reconoce los avances en salud que permiten a las personas mayores mantener una vida activa y productiva apoyando la inclusión de principios relacionados con el envejecimiento en los programas nacionales para mejorar su bienestar y participación en la sociedad.

El aporte fundamental de la resolución se encuentra en su Anexo mediante el cual se establecen los “Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad. Para dar más vida a los años que se han agregado a la vida”,¹⁴ a saber: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

Independencia: se centra en garantizar que los adultos mayores mantengan su autonomía. Esto incluye asegurar su acceso a necesidades básicas como alimentación adecuada y atención médica, además de proporcionarles oportunidades de empleo o de obtener otros ingresos. También resalta la importancia de que puedan tomar decisiones sobre su vida laboral y vivir en sus hogares tanto tiempo como deseen, fomentando la capacidad de ser autosuficientes.

Participación: subraya la importancia de mantener a los adultos mayores integrados en la sociedad. Esto incluye su participación activa en la creación y ejecución de políticas que afecten su bienestar, permitiéndoles además compartir su conocimiento y

¹⁴ <https://docs.un.org/es/A/RES/46/91>

experiencia con generaciones más jóvenes. Además, se establece que deben tener la oportunidad de contribuir a la comunidad a través de servicios voluntarios acordes a sus intereses y habilidades, permitiéndoles formar movimientos o asociaciones que representen sus intereses y fomenten su voz colectiva.

Cuidados: enfatiza la importancia de asegurar que las personas mayores reciban la protección y los cuidados necesarios tanto de su familia como de la comunidad, respetando los valores culturales de cada sociedad. Esto incluye acceso a servicios de atención médica que promuevan su bienestar físico, mental y emocional y prevengan enfermedades. También deben tener acceso a servicios sociales y jurídicos que fortalezcan su autonomía y seguridad. Además, cuando requieran atención institucional, esta debe ofrecer protección, rehabilitación y estímulo en un entorno seguro y respetuoso de los derechos humanos y las libertades fundamentales, garantizando su dignidad y permitiéndoles tomar decisiones sobre su cuidado y calidad de vida.

Autorrealización: las personas mayores deben tener la oportunidad de alcanzar su máximo potencial. Esto incluye el acceso a recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos que la sociedad ofrece, facilitando así su desarrollo personal y continuo enriquecimiento en todas las etapas de su vida.

Dignidad: las personas mayores deben vivir de modo digno y estar protegidas de cualquier forma de explotación o abuso, tanto físico como mental. Además, deben ser tratadas con respeto, sin discriminación por motivos de edad, sexo, raza, origen étnico, discapacidad u otras condiciones, y ser valoradas más allá de su contribución económica.

Resolución 47/5, del 16 de octubre de 1992. Se suscribe la “Proclamación sobre el

Envejecimiento”¹⁵ mediante la que se insta a la comunidad internacional a que promueva la aplicación del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y dé amplia difusión a los Principios de las Naciones Unidas en favor de los adultos mayores. Fundamentalmente el texto destaca la importancia de abordar el envejecimiento desde varias perspectivas, enfocándose en mejorar la calidad de vida de las personas mayores mediante el desarrollo de programas que promuevan un envejecimiento activo y productivo. La proclama resalta la urgencia de destinar recursos adecuados para adaptarse al cambio demográfico que representa un aumento en la población de personas mayores. También propone fortalecer las iniciativas nacionales que respeten las particularidades culturales y situacionales de cada país, integrando estas políticas en planes de desarrollo más amplios, y promueve la colaboración entre diversas organizaciones para mejorar la atención médica y los servicios de apoyo, reconociendo al mismo tiempo la contribución valiosa que las personas mayores hacen a la sociedad. Además, se enfatiza la necesidad de políticas que atiendan de manera especial a las mujeres mayores y se alienta a los hombres mayores a desarrollar nuevas habilidades sociales y emocionales, invitando a la comunidad a participar activamente en la creación de un entorno inclusivo para los ancianos y a apoyar a las familias en la atención de sus miembros mayores. Finalmente, se llama a una cooperación internacional más fuerte para enfrentar estos desafíos de manera efectiva, decidiendo además se observe el año 1999 como Año Internacional de las Personas de Edad.

Luego de veinte años del primer encuentro se celebra la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en Madrid, entre los días 8 a 12 de abril de 2002. Allí se aprueba

¹⁵ <https://docs.un.org/es/A/RES/47/5>

el “Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002”, de cuyo extenso texto cabe destacar la referencia destinada a prevenir la violencia dirigida hacia las personas mayores, haciéndose referencia al alto impacto que el problema presenta independientemente del contexto social o geográfico en el cual el adulto mayor se encuentre, teniendo en cuenta que los abusos no solo incluyen maltratos físicos sino también psicológicos, emocionales y financieros.

El documento resalta la importancia de mejorar la imagen pública del envejecimiento, el que frecuentemente se centra solo en los costos asociados con la salud y las pensiones, percepción que contribuye a una visión negativa de los adultos mayores. En cambio, propone **fomentar una representación del adulto mayor que celebre su experiencia, sabiduría y contribución a la sociedad**, especialmente con referencia a las mujeres, quienes suelen ser retratadas de manera injusta como débiles y dependientes. Varias acciones se proponen para abordar estos problemas: desarrollar normativas que reconozcan y valoren las contribuciones pasadas y presentes de los adultos mayores, alentar a los medios de comunicación a ofrecer representaciones más positivas y realistas, garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, así como sus derechos civiles y políticos, eliminar todas las formas de violencia y discriminación contra las personas de edad y promover la inclusión de las aportaciones de todas las edades en la educación. Sostiene el documento que la aplicación del plan “requiere cambios de las actitudes, las políticas y las prácticas a todos los niveles y en todos los sectores, para que puedan concretarse las enormes posibilidades que brinda el envejecimiento en el siglo XXI. Muchas personas de edad envejecen con seguridad y dignidad y también potencian su propia capacidad para participar en el marco de sus familias y comunidades. El objetivo del Plan de Acción Internacional consiste en

garantizar que en todas partes la población pueda envejecer con seguridad y dignidad y que las personas de edad puedan continuar participando en sus respectivas sociedades como ciudadanos con plenos derechos”.¹⁶

A lo largo de los años, la comunidad internacional ha continuado avanzando en la protección de los derechos de las personas mayores. En 2010, la ONU instauró un grupo de trabajo destinado a discutir la necesidad de un tratado internacional global sobre esta materia, una propuesta que fue integrada a la Agenda 2030.

Si bien aún no contamos con un tratado internacional global vinculante, en 2014 el Consejo de Derechos Humanos estableció el cargo de experto independiente sobre los derechos de la ancianidad, que desempeñó un rol crucial durante la pandemia, visibilizando el trato desigual hacia los adultos mayores, en especial en situaciones donde se les requería para liberar camas hospitalarias en favor de los jóvenes. En 2023, los gobiernos de Portugal y Brasil fueron designados como facilitadores para lograr el texto final de la Convención.

De manera significativa, la Organización Mundial de la Salud eliminó la vejez de la lista de enfermedades, reflejando un cambio profundo en la visión del envejecimiento. Además, el 13 de agosto de 2024, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 78/324, que insta a continuar con los esfuerzos para elaborar un texto de alcance global que asegure la protección y promoción de los derechos de los adultos mayores, y para abordar todas las formas de violencia física, emocional y financiera que afectan a este grupo. Este reclamo ha sido respaldado por numerosos Estados y organismos internacionales, entre ellos la Argentina, Eslovenia, Camerún, Nigeria y

¹⁶ <https://docs.un.org/es/A/CONF.197/9>, pág 7.

Portugal.

De igual forma, las proyecciones demográficas indican que, para 2050, el número de personas mayores de 65 años superará los 1.6 billones, representando el 16% de la población mundial. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha reiterado el llamado a la comunidad internacional para reforzar el compromiso con la defensa de la dignidad y los derechos de los adultos mayores.

Informes de las expertas independientes sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad

En mayo de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó por primera vez a una experta independiente a los efectos informe sobre el goce de todos los derechos humanos por las personas mayores, nombrando para dicha función a Rosa Kornfeld-Matte. Desde entonces, el mandato ha permitido dar visibilidad a numerosas problemáticas que afectan a este grupo poblacional, mediante la publicación de informes temáticos. Entre los más relevantes, pueden mencionarse aquellos referidos a la autonomía y los cuidados en la vejez (2015); los efectos de la automatización y el uso de robots sobre los derechos de las personas mayores (2017); la falta de datos específicos y su impacto en la protección de sus derechos (2020); las consecuencias de la pandemia de COVID-19 en el goce efectivo de tales derechos (2020); la discriminación por motivos de edad (2021); y los derechos de las mujeres mayores, con especial atención a la intersección entre envejecimiento y género (2021).

El 17 de julio de 2024, en oportunidad del septuagésimo noveno período de sesiones del programa Promoción y protección de los derechos humanos el secretario general de las Naciones Unidas transmitió a la Asamblea General el informe de la nueva experta

independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Claudia Mahler.¹⁷ Este informe plantea ciertas preocupaciones de la observadora vinculadas con el escaso espacio otorgado a la temática de las personas mayores en los debates sobre el futuro, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, como así también la inexistencia de un instrumento internacional jurídicamente relevante que articule en forma conjunta los derechos humanos de las personas mayores, que complementaría el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y sería idóneo para promover los derechos de las personas de edad.

La falta de una prohibición internacional expresa y vinculante del edadismo, las barreras que impiden la participación digital a las personas mayores, las implicancias del cambio climático, los conflictos armados, las amenazas de pandemias, la forma en la que se estructuran los sistemas de jubilaciones y pensiones, entre otras cuestiones, han llevado a la experta a concluir que: “El marco actual de derechos humanos y el compromiso de los Estados miembro no sirven para salvaguardar los derechos de las personas mayores. Sin un cambio de paradigma, las personas mayores se enfrentarán a consecuencias negativas desproporcionadas sobre sus derechos humanos como resultado de los desafíos futuros previstos, como el cambio climático, la digitalización y los nuevos conflictos y la pandemia. Atender los derechos de las personas mayores, especialmente mediante la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante, ayudaría y guiaría a los Estados en la protección efectiva de los derechos humanos de las generaciones actuales y futuras de personas mayores. Asimismo, considera crucial el respeto de los tratados existentes que promueven la igualdad y la no discriminación por otras

¹⁷ https://documents.un.org/symbol-explorer?s=A/79/167&i=A/79/167_1723650672080

características de identidad para garantizar la protección de las personas mayores en toda su diversidad.”¹⁸

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁹

Aprobada el 18 de diciembre de 1991 por resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es uno de los dos tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas que hace referencia a la discriminación por edad, estableciendo que la Convención es aplicable a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 1).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Por medio de la presente convención los estados parte se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida (artículo 8, inc. a); los estados parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad (artículo 13).

Las conferencias regionales intergubernamentales sobre envejecimiento para América Latina y el Caribe y otras iniciativas de las Naciones Unidas

¹⁸ https://documents.un.org/symbol-explorer?s=A/79/167&i=A/79/167_1723650672080, pág. 18.

¹⁹ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>

A consecuencia de los planes de acción propuestos por las Asambleas Generales de las Naciones Unidas, tuvieron lugar en el ámbito de Latinoamérica y al Caribe varios encuentros regionales intergubernamentales referidos a la temática del adulto mayor.

Primera Conferencia Regional. Chile (2003). Se celebró en Santiago de Chile en 2003, cumpliendo las directivas de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. A partir de esta conferencia los países de la región trabajaron sobre metas comunes relacionadas con la temática de los adultos mayores.

Segunda Conferencia Regional. Brasil (2007). Fue celebrada en Brasil entre los días 4 y 6 de diciembre de 2007 y dio lugar a la Declaración de Brasilia²⁰ (6 de diciembre) mediante la cual se reafirmó el compromiso asumido por los países de la región de promover y proteger los derechos humanos y las libertades de los adultos mayores y de trabajar en la erradicación de toda forma de discriminación y violencia contra estos. La declaración hizo hincapié en la necesidad de “crear marcos legales y mecanismos de supervisión para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales” de las personas de edad.

Tercera Conferencia Regional. Costa Rica (2012) Celebrada entre los días 8 y 11 de mayo de 2012 en San José de Costa Rica, dio lugar a la llamada Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe. Esta resulta de relevancia para el ejercicio de la función notarial en la región ya que –entre otras cuestiones– subraya la **importancia del acceso a la justicia como un derecho humano esencial, crucial para que las personas mayores puedan ejercer y defender sus derechos efectivamente**. Además, se reconoce la participación política, pública y social

²⁰ <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/d4009818-7f9e-44e0-8be2-7db75df60537/content>

de los mayores como un derecho humano fundamental, y se hace un llamado a respetar su autonomía e independencia en la toma de decisiones. Asimismo, se propone un compromiso firme para reforzar la protección de los derechos humanos de las personas mayores a nivel nacional a través de varias acciones:

- a) Implementar medidas legislativas, administrativas y otras apropiadas para asegurar un trato diferenciado y preferencial hacia las personas mayores, eliminando cualquier forma de discriminación en su contra.
- b) Fortalecer la protección de los derechos de las personas mayores mediante la creación de leyes especiales de protección o la actualización de las existentes, incluyendo la implementación de medidas institucionales y ciudadanas que aseguren su plena ejecución.
- c) Garantizar la atención prioritaria y el trato preferencial a las personas mayores en procesos administrativos y judiciales, así como en el acceso a servicios, beneficios y prestaciones estatales.
- d) Desarrollar políticas públicas y programas dirigidos a aumentar la conciencia sobre los derechos de las personas mayores.
- e) Garantizar el acceso de las personas mayores a la información y a la divulgación de sus derechos.
- f) Garantizar su participación en las organizaciones de la sociedad civil y en los consejos, así como en la formulación, implementación y monitoreo de las políticas públicas que les conciernen.

Se sostiene que la Carta de San José “contenía ya los fundamentos a partir de los cuales se forjaría la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos

de las Personas Mayores.”²¹

Cuarta Conferencia Regional. Paraguay (2017). Fue celebrada en la Ciudad de Asunción, Paraguay, entre los días 27 a 30 de junio de 2017. Entre otras cuestiones recomendó a los Estados parte reforzar la capacidad de sus instituciones nacionales en cuestiones relacionadas con el envejecimiento y la vejez, proponiendo se les otorguen competencias y atribuciones para contribuir a garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los adultos mayores, facilitando la recolección de datos para confeccionar estadísticas y gestionar la información.

Quinta Conferencia Regional. Chile (2022). Fue celebrada en la ciudad de Santiago de Chile (Chile) entre los días 13 y 15 de diciembre de 2022 y culminó con la Declaración de Santiago adoptada el 15 de diciembre. Entre otras cuestiones la Declaración reconoció como derecho humano esencial el acceso a la justicia como medio de garantizar el ejercicio de los derechos, e instó a que los estados parte reconozcan la brecha digital que afecta a las personas mayores, que, se consideró, se hizo más visible a partir de la pandemia por coronavirus (COVID-19). El documento destacó que la “la vejez es un momento del curso de vida que implica una experiencia plena en la dimensión biopsicosocial y debe ser sustentada desde un enfoque de derechos, de género, interseccional e intercultural, por lo que resulta necesario garantizar la creación de entornos saludables, accesibles y propicios para que las personas envejezcan en un lugar adecuado en el que puedan realizar sus actividades y desarrollar sus capacidades, sin dejar a nadie atrás.”²²

²¹ <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e345daf3-2e35-4569-a2f8-4e22db139a02/content>

²² https://conferenciaenvejecimiento.cepal.org/5/sites/envejecimiento5/files/22-01249_cre.5_declaracion_de_santiago.pdf

Informe de América Latina y el Caribe para el cuarto examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento

Por medio de las resoluciones 42/1²³, 44/1 y 45/1²⁴ de la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas se determinó la evaluación del funcionamiento del Plan de Acción de Madrid, y se encomendó a las comisiones regionales que esta evaluación se efectuara cada cinco años.

En este orden de ideas, el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) perteneciente a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), confeccionó un informe de América Latina y el Caribe para el cuarto examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento presentado en la Quinta Conferencia Regional (Santiago, 13 al 15 de diciembre de 2022). Dicho informe determinó que la región experimentó un rápido proceso de envejecimiento con relación a otras regiones del mundo. Al respecto sostuvo que en Uruguay el grupo de los adultos mayores superó el 20% de la población en 2022, rumbo que seguirá Chile hacia el año 2030, transformándose en los países más envejecidos de América del Sur para esa fecha. Se prevé para las próximas décadas que otros países de América del Sur seguirán la tendencia incluyendo a la Argentina, Brasil y Colombia.²⁵

El Grupo de trabajo de composición abierta sobre envejecimiento

Establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2010, este grupo sesionó

²³ Resolución 42/1 Modalidades de examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002.

²⁴ <https://docs.un.org/es/E/CN.5/2007/8>

²⁵ Envejecimiento en América Latina y el Caribe Inclusión y derechos de las personas mayores Informe de América Latina y el Caribe para el cuarto examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e345daf3-2e35-4569-a2f8-4e22db139a02/content>

en catorce oportunidades con la participación de los Estados miembro, los que anualmente presentaban informes sobre el estado de los derechos de los adultos mayores. Luego de examinar la aplicación de diversos derechos humanos entre las personas mayores y las lagunas asociadas en el derecho internacional “en 2024 adoptó una decisión histórica en la que se determinaron las posibles deficiencias en la protección de los derechos humanos de las personas de edad y se formularon recomendaciones sobre la mejor manera de subsanarlas, entre las que figuraba la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para proteger los derechos humanos de las personas mayores.”²⁶

Por resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de agosto de 2024, el grupo de trabajo dejó de sesionar.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores fue suscripta el 15 de junio de 2015²⁷ durante la cuadragésima quinta sesión ordinaria de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y entró en vigor el 11 de enero de 2017.

Si bien existen numerosos documentos internacionales que incluyen de hecho los derechos de los adultos mayores (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las

²⁶ https://documents.un.org/symbol-explorer?s=A/79/167&i=A/79/167_1723650672080, pág 5.

²⁷ https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial) este documento es el primer tratado legalmente vinculante a nivel mundial creado específicamente para fomentar, proteger y garantizar que las personas mayores disfruten plenamente de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones. Abarca prácticamente todos los aspectos de la vida de las personas mayores y actúa como un mecanismo de integración de los principios y derechos establecidos en otros instrumentos internacionales y regionales sobre esta temática. Los Estados que ratificaron o adhirieron a la convención son Uruguay y Costa Rica (2016), Argentina, Bolivia y Brasil (2017), El Salvador (2018), Ecuador (2019), Perú (2021) y Colombia (2022).

La Convención define ciertos términos vinculados con la temática que nos ocupa. A tales fines, nos detendremos en aquellos que creemos necesarios para este trabajo, a saber:

Discriminación por edad en la vejez. Denomina de este modo a “Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”

Maltrato. Es aquella “Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza”.

Persona mayor. Es la persona “... de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”.

En igual sentido que las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas y las declaraciones de las Conferencias Regionales Intergubernamentales sobre Envejecimiento para América Latina y el Caribe oportunamente tratadas, esta Convención establece principios generales vinculados a la defensa de los derechos humanos y la valorización de las personas mayores, reconociendo a estas el derecho a su dignidad, independencia, igualdad, inclusión, seguridad física, económica y social y protección judicial efectiva, entre otros.

Resulta destacable el tratamiento dado por la Convención al consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, el derecho a la propiedad y la vivienda, a igual reconocimiento ante la ley y acceso a la justicia. En estos ámbitos se establece en favor de la persona mayor:

- a) El derecho irrenunciable de manifestar su consentimiento libre e informado en materia de salud, siendo obligación de los Estados parte que adhieran o ratifiquen la Convención establecer los procedimientos necesarios para que puedan manifestar de manera anticipada su voluntad dando instrucciones en materia de salud – incluidos cuidados paliativos– a través de instrumentos que resulten jurídicamente vinculantes (artículo 11);
- b) El derecho a no ser privada de sus bienes, salvo excepciones vinculadas a razones de utilidad pública o interés social previo pago de indemnización justa (artículo 23);
- c) El derecho a una vivienda digna, adecuada, segura, accesible, debiendo promover los Estados parte soluciones habitacionales incluso con la colaboración del sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales (artículo 24);
- d) El derecho a tener igual reconocimiento como persona ante la ley debiendo los Estados parte adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo

que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica y proporcionar salvaguardias para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, las que deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor sin conflicto de intereses ni influencia indebida, proporcionales y adaptadas a sus necesidades y aplicadas en el plazo más corto posible. Estas medidas deben estar sujetas a controles periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Al respecto, los Estados parte deberán tomar las medidas pertinentes para garantizar el derecho de los adultos mayores a controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velar porque la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria (artículo 30).

- e) El derecho a ser oída por jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley sea en el ámbito penal, civil, laboral, fiscal o cualquier otro, asegurando los Estados Parte el acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso efectuado ajustes de procedimiento promoviendo mecanismos alternativos de solución de controversias y la capacitación del personal relacionado con la administración de justicia (artículo 31).

De este modo la Convención obliga a los Estados parte a garantizar la capacidad jurídica y la toma de decisiones por parte de las personas mayores y a proporcionar los apoyos necesarios para que puedan tomar decisiones libres y autónomas, respetando siempre su voluntad y preferencias, promoviendo el respeto por la autonomía de la voluntad y su participación activa en todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo el ejercicio de sus derechos patrimoniales y en materia de salud.

Los desarrollos legislativos en Europa, África y Asia

En Europa, el Consejo Europeo adoptó en 2014 las Recomendaciones sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que establecen un marco normativo para garantizar la protección de sus derechos en todo el continente.

Este documento es un referente clave para los Estados miembro, instándolos a tomar medidas que aseguren el acceso equitativo de los adultos mayores a servicios esenciales como la salud, la educación y la participación social, además de promover la erradicación de la discriminación por edad.

En África, el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos protege a las personas mayores. El 31 de enero de 2016, se adoptó el Protocolo de la Carta Africana y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas Mayores en Addis Abeba, Etiopía, África²⁸. El Protocolo sobre los Derechos de las Personas Mayores, que entró en vigor en 2024 tras la ratificación de Nigeria, refuerza los derechos fundamentales de los adultos mayores en el continente. Este protocolo tiene como objetivo eliminar toda forma de discriminación y abuso, asegurando el acceso de las personas mayores a la justicia y a los servicios de salud, y protegiendo sus derechos en situaciones de conflicto y desastres. También establece un sistema para la recopilación y análisis de datos sobre la implementación de los derechos de los adultos mayores en África.

En Asia, la Conferencia Regional Asia-Pacífico sobre Adultos Mayores, celebrada en Bali en septiembre de 2024, reunió a representantes de 38 países para discutir los desafíos

²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Las personas mayores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Política y Sociedad* ISSN-e: 1988-3129. <https://dx.doi.org/10.5209/poso.8507>

regionales del envejecimiento. En este foro se destacó la visión de considerar el envejecimiento no como una amenaza, sino como una oportunidad para el crecimiento económico y social. Se abordaron temas clave como el envejecimiento activo y productivo, el cambio climático, la tecnología, la protección social y los cuidados de salud, y se llegó a la conclusión de que un desarrollo sostenible e inclusivo es esencial para garantizar los derechos de los adultos mayores.

En conclusión, si bien muchos países han implementado normativas nacionales orientadas a proteger los derechos de los adultos mayores, resulta indispensable promover marcos regulatorios internacionales y regionales más robustos. Estos principios jurídicos deben garantizar la capacidad legal de todas las personas para tomar decisiones sobre su salud, finanzas, patrimonio y otros aspectos fundamentales de su vida, basándose en la dignidad, la autonomía y la libertad. El respeto a estos derechos implica presuponer la capacidad jurídica de cada individuo, salvo evidencia clara en contrario, pues no hacerlo supondría una grave violación a los derechos humanos y a la plena participación en la toma de decisiones.

Los fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos

Se señalan dos etapas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculadas con el tratamiento de la temática de los adultos mayores. En la primera se aborda el tema de manera tangencial en tanto que en la segunda – correspondiente a la actualidad- se enfoca a la edad como un factor determinante de los derechos de la persona mayor.²⁹ Los dos primeros casos mencionados corresponden a la primera etapa, en tanto que el resto a la actual

²⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, op. Cit.

Caso Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)

Al advertir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entre los integrantes de una comunidad se encontraban personas de edad avanzada, subrayó la especial protección que les corresponde. En tal sentido, sostuvo que el Estado debe adoptar medidas orientadas a preservar su funcionalidad y autonomía, asegurando condiciones de vida dignas. En particular, resaltó la obligación de garantizar el acceso a una alimentación adecuada, al agua potable y a la atención de la salud, con especial énfasis en la asistencia a personas mayores con enfermedades crónicas o en etapa terminal, evitando sufrimientos que puedan ser prevenidos.

Caso García Lucero Vs. Chile (2013)

La Corte consideró acreditado que la persona en cuestión atravesaba una situación de especial vulnerabilidad, atendiendo a su avanzada edad, ya que tenía 79 años al momento de los hechos. Esta condición fue tomada en cuenta como un factor determinante al momento de valorar el alcance de las obligaciones estatales en materia de protección y asistencia.

Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018)

El 8 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por en forma unánime la responsabilidad internacional del Estado de Chile por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, lo que derivó en su fallecimiento. El señor Poblete Vilches, una persona adulta mayor, ingresó en dos ocasiones al Hospital Público Dr. Sótero del Río entre el 17 de enero y el 7 de febrero de 2001, fecha en la que falleció. La Corte determinó que el personal médico del hospital se abstuvo de obtener el consentimiento informado en procedimientos realizados durante sus ingresos, vulnerando así sus derechos a la integridad personal y a

la información. Además, se concluyó que la falta de atención adecuada y la ausencia de un marco normativo específico para la protección de personas adultas mayores constituyeron una violación al derecho a la salud y a la vida del señor Poblete Vilches. La Corte ordenó al Estado chileno implementar medidas de reparación, incluyendo la adopción de normativas que garanticen la protección de los derechos de las personas adultas mayores en el ámbito de la salud.

Caso Muelle Flores vs. Perú (2019)

El 6 de marzo de 2019, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en la que declaró la responsabilidad internacional del Estado de Perú por la violación de los derechos a la protección judicial y a la propiedad del señor Óscar Muelle Flores. En 1993, la Corte Suprema de Justicia de Perú ordenó, mediante una sentencia de amparo, la reincorporación del señor Muelle Flores al régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530. Sin embargo, dicha sentencia no fue cumplida durante 24 años. La Corte Interamericana concluyó que este prolongado incumplimiento constituyó una violación al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la propiedad del señor Muelle Flores. Además, la Corte enfatizó la obligación del Estado de garantizar que las decisiones judiciales sean ejecutadas en un tiempo razonable para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos. Como medidas de reparación, se ordenó al Estado peruano cumplir con la sentencia pendiente y adoptar las disposiciones necesarias para evitar que situaciones similares se repitan en el futuro.

Caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile (2021)

En este caso la Corte reconoció por primera vez de manera expresa la necesidad de aplicar un enfoque diferenciado en el acceso a la justicia para las personas mayores, afirmando que los adultos mayores gozan de un tratamiento preferencial en los procesos

judiciales. Particularmente, se destacó que la obligación estatal de asegurar la ejecución efectiva de las sentencias adquiere una relevancia especial cuando se trata del cumplimiento de fallos que ordenan el pago de sumas de dinero en favor de personas mayores. En ese marco, la Corte sostuvo que el acceso a la justicia para este grupo implica no solo un trato preferente, sino también un deber correlativo del Estado de garantizar un acceso diligente, rápido y efectivo, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo.

Asimismo, señaló que la exigencia de celeridad en los procedimientos que involucren a personas mayores se justifica en su condición de vulnerabilidad, lo cual impone un criterio reforzado de actuación en todos los trámites procesales. Un detalle adicional, pero no menor, fue la incorporación en los hechos del caso de los rangos etarios de las víctimas, presentados de forma desagregada, visibilizando por primera vez con claridad la edad de las personas mayores afectadas. Si bien la Corte ya había abordado casos con características similares, esta sentencia representó un avance relevante en la identificación explícita de este grupo como titular de derechos que requieren atención específica.

Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú (2022)

En este caso, se incorpora como principio de derecho internacional “el deber reforzado de celeridad” que debe primar en la actuación judicial cuando de adultos mayores se trata ello, en base a la vulnerabilidad del grupo etario. Ya la Corte se expidió en este sentido con relación a personas en situación de vulnerabilidad en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina* (2012), cuando analizó el cumplimiento del plazo razonable en un proceso civil por daños y perjuicios que involucraba a una persona que, al momento

de los hechos, era menor de edad y que, posteriormente, adquirió la mayoría de edad en condición de discapacidad, enfrentando además serias limitaciones económicas que dificultaban su adecuada rehabilitación. En ese contexto, el Tribunal interamericano concluyó que las autoridades judiciales debieron haber actuado con una obligación reforzada de respeto y garantía de los derechos de la víctima. En su fallo, la Corte advirtió tres aspectos fundamentales: que el Estado no consideró debidamente la situación de vulnerabilidad del afectado, que el caso imponía un deber de mayor diligencia en la tramitación y, que el cumplimiento del plazo razonable resultaba determinante para alcanzar el objetivo esencial del proceso judicial, particularmente en atención a la urgencia de las necesidades de la víctima.³⁰

3. Vejez y capacidad

Al definir el término *capacidad* es posible distinguir diferentes sentidos derivados de las múltiples maneras en que es utilizado en el lenguaje cotidiano. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el vocablo *capacidad* tiene las siguientes acepciones: volumen, competencia, idoneidad, talento, genio, inteligencia, saber, aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación, y aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, entre otras.³¹

Si bien esta amplitud de significados influye en el lenguaje jurídico, se da en la doctrina civil una opinión generalizada según la cual la capacidad jurídica consiste en la aptitud para ser titular de derechos (capacidad de derecho) y para gozar de ellos (capacidad de hecho o de ejercicio). Sin embargo, algunos autores no comparten la idea de definir la

³⁰ Ferrer Mac-Gregor, E. op, cit. Pag 9.

³¹ Diccionario de la Real Academia Española, 23.^a edición, actualización 2024.

capacidad con un concepto único y abarcativo de dos clases o subespecies; sostienen que tanto la titularidad de derechos como su respectivo ejercicio importan dos categorías jurídicas diferentes e independientes que se desarrollan en planos distintos y funcionan con sus propias pautas. Mientras en la capacidad de derecho la persona se encuentra en una situación pasiva, en la capacidad de hecho se muestra en forma activa, ejerciendo sus derechos y desenvolviéndose en el ámbito jurídico. Asimismo, mientras la capacidad de derecho se adquiere en el comienzo mismo de la existencia de la persona y permanece hasta el final de su vida, la extensión y la permanencia de la capacidad de ejercicio está sujeta a determinadas circunstancias de hecho que la condicionan, como la edad o la enfermedad mental.³²

Capacidad de derecho

Concepto.

El régimen de la capacidad jurídica de las personas está regulado por el Código Civil y Comercial (2015) a partir del artículo 22. Parte del principio de la plena capacidad y dispone restricciones específicas para determinados casos concretos. Así lo expresa el artículo 22: “Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”. Del precepto transcrito se desprende el reconocimiento de la plena capacidad de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Si bien el derecho civil tradicional ha definido la capacidad como un atributo de la persona inherente a su condición, la actual regulación legal de la capacidad jurídica como principio general importa la consagración de un verdadero derecho humano, cuyo ejercicio es velado y protegido por la ley.

³² Alterini, Jorge H. (director general) y Tobías, José W. (director de tomo): Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.ª edición, tomo III, versión digital, comentario al artículo 22, punto 2. La Ley, 2019.

Incapacidades de derecho.

El Código Civil y Comercial establece y regula la plena capacidad de derecho como principio general y establece limitaciones a dicha capacidad en determinados casos que configuran supuestos de incapacidad de derecho. Los supuestos de restricción de la capacidad de derecho regulados por ley solo pueden ser aplicados en forma estricta, por cuanto la interpretación extensiva o analógica de tales casos podría importar la creación de supuestos de incapacidad no regulados por la ley. Las incapacidades de derecho se establecen para proteger ciertos derechos en particular, y son reguladas a partir de la consideración de la persona frente a determinados actos jurídicos. Según el artículo 22 del Código Civil y Comercial, la ley puede establecer restricciones a la capacidad de derecho en relación con ciertos hechos, simples actos o actos jurídicos. El artículo 257 afirma que “el hecho jurídico es un acontecimiento que, conforme el ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Por su parte, el artículo 258 define el simple acto lícito como aquella “acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Finalmente, el artículo 259 establece que “el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Los supuestos de incapacidad de derecho regulados en la ley en relación con hechos, simples actos o actos jurídicos se fundan en la protección de un interés superior que justifica la restricción de la aptitud de la persona para ser titular de derechos en tales casos concretos. La consagración legal de la plena capacidad de derecho como regla general obliga a una interpretación estricta de los supuestos de incapacidad establecidos en la ley.

Caracteres de las incapacidades de derecho.

Dado que la plena capacidad de derecho es definida como regla general, las incapacidades de derecho siempre tienen un carácter relativo y se regulan en relación con determinados derechos o situaciones jurídicas en las que se justifica la restricción de la capacidad debido a la especial situación en la que se encuentra la persona. Por eso son excepcionales y en tales casos la ley dispone restricciones en forma de prohibiciones concretas y precisas de realizar determinados actos jurídicos; así, por ejemplo los abogados y procuradores no pueden contratar en interés propio respecto de bienes litigiosos en aquellos procesos en los que estén interviniendo o hayan intervenido con anterioridad como tampoco pueden hacerlo los cónyuges casados entre sí bajo el régimen de comunidad (artículo 1002, incisos c y d, Código Civil y Comercial). Asimismo, las incapacidades de derecho siempre se fundan en la protección de un interés superior, o en un motivo de moral o buenas costumbres que justifica la limitación de la aptitud para ser titular de un derecho.

Capacidad de ejercicio

Concepto.

La capacidad de ejercicio o de hecho es la aptitud que el sistema jurídico le reconoce a una persona para ejercer por sí misma los derechos de los que es titular. Mientras la capacidad de derecho se refiere a la titularidad de los derechos individuales, la capacidad de hecho alude al ejercicio de esos derechos.

El artículo 23 del Código Civil y Comercial la define así: “Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. La ley introduce en

forma expresa el principio de capacidad de ejercicio de la persona y dispone su posible restricción por disposición legal y/o judicial. Tanto la regulación de la capacidad de hecho como principio general como la protección legal de su ejercicio y el carácter restrictivo de sus limitaciones concuerdan con la concepción de la capacidad jurídica no solo como un atributo de la personalidad, sino también como un derecho humano, tanto en el ámbito nacional como en el derecho internacional.

Incapacidades de ejercicio.

El Código Civil derogado distinguía entre las incapacidades de hecho absolutas y las incapacidades de hecho relativas. Las primeras comprendían aquellos supuestos en los que se establecía la privación total de la aptitud de ejercer derechos por sí mismo. Estos casos estaban regulados en el artículo 54 se incluían a las personas por nacer, a los menores impúberes (menores de 14 años), a los “dementes” y a “los sordomudos que no saben darse a entender por escrito”.³³

Por su parte, en los supuestos de incapacidad de hecho relativa se establecían determinadas excepciones a la regla de incapacidad. Los incapaces de hecho relativos solo podían ejercer determinados actos establecidos en la ley. Estaban regulados en el artículo 55 y comprendían a los llamados “menores adultos” (mayores de 14 años y menores de 18 años).³⁴

La incapacidad, así definida en la legislación anterior, derivaba en la celebración de un acto jurídico mediante la actuación de un representante legal, quien reemplazaba plenamente a la persona por cuanto esta era considerada carente de toda aptitud para

³³ Código Civil derogado, Ley 340, artículo 54: “Tienen incapacidad absoluta: 1.º las personas por nacer; 2.º los menores impúberes; 3.º los dementes; 4.º los sordomudos que no saben darse a entender por escrito”.

³⁴ Código Civil derogado, Ley 340, artículo 55: “Los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”.

ejercer sus derechos.

El actual Código Civil y Comercial elimina la clasificación en incapacidades de hecho absolutas y relativas, y consagra la capacidad de ejercicio como regla general y regula la incapacidad como una excepción. Esto significa reconocer la posibilidad de que toda persona ejerza por sí misma los derechos de su titularidad y realice los actos jurídicos destinados a tal fin, con las únicas excepciones expresamente establecidas en el ordenamiento jurídico o determinadas judicialmente. En el artículo 24, el Código enumera tres supuestos de restricción de la capacidad de ejercicio, de los que denomina “incapaces de ejercicio”. Ellos son: la persona por nacer; la persona menor de edad que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes, y la persona declarada incapaz judicialmente en la extensión dispuesta en la respectiva sentencia judicial.

Las personas por nacer son incapaces de ejercicio absolutos en virtud de su condición, y el ejercicio de sus derechos puede realizarse únicamente mediante la actuación de sus respectivos representantes legales (progenitores o tutores en el caso de que faltaren los progenitores o en el de que estos fueran incapaces o estuvieran privados de la responsabilidad parental o de su ejercicio).

Para las personas menores de edad (aquellas que no han cumplido 18 años) rige la regla de la incapacidad de ejercicio, razón por la cual únicamente ejercerán sus derechos mediante sus respectivos representantes legales. Pero incluso dicha regla contempla determinadas excepciones en favor de la capacidad. En ellas la ley le atribuye al menor la capacidad de ejercicio para la celebración de actos especialmente autorizado. El actual Código Civil y Comercial consagra la evolución desde un sistema legal protector de los derechos del menor hacia un régimen jurídico que parte de la incapacidad de ejercicio de los menores, pero va reconociendo su aptitud creciente para ejercer determinados

derechos. La regulación legal de la capacidad de ejercicio del menor en determinados casos concretos se basa en su autonomía progresiva, que se va dando conforme el menor evoluciona física y psíquicamente.

El artículo 26 del Código Civil y Comercial establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, pero si cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. La ampliación de la capacidad de ejercicio se basa en la autonomía progresiva del menor. Esta se caracteriza por un dato objetivo y rígido dado por la edad, y una condición subjetiva y flexible determinada por su madurez presumida para determinados actos jurídicos. A fin de ejemplificar lo expresado resulta conveniente considerar los últimos tres párrafos del citado artículo 26 del Código Civil y Comercial, que constituyen una aplicación práctica del principio de la autonomía progresiva en el ámbito de la salud e integridad física de los menores. Precisamente, a partir de los 13 y hasta los 16 años, el menor podrá decidir sobre tratamientos médicos no invasivos que no comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. En este caso, la ley presume la aptitud del menor para tomar decisiones respecto de tales tratamientos, por lo que no será necesario la concurrencia de los representantes legales ni la autorización judicial. Si por el contrario se tratara de tratamientos médicos invasivos que comprometen la salud del menor o ponen en riesgo su integridad o la vida, la decisión deberá ser adoptada por el menor con asistencia de sus representantes legales (progenitores, tutores).

Cuando el menor alcanza los 16 años de edad “es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. La edad de 16 años determina la plena capacidad de ejercicio para el menor en relación con los actos necesarios para el

cuidado de su salud. Al respecto, la doctrina sostiene que la capacidad de ejercicio reconocida al menor de 16 años solo alcanza a aquellos actos relativos al cuidado de la salud pero no comprende aquellos tratamientos embellecedores, como las cirugías plásticas, que por lo general son sumamente riesgosos.³⁵

Finalmente, para nuestra legislación es persona incapaz únicamente aquella declarada por sentencia judicial, por encontrarse absolutamente imposibilitada de ejercer sus derechos por sí misma, en modo alguno puede interactuar con su entorno, y el sistema judicial de apoyos determinado para asistirle resulta ineficaz. Su actuación es posible únicamente mediante la intervención de un curador designado judicialmente.

Capacidad de ejercicio y discernimiento

La capacidad de ejercicio importa el discernimiento de la persona. Este incide en su aptitud para ejercer los derechos por sí misma, lo que, en consecuencia, conlleva a la validez del acto jurídico celebrado.³⁶

Mientras la capacidad es regulada en la ley con carácter general, el discernimiento se evalúa en situaciones concretas en las que se valora el intelecto de la persona conforme su comportamiento. La capacidad de ejercicio debe existir en el momento en que se celebra el acto, sin importar a los fines de la validez del acto jurídico su pérdida posterior.³⁷

³⁵ Alterini, Jorge H. (director general) y Tobías, José W. (director de tomo), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.a edición, tomo III, versión digital, comentario al artículo 26, punto 5. La Ley, 2019.

³⁶ Alterini, Jorge H. (director general) y Tobías, José W. (director de tomo), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.a edición, tomo III, versión digital, comentario al artículo 23, punto 4. La Ley, 2019. Explican los autores que “el discernimiento es una noción flexible o graduable en el sentido que no es susceptible de todo o nada (se tiene o no discernimiento): se lo puede tener para ciertos actos (regularmente los más simples) y no para otros (regularmente los más complejos)”.

³⁷ Alterini, Jorge H. (director general) y Tobías, José W. (director de tomo), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.a edición, tomo III, versión digital, comentario al artículo 23, punto 6. La Ley, 2019.

Restricciones a la capacidad

Reglas generales de restricción de la capacidad.

El artículo 31 del Código Civil y Comercial establece las reglas de restricción de la capacidad, que contienen los lineamientos generales para la interpretación y la aplicación de las normas que regulan la capacidad jurídica. La inclusión de esta norma es una consecuencia natural del proceso de constitucionalización del derecho privado. Dicho proceso ha derivado en la incorporación al marco normativo que regula la capacidad de todas aquellas normas contenidas en documentos y tratados internacionales, cuyo fin inmediato es la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. La Constitución Nacional le otorga valor constitucional no solo a un conjunto de tratados ratificados con anterioridad a la reforma de 1994, sino a todo tratado internacional al cual la Nación haya adherido, siempre que cuente con la aprobación del Congreso Nacional. Así lo expresa el artículo 75, inciso 22:

[Corresponde al Congreso:] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo

Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

La Ley 26378, sancionada el 21 de mayo de 2008, aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Posteriormente se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental (N.º 26657), cuyo objetivo fue “asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.³⁸ Asimismo, tanto la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 12) como la Ley de Salud Mental (artículo 5) consagran el principio de capacidad jurídica como un derecho humano reconocido también en favor de las personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su artículo 12:

Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al

³⁸ Artículo 10 de la Ley de Salud Mental, Ley 26.657, sancionada el 25 de noviembre de 2010.

apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por su parte, la Ley 26.657 de Salud Mental establece en su artículo 5:

La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

De tal forma, y en virtud de las disposiciones contenidas en las normativas mencionadas, es posible concluir que las sentencias declarativas de incapacidad no solo deben fundarse en la salud mental de la persona; también deben considerar los resultados de un estudio interdisciplinario y más abarcativo de la persona que fundamenten en forma acabada la decisión judicial de restringir su capacidad.

Como resultado inevitable de la evolución legal en la regulación de la capacidad jurídica como derecho humano, el artículo 31 del Código Civil y Comercial incorpora en sus seis

incisos las normas que reglamentan la restricción de la plena capacidad esgrimida como principio general. Dichas normas son las siguientes:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Capacidad restringida e incapacidad

La regulación actual de los supuestos de restricción de la capacidad y de los casos de incapacidad implican el total apartamiento de la normativa contenida en el Código Civil derogado, que reglamentaba un sistema que funcionaba entre dos extremos representados por la plena capacidad jurídica y la declaración de incapacidad absoluta. El actual Código Civil y Comercial, aprobado por la Ley 26994, en el artículo 32 contempla dos sistemas de restricción de la capacidad de ejercicio, que reglamenta estableciendo sus respectivas condiciones y efectos.

Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una

alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Declaración judicial de capacidad restringida.

La declaración judicial de capacidad restringida está regulada en los tres primeros párrafos de la norma citada. En el primer párrafo se afirma:

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Respecto de la edad de la persona a la cual se evalúa restringir la capacidad de ejercicio, corresponde aclarar que toda persona menor de 18 años es incapaz de ejercicio según lo prescrito por el citado artículo 25 del Código Civil y Comercial. El menor de 18 años y mayor de 13 años es incapaz de ejercicio, pero tal como se indicó, en algunos supuestos la ley le reconoce capacidad para realizar determinados actos de la vida civil. Si en tales supuestos se dictara una sentencia restrictiva de la capacidad reconocida por ley, “se estará en presencia de una situación de incapacidad genérica, a la que se agregarán los actos (o algunos de ellos) para los que el legislador atribuye capacidad (y la sentencia la

niega)".³⁹ Tal sería el caso del menor mayor de 13 años que según disposición expresa del artículo 26 Código Civil y Comercial puede decidir someterse o no a tratamientos médicos no invasivos pero que por disposición judicial restrictiva de esta específica capacidad reconocida en la ley se ve privado de la posibilidad de tomar una decisión al respecto.

Por su parte, el juez puede restringir la capacidad de las personas mayores de 13 años que padezcan alguna adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de gravedad suficiente como para representar un riesgo sobre la persona o su patrimonio. Se trata de un requisito legal sujeto a valoración judicial a fin de determinar si la alteración mental o adicción tiene un grado de gravedad suficiente que justifique la decisión judicial de limitar la capacidad de la persona para la celebración de determinado acto jurídico. Por eso, resulta esencial la protección del derecho de la persona a ser oída y a intervenir en el proceso judicial con asistencia letrada para que pueda expresar su voluntad por cualquier medio o modo adecuado a su situación personal y pueda conocer el alcance del proceso judicial que se está desarrollando.

La declaración judicial de capacidad restringida da lugar a la designación de una o varias medidas de apoyo que actuarán en los casos y en las condiciones establecidas por el juez según las necesidades propias de la persona cuya capacidad se restringe, favoreciendo siempre su opinión, sus preferencias y su autonomía. Los denominados "apoyos" designados judicialmente pueden simplemente asistir a la persona con capacidad restringida o ser designados representantes: la extensión de su actuación será siempre determinada judicialmente, previo del dictamen efectuado al efecto por un equipo interdisciplinario (médicos, psicólogos, entre otros).

³⁹ Alterini, Jorge H. (director general) y Tobías, José W. (director de tomo), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.a edición, tomo III, versión digital, comentario al artículo 32, punto 4. La Ley, 2019.

La figura del apoyo

Se entiende por *apoyo* a toda persona que, designada por una persona capaz de hacerlo o por el órgano jurisdiccional competente, colabore con aquella que posea una restricción o limitación en su capacidad plena para llevar adelante ciertos actos de la vida civil.

La función principal del apoyo es oficiar de complemento, ser un sostén, como el bastón que ayuda a desplazarse a una persona que no puede caminar libremente. El apoyo colabora con la persona con capacidad restringida a integrar ese discernimiento faltante para que pueda ejecutar una decisión acertada en el momento que lo necesite.

Ahora bien, la designación de los apoyos no es una circunstancia que se pueda realizar de forma no controlada. La relevancia que esa designación implica para las personas requiere que el Estado y los órganos jurisdiccionales efectúen el control de requisitos y de idoneidad para que la colaboración no termine perjudicando a la persona vulnerable. Algunos países cuentan con legislaciones vigentes donde el orden de prelación de los apoyos es establecido propiamente por la norma, y la designación se puede llevar a cabo mediante la jurisdicción judicial o la voluntaria. Tal es el caso de la designación de apoyos por actuación notarial.

En la Argentina, el sistema de apoyos surge del artículo 43 del Código Civil y Comercial, del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), y de la Ley Nacional de Salud Mental. Esta última propone diferentes sistemas de apoyo a las personas que padecen algún tipo de disminución de la capacidad para promover la autonomía y favorecer la toma de decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

La CDPD fue aprobada en la Argentina en 2008 mediante la sanción de la Ley 26378, y obtuvo jerarquía constitucional seis años después, en 2014, bajo la luz de la Ley 27044.⁴⁰

La CDPD tiene como rasgo esencial su adhesión al modelo social de la discapacidad, que considera la discapacidad como un tema de la sociedad toda y no desde la perspectiva del individuo. Además, establece que la persona con discapacidad merece ser tratada como cualquier otro sujeto de derechos, con la misma dignidad y el mismo valor que se les brinda a los demás.

En el ordenamiento jurídico argentino, la Ley Nacional de Salud Mental, sancionada en 2010 y reglamentada en 2013, puso el foco de atención en el paradigma humanitario adoptado por la CDPD, que funcionó como plataforma legal para establecer un piso normativo en cuestiones vinculadas con la salud mental y el tema de la capacidad.

Sobre la base del artículo 12 de la CDPD, y en consonancia con lo regulado por la presunción de capacidad del artículo 3 de la Ley 26657 se dio un giro legal al atribuir la capacidad de ejercicio y el goce de los derechos fundamentales a personas que deberían estar representadas en su voluntad por otras. De este modo, se advierte la promoción de la persona como ser humano digno, capaz de tomar sus propias decisiones con autonomía, es decir, de manera independiente.⁴¹

El artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación distingue dos sistemas que restringen la capacidad de ejercicio de la persona humana: la declaración de capacidad restringida y la declaración de incapacidad. Cada uno de ellos contempla sus propias causales y sus propios efectos.

Las personas enumeradas en el artículo 33 poseen la exclusividad –o legitimación

⁴⁰ Aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/61/106) el 13 de diciembre de 2006 y puesta en vigencia el 3 de mayo de 2008.

⁴¹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12.

procesal— para promover la denuncia sobre restricción de la capacidad. De ello resulta que queda descartada la posibilidad de que los jueces dispongan de oficio la sustanciación del proceso. De ser así, el tribunal se convertiría en un mero denunciante y en juez de las limitaciones a la capacidad, situación promiscua *per se*.⁴² El último párrafo del artículo 36 obliga a la realización del examen interdisciplinario, al que le atribuye el carácter de imprescindible.

Por su parte, el artículo 32 del Código Civil y Comercial establece la designación de las personas en la forma de apoyos o curadores: afirma que la sentencia debe señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción, con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación. Al respecto, se establece claramente que se puede designar a una o más personas, que ejercerán funciones conjuntas o indistintas.⁴³

El artículo 139 del Código Civil y Comercial afirma que la persona con capacidad también puede designar su propio futuro curador mediante una directiva anticipada, designación que siempre estará sujeta a la aprobación judicial.

El artículo 43, referido a la facultad de proponer personas que actúen como apoyos, sostiene “que tienen como función la de promover su autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”, debiendo propender a la recuperación de la persona y su fin principal es el cuidado de la persona y sus bienes.

⁴² Cifuentes, S., Rivas Molina, A., Tiscornia, B. (1997). *Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, 2.ª edición. Hammurabi.

⁴³ Tobías, José. (2015). En *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo I. Alterini, Jorge H. (dir) La Ley.

Declaración Judicial de incapacidad

Según lo previsto en el último párrafo del artículo 32 del Código Civil y Comercial

[...] cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

La declaración judicial de incapacidad constituye una excepción a la regla general de capacidad de ejercicio: solo procederá en los casos en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de expresar su voluntad por cualquier medio o forma y de interactuar con su entorno, por lo que la actuación del apoyo designado resulte ineficaz. Cuando la restricción de la capacidad y la actuación de apoyos no sea suficiente para satisfacer las necesidades jurídicas de quien se encuentre limitado en sus facultades se dará lugar a la declaración judicial de incapacidad.

La declaración de incapacidad conlleva la designación de un curador que representará a la persona absolutamente impedida de manifestar su voluntad y actuará con autorización judicial en representación del incapaz. Sin la presencia de un curador, la persona carente de capacidad no tendrá la posibilidad de ejercer sus derechos.

4. El adulto mayor

Como vimos, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por la Argentina mediante la sanción de la Ley 27360, define a la persona mayor como “aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”.⁴⁴ Asimismo, define a la vejez como una “construcción social de la última etapa del curso de vida” y al

⁴⁴ La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores fue aprobada por la Ley 27.360, sancionada el 9 de mayo de 2017.

envejecimiento como el “proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.”⁴⁵ Es posible definir al adulto mayor, entonces, como la persona que se encuentra en la última etapa de su vida, aquella que sigue a la adultez y se aproxima a la edad máxima que un ser humano puede alcanzar. Los términos *tercera edad*, *vejez* y *ancianidad* son precisamente utilizados para hacer referencia a la última etapa de la vida de una persona, en la cual se producen cambios físicos y emocionales propios de la edad avanzada.⁴⁶

La capacidad del adulto mayor

Los adultos mayores gozan de plena capacidad jurídica para ejercer por sí mismos sus propios derechos, excepto que dicha aptitud sea expresamente restringida por sentencia judicial o se declare la incapacidad del adulto mayor. Los cambios físicos y emocionales que se experimentan durante esta etapa de la vida humana pueden colocar al adulto mayor en un estado de fragilidad sin que este importe necesariamente la disminución o la pérdida de las habilidades cognitivas y, por ende, de su aptitud para decidir y obrar. Las personas no envejecen de la misma forma y la necesidad de contar con ayuda y asistencia en las actividades de la vida cotidiana no implica indefectiblemente una disminución del entendimiento y la comprensión de los actos y sus efectos que amerite el dictado de una sentencia que restrinja su capacidad o declare su incapacidad.

⁴⁵ Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, artículo 2.

⁴⁶ Wikipedia, Enciclopedia libre, definición término “tercera edad”.

La vejez como causal de restricción de la capacidad

En la doctrina se ha planteado la posibilidad de considerar la vejez como un supuesto incluido en la noción de “alteración mental permanente y prolongada”, a la que alude el artículo 32 del Código Civil y Comercial. Esto significaría calificar los problemas derivados del envejecimiento como una causal de restricción de la capacidad. En este sentido, el pretendido resguardo del patrimonio de los adultos mayores es un argumento bastante generalizado a los fines de querer justificar la restricción de la capacidad basada en la vulnerabilidad de la persona mayor.⁴⁷ El proceso de envejecimiento implica el desgaste natural del funcionamiento de los órganos del cuerpo humano que marca el paso de la adultez a la vejez. El deterioro propio de las personas de edad avanzada puede comprender la comisión de errores en tareas intelectuales, la aparición de alteraciones de la memoria y, tal vez, una menor agilidad mental o capacidad de reacción en una situación determinada. Se trata de condiciones propias de la tercera edad que caracterizan la edad biológica de la persona. Así, el agravamiento de las consecuencias propias del deterioro mental por la edad avanzada podría configurar una situación de alteración mental. El desafío, entonces, consiste en evaluar cada caso concreto e identificar el momento en el que las consecuencias del desgaste natural de los años comienzan a evidenciar una alteración mental con entidad suficiente para valer como causal de restricción de la capacidad del adulto mayor y diferenciarlas de aquellas situaciones propias derivadas de la edad, o del entorno sociocultural. Es decir, la debilidad o fragilidad provocadas por la edad avanzada y los deterioros propios de la vejez en modo alguno conforman por sí mismos una causal de restricción de la capacidad del adulto mayor. En este sentido, el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre protección

⁴⁷ Alterini, Jorge H. (director general) y Tobías, José W. (director de tomo), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.ª edición, tomo III, versión digital, comentario al art. 32, punto 8. La Ley, 2019.

de los Derechos Humanos de las Personas Mayores define a la discriminación por edad en la vejez como “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”.

El adulto mayor y el rol del notario como garante de derechos

Según lo expresamente establecido en el inciso f del artículo 31 del Código Civil y Comercial, siempre deben priorizarse las medidas terapéuticas que resulten menos restrictivas de los derechos y las libertades. El respeto de la libertad de ser y actuar debe guiar el curso de las decisiones judiciales en torno de la restricción de la capacidad jurídica, especialmente en el caso de los adultos mayores. Por su parte, el notario es el garante de los derechos del adulto mayor, entre los que se destacan no solo el derecho de ser oído, sino también el de poder decidir y actuar según sus tiempos y a su ritmo. La audiencia notarial constituye la instancia en la cual el adulto mayor podrá expresar su voluntad con plena libertad. Y el notario es el profesional de su confianza que, en un marco de respeto absoluto de su autonomía, lo escuchará y dispondrá los instrumentos necesarios para que pueda cumplir su real voluntad.

Valoración judicial de la capacidad del adulto mayor.

Evolución de la jurisprudencia argentina

La consagración legal de la plena capacidad como principio general provocó un profundo cambio en la manera como los jueces valoran la capacidad de los adultos mayores. La capacidad de ejercicio se presume por lo que toda persona puede ejercer por

sí misma sus derechos aun cuando se encuentre en un establecimiento asistencial. Por su parte, las reglas generales enumeradas en el citado artículo 31 del Código Civil y Comercial marcan de alguna forma aquellos límites dentro de los cuales las autoridades judiciales adoptarán las medidas necesarias para resolver las situaciones que pueden plantearse en la vida de los adultos mayores, las que deberán ser en su beneficio, priorizando siempre la protección de sus derechos y de su propia autonomía.

En un inicio, era frecuente la declaración de incapacidad de los adultos mayores basada en enfermedades mentales o discapacidades físicas. La postura paternalista de la justicia llevaba a considerar que los adultos mayores necesitaban protección. La valoración judicial de la capacidad era entonces realizada con especial apoyo en informes médicos sin considerar otros factores o aspectos a la vida misma de los adultos mayores. Con el actual Código Civil y Comercial, “la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial” (artículo 31, inciso c). De tal forma, la decisión judicial respecto de la restricción de la capacidad o de la declaración de incapacidad del adulto mayor debe fundarse en estudios multidisciplinarios que permitan adoptar las medidas necesarias, pero menos restrictivas de sus derechos y libertades (artículo 31, inciso f). Este enfoque interdisciplinario ya había sido consagrado en la Ley 26.657 de Salud Mental al establecer que

debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.⁴⁸

En este sentido y a modo ilustrativo se citan los siguientes casos:

“T, OF”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. (2013) ⁴⁹

La señora T, OF se encontraba internada en una institución geriátrica y allegados a ella solicitaron autorización judicial para realizar salidas de esparcimiento en las condiciones que los médicos de la institución consideraran convenientes y beneficiosas para su integridad psicofísica. Su hija se opuso al pedido. El Juzgado de primera instancia hizo lugar al pedido, pero la resolución judicial fue apelada por la hija. Finalmente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión de primera instancia considerando que la señora internada se encontraba en el establecimiento geriátrico no solo por su situación psíquica, sino también por su avanzada edad. Se hizo especial referencia al artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, cuyo primer párrafo establece que corresponde al Congreso

legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Al momento de otorgar el permiso solicitado, la Cámara consideró otros factores distintos de las evaluaciones médicas de la señora internada. Los jueces entendieron que el esparcimiento es un derecho personal que el Estado debía velar y proteger agregando que la capacidad general de ejercicio se presume aun cuando la persona se encontrare internada debiendo siempre adoptarse las medidas terapéuticas menos restrictivas de

⁴⁸ Artículo 8 de la Ley de Salud Mental, Ley 26.657.

⁴⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “T, OF”, expediente N.º 32.218/2013, Boletín de Jurisprudencia 2016, Ministerio de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.

derechos y libertades. Asimismo, los jueces hicieron referencia al artículo 34 del Código Civil y Comercial en relación con la obligación del juez de ordenar durante el proceso aquellas medidas necesarias para garantizar los derechos personales del adulto mayor. La fragilidad del adulto mayor lo coloca en un estado de vulnerabilidad que en modo alguno puede ser valorado como causal directa de restricción de su capacidad jurídica. Por el contrario, la debilidad del adulto mayor y las normas que en la actualidad reglamentan la restricción de la capacidad de ejercicio obligan a los jueces intervinientes a adoptar aquellas medidas que mejor protejan el ejercicio de sus derechos por sí mismo, partiendo de su plena capacidad de obrar.

“S. De S., F”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala Cuarta (2016) ⁵⁰

Una mujer de 82 años inició una acción judicial a fin de permanecer en el inmueble que constituía su hogar conyugal. Sin embargo, el juez de primera instancia, al verificar la inactividad de la actora, declaró la caducidad de instancia. La accionante recurrió esta sentencia mediante la interposición de un recurso de apelación. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes hizo lugar al recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Los jueces de segunda instancia hicieron hincapié en el deber de la justicia de adoptar aquellas medidas necesarias para asegurar los derechos de los adultos mayores que se encuentren en una situación de posible desprotección o fragilidad, buscando garantizar sus derechos y logrando una igualdad real. Asimismo, la Cámara consideró que la presencia física de ancianos obliga a los jueces a considerarlos como sujetos de derecho y calificar a la ancianidad como una situación que requiere la

⁵⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala Cuarta, “S. De S., F”, expediente N.º 246840/4, Boletín de Jurisprudencia 2016, Ministerio de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.

toma de medidas indispensables para fortalecer los derechos de los adultos mayores que intentan hacerlos valer en un proceso judicial.

Con los ejemplos mencionados, se advierte un cambio de enfoque jurisprudencial en el tratamiento de los casos en los que intervienen adultos mayores por cuanto se adopta un modelo que busca proteger los derechos del adulto mayor partiendo de su plena capacidad de obrar y resguardando su autonomía con aquellas medidas que resulten menos restrictivas de sus derechos individuales.

Los adultos mayores y la actuación del notario

Como actor del derecho en una sociedad cambiante, el notario debe estar atento a realizar los ajustes necesarios en el ejercicio de su función y así prestar el servicio notarial en forma adecuada a los nuevos tiempos y a los requirentes. En una población que transita un proceso de envejecimiento, la longevidad se ha convertido en uno de los temas más estudiados. La innovación en los tratamientos médicos y la concientización del autocuidado de la salud han permitido que los adultos mayores se comporten como población activa durante un período más prolongado que en el siglo pasado. Además de ejercer una mayor participación activa desempeñan roles diferentes de los que hasta entonces se le asignaban a esta franja etaria. La edad asignada al comienzo de la etapa de adulto mayor, contada a partir de los 60 años, encuentra hoy personas totalmente involucradas en su trabajo, lejos del rol pasivo que se asignaba años atrás, ya retirados y dedicados a los quehaceres domésticos y cuidado de los nietos. Estas transformaciones demandan un replanteo de la sociedad en su totalidad, particularmente del concepto de *edad* como un número, para demostrar que, a partir del cambio del paradigma de la llamada “tercera edad”, hoy el adulto mayor puede prolongar su vida en plenitud.

De allí la importancia del estudio de este sector de la población en el ámbito notarial. Tal

fue el caso del XII Congreso Notarial Español, celebrado en Málaga en 2022 bajo el lema “El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo”. El evento congregó a más de 400 asistentes provenientes de los más diversos ámbitos de la sociedad civil y contó con la participación de más de 70 expertos en diferentes áreas profesionales (economistas, sociólogos, médicos, abogados, arquitectos, geriatras y notarios, entre otros). Además de destacar que “el envejecimiento es una preocupación para las sociedades más desarrolladas”, durante la reunión se afirmó que “el envejecimiento de la población es un reto que cambia paradigmas y que precisa de la aportación y diálogo multidisciplinar”.

En la Argentina, la 43.^a Jornada Notarial Bonaerense celebrada en 2024 también se ocupó del tema “adultos mayores” y llegó a las siguientes conclusiones:

1. Dada la normativa internacional con jerarquía constitucional que rige en la materia, y en especial la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que dispone que se adquiere el carácter de persona mayor a partir de los 60 años de edad, y que la expectativa de vida en nuestro país se ubica en torno a los 83 años de edad, se genera una ventana de tiempo de 20 años que requiere de la protección de derechos.
2. El aumento en la expectativa de vida a nivel mundial impone la necesidad de construir herramientas jurídicas acordes con esta realidad.
3. Las personas mayores deben recibir el mismo trato que el resto de la sociedad con base en el principio de igualdad y no discriminación por vejez. La garantía y protección de los derechos de las personas mayores, de su dignidad y autonomía, emergen como imperativos éticos y legales ineludibles.
4. El Código Civil y Comercial de la Nación prevé herramientas que permiten a las personas mayores planificar su patrimonio y estipular disposiciones relativas a mantener su proyecto y calidad de vida ante la eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno, asegurando su derecho a ser oído y el resguardo y protección de su voluntad y dignidad en condiciones de igualdad.

5. La Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad elaborada por la Unión Internacional del Notariado, adaptada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, cobra especial relevancia al estipular principios y/o recomendaciones a tener en cuenta cuando nos encontramos ante personas adultas mayores en situación de vulnerabilidad.
6. El notariado en ejercicio de una función pública resguarda la voluntad de las personas mayores, brinda asistencia y asesoramiento claro y preciso, recaba sus requerimientos y dota de seguridad jurídica a los actos otorgados por estos, informándoles sobre los recursos legales disponibles para garantizar sus derechos, adaptados a sus necesidades individuales. Su actuación debe adecuarse a lo impuesto por el Derecho interno y al régimen interamericano. Esta obligación es extensiva a los colegios profesionales que los nuclean, los que deberán abogar por iniciativas y medidas que faciliten la integración de las personas mayores en las relaciones contractuales.
7. Para cumplir acabadamente con este propósito, el notariado deberá capacitarse permanentemente en estas materias. Los colegios de escribanos deben fomentar espacios de debate y capacitación sobre temas vinculados al derecho de la vejez.
8. La escritura pública es la herramienta jurídica más adecuada para plasmar la voluntad con relación a aspectos personalísimos y decisiones autorreferentes, tales como derechos sobre el propio cuerpo, consentimientos informados, directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección, testamentos y disposiciones patrimoniales.
9. La denegación del servicio notarial en actos jurídicos requeridos por personas mayores, solo por el hecho de su edad, importa un acto de discriminación.
10. En cumplimiento de las disposiciones convencionales con jerarquía constitucional, se recomienda que el notariado preste especial atención a la adecuación y adaptación de espacios físicos y accesibilidad en sus notarías a fin de facilitar el acceso al servicio notarial de personas mayores. También podrá constituirse personalmente en el lugar de residencia del requirente.

Audiencia notarial

La audiencia notarial, como se dijo, es el acto durante el cual el notario toma

conocimiento de la voluntad del requirente. Tiene lugar antes del otorgamiento del acto escritural y -dependiendo de la complejidad de este- sus características y las necesidades de quien solicita el servicio notarial, no suele agotarse en una única entrevista. Es en este momento en que el notario despliega su conocimiento jurídico en orden de brindar el asesoramiento necesario que permita que el acto a otorgar se configure legalmente y sea plenamente eficaz. Dadas las posibilidades que hoy ofrece la tecnología, la/s audiencia/s puede realizarse tanto en un ámbito físico como de manera virtual, mediante videollamadas o reuniones a distancia en diferentes plataformas. También -aunque no tan frecuentemente- es posible configurar las características del acto mediante el envío de correos electrónicos. De este modo, es posible afirmar que la audiencia es el intercambio de información entre el requirente y el notario con el fin de elaborar un documento notarial.

En este ámbito, antes de la firma del documento se plantea el asesoramiento notarial, que es personal y confidencial. Con imparcialidad y conocimiento del derecho, el notario recaba la información que le permita plasmar la voluntad del requirente en un instrumento notarial. Durante este intercambio, el notario se va formando un juicio acerca del discernimiento del requirente. En todos los casos, cualquiera sea la edad del requirente, es necesario determinar que posee el discernimiento necesario. A partir de este juicio, el notario “habilita” a la persona a manifestar su voluntad mediante un documento que redacta en base a sus conocimientos del derecho. Por medio de una serie de preguntas, el notario va adquiriendo la convicción de que quien finalmente firmará el documento tiene el discernimiento necesario para entender el acto a otorgar y sus consecuencias jurídicas.

Es necesario que la relación entre el escribano y el requirente sea directa y personal.

Presunción de capacidad y evaluación notarial de la capacidad del otorgante adulto mayor

La presunción de capacidad es un principio incluido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece que estas personas tienen capacidad jurídica y pueden ejercer sus derechos por sí mismas. La limitación de la capacidad jurídica requiere un pronunciamiento judicial que indique para qué actos es necesario que la persona actúe con la intervención de apoyos o su voluntad sea expresada a través de un representante legal. Aquel que tome decisiones en nombre y representación de la persona con capacidad limitada debe proteger sus derechos, decisiones y preferencias. La presunción de capacidad, se extiende a todo ámbito, incluyéndose sobre todo el judicial y notarial.

Si de la audiencia notarial resulta que la persona comprende qué acto va a otorgar y cuáles son sus consecuencias jurídicas, el notario no puede negar su ministerio, debiendo aceptarlo, no pudiendo negarse tomando como parámetro la edad del requirente, ya que esta por sí sola no es impedimento ni elemento limitante para el otorgamiento de determinados actos, de acuerdo con su naturaleza.

Es necesario diferenciar los conceptos de *capacidad* y *discernimiento*. El notario solo juzga sobre el discernimiento (entendiéndose este como comprensión del acto) de la persona al momento de otorgar el acto y sus alcances y consecuencias.

La Ley Nacional de Salud Mental, Ley 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010, establece el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental. Esos derechos, reconocidos en los acuerdos

internacionales sobre derechos humanos, tienen jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para su protección puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Ley 26657 hace suyos los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, considera instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas la Declaración de Caracas firmada el 14 de noviembre de 1990 durante la Conferencia sobre la Reestructuración Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, convocada por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990.

La Ley 26657, reconoce la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Además, establece que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” (artículo 3).

Certificados médicos y documentación afín

El notario puede recurrir a los elementos externos que considere más adecuados para completar su juicio sobre la capacidad del requirente. Por ejemplo, tiene la libertad de solicitar la evaluación de la persona por profesionales de la salud.

Como conclusión, teniendo en cuenta los principios rectores antes apuntados (Ley de Salud Mental y presunción de capacidad), negarle el derecho de otorgar un acto notarial

a un adulto mayor no declarado incapaz ni con capacidad restringida resulta una práctica discriminatoria. Es nuestro deber bregar por la no exclusión de los requirentes adultos mayores en el ámbito notarial, y asegurarles a estos el ejercicio pleno de sus derechos sin que la edad se convierta en una forma más de discriminación. En una sociedad cada vez más deshumanizada, los notarios debemos distinguirnos por actuar según el principio de inmediación, atendiendo a cada persona sin generalizar, y así garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales cualquiera sea su edad.

5. Actos de autoprotección. Introducción

Ya en el siglo pasado y en lo que va del presente, la actividad desarrollada por las personas mayores que superan los promedios previstos de longevidad se convirtió en un fenómeno notable. Si bien es cierto que el paso de los años conlleva la pérdida de algunas aptitudes, las experiencias transcurridas a lo largo de la vida, el entusiasmo y la capacitación permiten que se vayan adquiriendo otras. Gracias a los avances de la medicina, y de las neurociencias en particular, un número cada vez mayor de personas ocupan la franja etaria que supera ampliamente los 65 años, y desempeñan tareas de responsabilidad, tanto en el ámbito profesional y empresarial como en el manejo de sus patrimonios.

Cobra importancia por ello, hacer referencia al principio jurídico de la *autonomía de la voluntad*, el cual obliga – sobre todo a los profesionales que intervengan en cuestiones vinculadas a la salud y el derecho- a respetar los deseos y las necesidades de las personas que, en uso de esa autonomía, disponen directivas anticipadas de autoprotección referidas a diferentes aspectos de su vida cotidiana y social, de su salud y de su patrimonio. Ello adquiere relevancia al estudiar la problemática frente a criterios que ignoran que la persona mayor merece el mismo trato y consideración que cualquier otra.

Desde aproximadamente mediados del siglo pasado, la investigación se orientó a la situación de las personas mayores, a quienes gran parte de la sociedad segregó de manera sutil a partir del prejuicio de que son personas con sus capacidades disminuidas. El doctor Robert N. Butler, médico gerontólogo, psiquiatra y académico americano, acuñó el término *edadismo* para referirse a la discriminación por edad, que se convirtió en la tercera forma de discriminación luego del sexismo y el racismo, siempre acompañada de un estereotipo negativo sobre el envejecimiento.

El edadismo se observa con frecuencia en instituciones públicas y privadas, centros de salud, bancos y residencias geriátricas. También en la vida cotidiana, en pequeños gestos que consideran al adulto mayor de manera diferente y que son perceptibles con solo prestar atención: hablarle con diminutivos, ayudarlo cuando no lo necesita y obviarlo en conversaciones cotidianas, entre muchos otros.

Esta situación afecta en forma negativa, sobre todo a las personas longevas que se encuentran en situación de soledad, permitiendo inferir que pueda propiciar la aparición de las enfermedades más comunes en personas de edad avanzada, como disfunciones cardíacas y cognitivas, que en algunos casos pueden resultar agravadas por problemas psiquiátricos, como la depresión. En este escenario, entonces, cabe preguntarse: ¿quién contrataría a un adulto mayor para que lleve a cabo un trabajo de responsabilidad?

Por eso, es cada vez más frecuente que personas capaces que todavía no han alcanzado una edad avanzada intenten prever la disminución de su capacidad a efectos de conservar su estilo de vida y su patrimonio. Lo hacen mediante distintos actos de autoprotección, los que posibilita que familiares, amigos, colegas y demás personas involucradas con el bienestar de la persona mayor tengan instrucciones claras respecto de las decisiones a tomar garantizado el hecho de que, llegado el momento previsto, se

respete la voluntad del otorgante.

Concepto

El acto de autoprotección es aquel por el cual “una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria”⁵¹

A partir de los avances que trajo consigo la regulación del consentimiento informado y el reconocimiento del derecho del paciente a decidir sobre los tratamientos que acepta o rechaza, la Ley 26.529 y su modificación (2009-2012) y el artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación, incorporaron el denominado “derecho de autoprotección”. Bajo el título de “directivas médicas anticipadas”, se reconoce como un verdadero derecho humano —previo al Estado y fundado en la dignidad, la libertad y la autonomía personal— la posibilidad de tomar decisiones para el futuro ante la eventualidad de no poder hacerlo por causas de origen físico, sensorial o mental.

Este marco legal se completa con lo dispuesto en el artículo 43 del mismo Código, que habilita a la persona a proponer “la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”, y con el artículo 139, que permite a quien goza de plena capacidad designar por anticipado a quien habrá de ejercer su curatela, en caso de necesitarla. En este contexto, y como parte de su proyecto de vida, toda persona tiene derecho a dejar asentadas de manera anticipada sus decisiones, a modificarlas e incluso

⁵¹ Taiana de Brandi, Nelly A. El derecho de autoprotección y la eutanasia. Revista del Notariado 931, pag 50

a revocarlas libremente⁵². Las autoras sostienen - con criterio que compartimos- que “las directivas anticipadas pueden tener como objeto cualquier tipo de disposición en previsión de que en el futuro el disponente se encuentre imposibilitado permanente o transitoriamente de manifestar su voluntad por sí mismo”.

Directivas anticipadas en materia de salud

Autores de la talla de Llorens y Rajmil, sostienen que la denominación Directivas Anticipadas queda reservada para “una especie de actos de autoprotección, cuales son las que tienen por objeto disponer en materia de salud”⁵³.

La institución reconoce antecedentes en los denominados “living-will” estadounidenses (testamentos vitales), así llamados en contraste con las disposiciones testamentarias dictadas para después de la muerte del testador: estos documentos no buscan tanto establecer una “forma de morir”, sino más bien expresar una voluntad concreta sobre cómo transitar los momentos finales de la vida, con dignidad y conforme a las propias convicciones. En general, se los define como manifestaciones anticipadas por las cuales una persona indica que ciertos procedimientos médicos no deben ser utilizados para prolongar artificialmente su vida, si se encuentra en determinadas circunstancias. En otros casos, consisten en la designación de un tercero de confianza, que acepta el encargo de hacer cumplir instrucciones expresadas por el otorgante mientras conservaba su capacidad, o bien en asumir la responsabilidad de prestar el

⁵² Taiana de Brandi, Nelly A y Brandi Taiana, Maritel M. El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial. TR LALEY AP/DOC/906/2015 TR LALEY AR/DOC/5370/2015

⁵³ Llorens, Luis R. y Rajmil Alicia B. Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, E Clusellas (dir.), (2015) Tomo 1, p. 230.

consentimiento informado en su nombre, ante un eventual estado de incapacidad⁵⁴.

El Código Civil argentino -promulgado el 29 de setiembre de 1989 y vigente hasta el primero de agosto de 2015- no tenía disposición específica vinculada con la materia, por ello voces doctrinarias se alzaron sugiriendo que el legislador brinde soluciones positivas en el marco de la autotela y ante el advenimiento de la imposibilidad de administrar los propios bienes, mediante instrumentos que solucionen con especial respeto a la libre voluntad de cada uno, los futuros avatares que sobrevengan para el manejo del patrimonio sosteniendo -dentro de ese orden general de cuestiones- que también tendrían que admitirse las disposiciones particulares para los tratamientos médicos de futuras enfermedades terminales.⁵⁵

En el sentido expuesto, nuestra legislación incorpora las Directivas Anticipadas mediante sanción de la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (Ley 26529, sancionada el 21 de octubre de 2009) la cual el artículo 11 en redacción originaria establecía lo siguiente:

Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Posteriormente la Ley 26742 (conocida como “Ley de muerte digna”, o “de la autonomía de la voluntad”, promulgada el 24 de mayo de 2012 y reglamentada por el Decreto 1089/2012) agregó al texto citado, como párrafo final el siguiente:

⁵⁴ Saux, Edgardo Ignacio Azvalinsky, Alejandro M. Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales utilidad y alternativa. TR LALEY AR/DOC/29831/2011

⁵⁵ Cifuentes (h.), Santos E. Régimen general de la capacidad y el denominado living will. TR LALEY AR/DOC/3673/2005. Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2005 (noviembre), 1

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos.

Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Esto es, reguló la forma que deben respetar los documentos que contengan directivas anticipadas incluyendo la posibilidad de revocar en todo momento las directivas consignadas en el documento.

Posteriormente -sin modificar la normativa mencionada, la cual continúa vigente- el Código Civil y Comercial de la Nación, legisla sobre el tema en el artículo 60 afirmando:

Artículo 60. Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

En principio, el artículo se refiere a directivas relacionadas con la salud en previsión de la propia incapacidad de la persona, al otorgamiento de documentos con previsiones al respecto, y a la designación de personas que puedan consentir actos médicos cuando así se requiera y, como reza el artículo 59 del mismo cuerpo legal, cuando se encuentre “absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica”.

Con el objeto de esquematizar los cuerpos legales, entendemos que la Directiva goza de las siguientes características:

a) Es un acto jurídico y como tal es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (conf. art 259 CCCN).

b) Constituye un acto unilateral, en el que media una declaración de voluntad recepticia, encontrándose supeditados sus efectos a la condición de que las prácticas médicas sean requeridas en circunstancias en que el/la otorgante de la directiva no pueda expresar su voluntad personalmente.

c) Se encuentra sometido a una condición. La misma refiere a la falta de posibilidad de expresión de voluntad por parte del otorgante de la directiva ⁵⁶. Como se sostiene a lo largo de este trabajo, la declaración de incapacidad importa una situación de excepción para nuestro ordenamiento, reservada para aquellas situaciones en las cuales la persona en modo alguno pueda expresar su voluntad y el sistema de apoyo designado judicialmente resulte ineficaz (artículo 32 Código Civil y Comercial de la Nación). Por ello, cuando el artículo 60 refiere “*y en previsión de su propia incapacidad*”, no lo hace con relación a la incapacidad jurídica determinada por medio de la vía judicial, sino que refiere a la imposibilidad de expresar en dicho momento la voluntad de modo idóneo.

d) Es un acto personalísimo, mediante el cual se manifiesta una conducta autorreferencial, vinculada con la dignidad humana. La intervención de quien o quienes autorizan el acto médico en virtud de la directiva dada constituye el consentimiento informado con la práctica, pero importa un acto diferente a la directiva dado en virtud de esta⁵⁷.

e) Es un acto formal, ya que debe ser instrumentado por escrito, sea mediante escritura pública o ante juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. El artículo 11 del Decreto 1089/12 reglamentario de la ley

⁵⁶ Tobías, José. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo I. La Ley; Kemelmajer de Carlucci, Aida LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN EL DERECHO ARGENTINO, op.cit.

⁵⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aida LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN EL DERECHO ARGENTINO, op. Cit. Pag. 328

de derechos del paciente 26529 modificada por ley 26742, establece que el documento debe además contar con los siguientes requisitos:

El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.

Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo.

Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

La reglamentación parecería permitir el otorgamiento de la directiva en instrumento privado limitando el notario su actuación a la certificación de las firmas del otorgante y la de los testigos o la de este y la de la persona que autorice a representarlo en el futuro con más su aceptación.

La poca claridad y ambigüedad del segundo párrafo de la norma reglamentaria hace que nos inclinemos por la forma escritura pública prevista en la ley, la cual garantiza la intervención del notario como autor del instrumento y encargado de asesorar y configurar técnicamente el acto e interpretar todo lo que el/la otorgante requiera

generando un documento válido y eficaz, debiendo evitarse al efecto el instrumento privado o la comparecencia del autorizado.⁵⁸

f) Es esencialmente revocable. En este caso el artículo 11 del Decreto 1089/12 citado en el apartado anterior establece:

El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el presente Decreto.

Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

Si bien la forma que deben revestir los actos jurídicos es impuesta por la ley en protección de los sujetos que participan del acto jurídico, coincidimos para el supuesto de la revocación con la opinión de la Dra. Kemelmajer quien sostiene: “este es uno de los casos en los cuales el derecho se protege más adecuadamente sin la exigencia de formalidades; consecuentemente, puede exteriorizarse ‘oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material’”⁵⁹.

Registro del Acto de Autoprotección

En el caso de la Argentina las veinticuatro jurisdicciones notariales en las que se divide el país cuentan con Registros de Actos de Autoprotección.

La registración de los actos de autoprotección y los poderes preventivos que ellos

⁵⁸ En el mismo sentido Llorens-Rajmil. Las directivas anticipadas de salud en los actos de autoprotección. Requisitos de forma. Testigos. La ley 26.742. TR LALEY AR/DOC/5663/2012 Publicado en: DFyP 2013 (enero-febrero), 127

⁵⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN EL DERECHO ARGENTINO, op. Cit. Pag 328.

contengan -en su caso- cobra relevancia en el momento en que los familiares, las instituciones de salud y los profesionales necesiten contar con información certera acerca de las decisiones de las personas en cuestión. Un registro unificado y accesible para aquellas personas con interés legítimo en obtener información facilitaría la tarea de numerosos profesionales, y simplificaría la vida de quienes deben acompañar a sus familiares en situaciones vulnerables.

Las prácticas eutanásicas en las directivas anticipadas

El tema que nos ocupa en este punto nos exige reflexionar sobre diversos hechos, como la muerte digna, la autonomía de la voluntad, el derecho de decidir sobre nuestro cuerpo y nuestra salud, la eutanasia, la distanasia y la ortotanasia, el encarnizamiento terapéutico y su estrecha relación con los conceptos de dignidad, privacidad, el derecho a la vida y, en consecuencia, a la muerte digna.

Juan Pablo II definió la *obstinación terapéutica* como “el uso de medios particularmente extenuantes y pesantes para el enfermo, condenándolo de hecho a una agonía prolongada artificialmente”.⁶⁰

Tanto la ley 26742 como el Código Civil y Comercial de la Nación, establecen que las directivas “que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas” se tendrán por inexistentes (artículo 11) y por “no escritas” (art 60) respectivamente. El término *eutanasia* proviene del griego (*eu*: bueno y *thanatos*: muerte) y significa buena muerte o bien morir. Esta acepción fue introducida en el vocabulario científico por Francisco Bacon en 1623.⁶¹

⁶⁰ Juan Pablo II (1992). A las participantes al Congreso internacional sobre la asistencia a los moribundos" *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, 17 de marzo de 1992, pág.180

⁶¹ Vega Gutiérrez, Javier. Eutanasia. Concepto, tipos, aspectos éticos y jurídicos. Actitudes del personal sanitario ante el enfermo en situación terminal. Disponible en

https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/eutanasia/EUTANASIA_2000.pdf

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la eutanasia como aquella “acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente”. Son características esenciales de la eutanasia el hecho de ser provocada por personal sanitario y la existencia de una intencionalidad supuestamente compasiva o liberadora.

Etimológicamente, la distanasia (del griego: *dis*, mal, algo mal hecho) significa lo contrario de la eutanasia. Consiste en retrasar la muerte el mayor tiempo posible por todos los medios disponibles, aunque no haya esperanza alguna de curación y eso signifique infligir al moribundo mayores sufrimientos a los que ya padece, y que no lograrán evitar la muerte, sino solo aplazarla por unas horas o unos días en condiciones lamentables para el enfermo.⁶²

Aunque también es llamada *ensañamiento* y *encarnizamiento terapéutico*, entre otras acepciones, resulta más preciso denominarla *obstinación terapéutica*.

La ortotanasia es el término utilizado para definir el acompañamiento en el morir, sin anticiparse a la muerte y sin prolongar el sufrimiento innecesariamente. Además de no enfrentar reparos éticos, la ortotanasia procura conocer y respetar el momento natural de la muerte de cada persona y sus circunstancias concretas, sin pretender adelantarlo, evitando así la eutanasia reprobable, ni prolongar la vida artificialmente con medios desproporcionados y llegar a la distanasia.

Las definiciones recién expuestas abordan el tema de la extensión innecesaria de un proceso que es natural en el ser humano. Cuando este proceso se alarga solo se genera un tratamiento excesivo, el *encarnizamiento terapéutico*, que, lejos de ayudar, dificulta

⁶² Vega, Javier. Eutanasia y distanasia: aspectos legales y deontológicos. [Citado: 04-03-11]. Disponible en <https://www.bioeticaweb.com>

el curso natural de la vida. Este enfoque crea condiciones agotadoras que no solo afectan la dignidad humana, sino que también intensifican el sufrimiento físico y moral.

Entendemos, no es intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la abstención terapéutica ante la solicitud del paciente.⁶³

Jurisprudencia argentina vinculada a Directivas Anticipadas en materia de salud

Por sentencia de fecha 27 de mayo de 2005, cuya autoría recae en el Dr. Hooft se ha resuelto que “se respeten las directivas anticipadas instrumentadas mediante actuación notarial por las que la paciente manifiesta su oposición a intervenciones médicas invasivas que impliquen medios artificiales a permanencia” (Juz. Criminal y Correccional de Mar del Plata”, primera sentencia que reconoce el valor de la directiva obrante en documento notarial.

En el mismo sentido por autos: V., M. A. s/ autorización judicial, el mismo magistrado resolvió con fecha 06 de noviembre de 2014 “Declarar la plena validez jurídico-constitucional del instrumento de “Directivas Anticipadas” de fecha 14/05/2014, otorgado por la Sra. M. A. V. (DNI. ...) con intervención de la Unidad de Defensa n°3 de Mar del Plata, agregado a fs. 6/7, que prevé: “Para el caso de eventual incapacidad mental, pérdida o disminución de su discernimiento; independientemente del motivo que la cause, desea que los profesionales médicos

⁶³ Al respecto CSJ 376/2013 (49-D)/CS1 D.M. A. s/declaración de incapacidad. “...Considerando ...16) Que este Tribunal entiende adecuado resaltar que la solicitud incoada para que cesen los procedimientos de hidratación y alimentación artificial que recibe M.A.D. puede ser encuadrada en los distintos supuestos previstos en forma alternativa por los artículos 2.º, inciso e, y 5.º, inciso g. Ello es así por cuanto, más allá de la especificidad de estos procedimientos y de la expresa referencia que estas normas contienen al respecto, lo cierto es que en el marco de una situación como la que se encuentra M.A.D. existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que estos, en tanto brindan al paciente soporte vital, constituyen en sí mismos una forma de tratamiento médico.

que la atienden conozcan el modo como desea ser tratada ante un diagnóstico calificada de irreversible, a fin de no prolongar su vida por medios mecánicos o artificiales. Rechaza toda forma de obstinación terapéutica y refiere concretamente a cualquier práctica médica que resulte invasiva y de manifiesta futilidad en relación a los beneficios que se pretenden obtener”⁶⁴

Poder preventivo. Concepto

En el ordenamiento jurídico argentino, los poderes preventivos tienen plena vigencia en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 60 y 139 del Código Civil y Comercial de la Nación, y lo previsto en las convenciones internacionales que integran nuestro plexo normativo las cuales revisten jerarquía constitucional de conformidad con lo establecido en el citado artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Por su parte, y como ya se dijo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, establece principios de protección preventiva en relación con la salud, la dignidad, la autonomía y la independencia de las personas mayores. Además, dispone que los Estados adopten medidas preventivas para proteger la vida, la salud, la educación y el acceso a servicios públicos de los adultos mayores.

El poder preventivo recae dentro del ámbito de la representación voluntaria y constituye una de las opciones con las que cuenta la persona -sea no adulto mayor - para cumplir su voluntad aún luego de la pérdida de su capacidad por falta de discernimiento, deterioro cognitivo y ausencia de autogobierno. Se trata de un régimen de apoyo al que puede recurrir el adulto mayor actuando en pleno ejercicio de su autonomía de la

⁶⁴ TR LALEY AR/JUR/90149/2014 Publicado en: SJA 14/10/2015, 84 JA 2015-IV, 334

voluntad y previendo su propia incapacidad. De tal forma, es posible definir al poder preventivo como aquel acto jurídico unilateral que tiene por fin la designación de uno o más apoderados para que representen al otorgante en caso de pérdida futura de su capacidad. La utilización de este tipo de poder es directa y no requiere la intervención ni previa aprobación del juez competente.

El artículo 380 del Código Civil y Comercial de la Nación establece las causales de extinción de los poderes. Entre ellas menciona la pérdida de la capacidad del representado. El poder preventivo constituye una excepción a la causal de extinción del poder por pérdida de la capacidad del otorgante. La vigencia extraordinaria del poder preventivo permite que el adulto mayor pueda concretar la realización de aquellos actos que importan el ejercicio de la autonomía de su voluntad inclusive con posterioridad a su propia incapacidad.

El poder preventivo es un documento jurídico notarial mediante el cual una persona, a la que denominamos *poderdante*, designa a otra llamada *apoderado* para que lo represente y actúe en su interés llegado el momento en el que perdiese su capacidad plena para manifestar su voluntad.

La función principal de los poderes preventivos es evitar la necesidad de iniciar un proceso judicial de declaración de incapacidad o restricción a la capacidad para la administración de bienes y la guarda de la persona, evitando juicios largos, complejos y costosos, vergonzantes para la persona involucrada y su entorno familiar. Los poderes preventivos ofrecen una solución más rápida y menos onerosa si se compara con la vía judicial, y en concordancia con la tendencia internacional a ofrecer alternativas menos intrusivas y más accesibles, descomprimiendo así la actividad de los Tribunales.

Contenido del poder preventivo

Resulta de suma importancia emplear un lenguaje claro en la redacción de las instrucciones y facultades otorgadas en el poder preventivo para que su utilización garantice siempre el fiel respeto de la voluntad del adulto mayor. Podrá contener facultades relativas a cuestiones de la vida diaria como el lugar de residencia, las personas con las que vivirá el adulto mayor y hasta temas concernientes no solo a su atención médica sino también a la alimentación y vestimenta. Cuando en el poder preventivo se incluyan directivas anticipadas en relación a la salud y a tratamientos médicos, deberá cumplirse con la presencia de dos testigos, según así resulta de las disposiciones de la Ley 26.529 de Salud Pública, modificada por la Ley 26.742. Asimismo, el poderdante podrá autorizar a su apoderado a realizar actos patrimoniales de administración y de disposición, resultando de suma importancia, la indicación de los bienes que pueden enajenarse y las pautas para la determinación del precio y condiciones de enajenación. Se podrá determinar el destino de los fondos, y hasta la presencia de determinadas personas allegadas al adulto mayor para que presten conformidad respecto del acto celebrado. Siempre podrá el adulto mayor designar salvaguardas que controlen el ejercicio de las facultades otorgadas en el poder.

Vigencia del poder preventivo

El poderdante podrá optar por otorgar un poder para que el apoderado ejerza las facultades conferidas desde la misma fecha de otorgamiento y subsista aún en caso que el poderdante pierda su propia capacidad, es decir anticipándose a su posible incapacidad, decide otorgar el poder preventivo para que el mismo no se extinga ante esta. Asimismo, podrá optar por otorgar un poder para que el mismo comience a surtir efectos a partir de su propia incapacidad. A diferencia del caso anterior, sólo con la incapacidad sobreviniente, el apoderado podrá actuar en su

nombre y representación. Sin perjuicio de lo expresado, tendrá vigencia hasta que mismo sea revocado por el propio poderdante, acaezca su muerte o se den alguna de las causales de extinción que especialmente se regule y establezca en el poder. En la actualidad, podemos afirmar que la doctrina ha receptado tres formas de poder preventivo: a) el poder duradero, que comienza a regir desde el momento en que se instrumenta y continúa en caso de incapacidad del otorgante durante toda su vida y en caso de fallecimiento hasta que se cumplan los temas pendientes; b) el poder limitado, que comienza a regir cuando se declara judicialmente la incapacidad transitoria o definitiva del otorgante hasta su fallecimiento; y c) el poder que adquiere vigencia desde la pérdida de aptitud del mandante hasta su declaración judicial, que puede o no aceptar al apoderado para actos posteriores a esa declaración. Es necesario aclarar que estos poderes se otorgan justamente en ejercicio del derecho de autoprotección, reconocido por nuestro ordenamiento legal, y en previsión de una posible futura incapacidad; resultaría contradictorio que la incapacidad lo hiciera caer. Su revocación debería poder realizarse por cualquier medio. En este orden de ideas:

Una persona puede disponer que la revocación del poder que otorga en el futuro sea decidida por otras personas de su confianza o que, ante la renuncia del apoderado, asuma la responsabilidad de su representación otra persona designada previamente, siempre con la necesaria consulta previa al interesadoponente. También podrá designar a la o las personas encargadas de verificar, controlar y aprobar las cuentas.⁶⁵

El notario cuenta con sobrada capacidad y experiencia para asesorar al adulto mayor no solamente al momento de otorgar las directivas anticipadas en materia de salud sino

⁶⁵ Taiana de Brandi (2015), Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Astrea, pág. 42.

también cuando este decide anticiparse a su eventual pérdida de capacidad y otorgar un poder preventivo que le permita cumplir su voluntad cuando no pueda realizar un acto por sí mismo.

Es importante destacar que la designación de apoyos establecida por nuestra legislación implica la intervención de los órganos jurisdiccionales. En cambio, la designación efectuada por medio de los poderes preventivos para suplir la voluntad del poderdante en caso de ausencia de capacidad o de discernimiento no requiere intervención judicial; es decir, es posible realizarlas sin necesidad de recurrir a órganos judiciales para su ratificación.

Elección del apoderado

La redacción de poderes preventivos debe tener la claridad suficiente como para evitar conflictos entre allegados y parientes del otorgante y el apoderado designado. La designación del representante debe ser concreta y precisa. Para el supuesto de un solo apoderado resulta conveniente incluir un sustituto a los efectos de asegurar el cumplimiento de la voluntad del poderdante en caso de muerte, renuncia y/o incapacidad sobreviniente del apoderado principal.

Cuando se designasen varios apoderados, es importante aclarar si los mismos actuarán en forma individual o conjunta, lo que podrá funcionar como mecanismo de control entre los propios representantes.

Formalidades del poder preventivo

El poder preventivo debe ser otorgado por escritura pública, y firmado por el otorgante ante el notario interviniente. En principio, no requieren de inscripción en el Registro de Actos de Autoprotección, salvo que vayan acompañados de otros actos de Autoprotección, sin perjuicio de lo cual algunas jurisdicciones tienen normada la inscripción.

Los actos de autoprotección y los derechos humanos

La relación que los actos de autoprotección y los poderes preventivos guardan con los derechos humanos es sumamente estrecha, ya que estos actos jurídicos emanan de las personas y exigen el respeto de todos sus derechos, más aún cuando se trata de documentos que contendrán directrices respecto de su salud, su educación, su vida y su libertad.

La autonomía de la voluntad establecida en la Ley 26742, mediante la cual se otorga la posibilidad de revocar las decisiones, es sumamente importante. En determinados momentos de su vida, las personas pueden tomar decisiones que en contextos donde está en juego la vida pueden cambiar radicalmente. Es por eso que los documentos notariales donde se establezcan directivas anticipadas deben ser redactados con claridad y certeza, de modo de garantizar que el requirente comprenda cabalmente que dichas decisiones pueden cambiar y ser revocadas en cualquier momento.

Por otro lado, siempre deberán respetarse los derechos fundamentales de las personas: el derecho de decidir sobre su propio cuerpo, el derecho a la vida, a la privacidad de sus datos personales, médicos y biológicos, y el derecho a una muerte digna sin que ello implique una eutanasia ni un encarnizamiento terapéutico injustificado.

En el marco de la redacción de los documentos jurídicos contenedores de las directivas anticipadas, la actuación del notario naturalmente excede el asesoramiento médico, pero debe garantizar que prime el consejo bioético y jurídico, y que se vislumbre la empatía profesional, el acercamiento y la contención, el lenguaje claro y la accesible conexión profesional-paciente.

Tras la reforma de 1994, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional le otorgó

jerarquía constitucional no solo a una serie de documentos internacionales sobre derechos humanos que fueron oportunamente ratificados por el Estado argentino, sino que dispuso la posibilidad de sumar en el futuro nuevos tratados con jerarquía constitucional referidos a esta clase de derechos.

De este modo, se creó un plexo de normas y principios direccionados a proteger y salvaguardar al ser humano y se consolidó correlativamente un sistema integral. Fue así que el derecho privado, tal el caso de la reforma del Código Civil y Comercial, pasó a formar parte del bloque federal constitucional. En este contexto, y como señala Tobías en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, el artículo 31 del Código expresa una serie de principios que tienen sus antecedentes en documentos internacionales sobre derechos humanos y apunta a establecer un piso mínimo de garantías, de contenido sustancial y formal, a favor de la persona cuya capacidad de ejercicio pueda ser cuestionada en los estrados judiciales.

Los actos de autoprotección y los poderes preventivos son garantía del legal ejercicio de estos derechos, permitiendo el respeto de la voluntad de los individuos en momentos de vulnerabilidad donde deben ser aún más respetados. Los notarios tienen la noble tarea de materializar los documentos que contengan esas voluntades. En consecuencia, deben cumplir el rol de garantes y custodios de dichas voluntades, asesorando y previniendo a todas las personas de los alcances de cada uno de estos actos.

Sin embargo, si bien la legislación argentina incorpora en su legislación de fondo el instituto de las directivas anticipadas, entendemos que lo hace con algunas falencias en cuanto refiere a cuestiones de salud y no expresamente los poderes preventivos, perfectamente viables según nuestra perspectiva. Al mismo tiempo, no debemos olvidar que nuestro país ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas

con Discapacidad (aprobada en 2008 mediante la Ley 26378 dotada de jerarquía constitucional en 2014 bajo la luz de la Ley 27044 y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada en 2022 mediante la Ley 27360). Ambas convenciones, en consonancia con los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, brindan el marco necesario para la protección y la interpretación integral de las normas en pro de los mayores vulnerables.

A partir de una mirada integradora, entendemos que todos los operadores del derecho, en especial los notarios, deben escuchar, asesorar y redactar documentos válidos y eficaces en el tiempo, que integren los diferentes aspectos de la vida de las personas y les permitan decidir en el supuesto de falta de capacidad. Dichos documentos deben respetar la dignidad humana y la autonomía de la voluntad como principio y base de la libertad de los seres, otorgando la facultad de revocación en todo momento si así fuera necesario.

Según la doctrina mayoritaria, esas disposiciones deben ser entendidas como excepción a las causales de extinción de los poderes y aceptadas como plenamente válidas y eficaces, se trate tanto de los apoyos designados para los temas de salud como para los asuntos patrimoniales.

Los notarios deben actuar con profunda valentía y templanza, colaborando en momentos tan difíciles de la vida de las personas, como lo es la previsión de su propia incapacidad, con el fin de convertir ese difícil tránsito en un pasaje más amoroso y empático, donde el derecho y el actuar profesional no sean un obstáculo, sino, por el contrario, el lugar donde encuentren soluciones y descanso.

La legislación en algunos países que integran la UINL

A continuación, presentamos la experiencia en legislación sobre Poderes preventivos en algunos países seleccionados.

Perú. La Ley 8/2021, vigente desde el 3 de septiembre de 2021, establece de manera expresa los poderes preventivos en los artículos 256 a 262 del Código Civil. La norma permite incluir una cláusula que garantice la continuidad del poder en caso de que el otorgante necesite apoyo para ejercer su capacidad debido a una incapacidad sobreviniente. Este mecanismo permite delegar en personas de confianza –como hijos, cónyuge o hermanos– la gestión de actos jurídicos relacionados con el cuidado personal y el patrimonio en caso de incapacidad. El contenido del poder es flexible y queda a discreción del poderdante, quien puede especificar facultades, medidas de control, instrucciones, salvaguardas contra abusos y plazos de revisión, todo con el fin de garantizar que se respete su voluntad.

Mientras sea capaz, el otorgante tiene la posibilidad de modificar o completar el poder. En este proceso el notario cumple un papel esencial al asesorar y garantizar que el poderdante comprenda plenamente el alcance del documento y exprese su voluntad de manera informada. Para que el poder preventivo surta efecto debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Civil, conforme al artículo 260 del Código Civil.

Canadá. En la provincia de Quebec, que aplica el sistema de notariado latino, el mandato preventivo está diseñado para casos en los cuales una persona no pueda ocuparse de sí misma ni de su patrimonio, protegiendo así sus intereses personales y familiares. A diferencia del poder simple, que se extingue con la incapacidad del otorgante, el mandato preventivo conserva su validez y permite especificar aspectos clave como

- a) quién asumirá el cuidado personal y bajo qué condiciones;
- b) quién administrará los bienes, pagará deudas y gestionará ingresos;
- c) quién se ocupará del bienestar de los hijos y del cónyuge.

Este mandato permite designar a una o varias personas para actuar en nombre del otorgante, delimitando sus poderes y responsabilidades. Además, puede incluir instrucciones sobre el cuidado personal y de salud, lugar de residencia, internaciones y otras decisiones relevantes.

El mandato adquiere validez cuando un juez declara la incapacidad del otorgante, verifica la autenticidad del documento y confirma la idoneidad del representante designado. Aunque no es obligatorio otorgarlo ante notario, hacerlo garantiza su autenticidad y valor probatorio en caso de disputas.

Japón. En Japón, la legislación ofrece una alternativa a la designación judicial de curadores mediante la curatela voluntaria, basada en un contrato notarial que respeta la voluntad del individuo. Regulada por el Acta sobre Contratos de Guarda Voluntarios desde el año 2000, esta figura le permite a cualquier persona, en pleno uso de sus facultades, nombrar a una persona de confianza como guardián voluntario en caso de que en el futuro no pueda gestionar su persona o sus bienes.

A diferencia de otros sistemas jurídicos, en Japón el guardián designado debe aceptar formalmente su nombramiento al firmar el contrato, lo que convierte este acuerdo en consensual. El contrato se inscribe ante una oficina de asuntos legales, lo que le permite al guardián obtener un certificado que acredite su designación.

El contrato entra en vigor cuando un tribunal familiar declara la incapacidad del otorgante y confirma al guardián. El notario desempeña un papel clave al garantizar que todas las partes comprendan el contrato y que el otorgante esté plenamente capacitado

en el momento de firmarlo. Además, la incorporación de tecnología en el notariado japonés permite formalizar estos contratos a distancia, adaptándose a las necesidades contemporáneas.

Países de Europa. La reunión de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la UINL, celebrada en junio de 2023, abordó el tema del poder preventivo y la protección de personas vulnerables, en línea con iniciativas recientes de las instituciones europeas y el gobierno italiano.

Se destacó la importancia de instituir el poder preventivo en Italia (Mandato di Protezione Futura), tomando como referencia experiencias positivas de otros países. También se subrayó la necesidad de ratificar la Convención de La Haya de 2000, un tema de gran interés para el notariado por su relevancia en las nuevas exigencias sociales. Durante el desarrollo de los debates se abordó específicamente la aplicación de la figura del poder preventivo al caso de los adultos mayores.

El mandato de protección futura y el poder preventivo demostraron ser instrumentos eficaces para garantizar la autodeterminación de las personas ante una eventual incapacidad, evitando en muchos casos la intervención judicial y contribuyendo al descongestionamiento de los tribunales. Su éxito en países como España, Francia y Alemania evidencia la creciente necesidad de mecanismos que permitan a los ciudadanos planificar su protección con flexibilidad y seguridad jurídica. Mientras en España el poder preventivo ha tenido una gran acogida y se consolida como la principal herramienta de apoyo extrajudicial, en Alemania el Vorsorgevollmacht (poder preventivo) es ampliamente utilizado gracias a su inmediatez y permanencia incluso después de la muerte del otorgante. En Francia, aunque el mandato de protección futura ha demostrado su utilidad, la falta de difusión limita su efectividad en la práctica.

Entre las recomendaciones para los países que deseen adoptar esta figura se destacan las siguientes:

- a) Garantizar que la persona pueda elegir libremente, a través de un instrumento voluntario y flexible, quién la representará y en qué condiciones.
- b) Confiar la formalización y supervisión de estos mandatos a profesionales altamente calificados, como los notarios, quienes pueden asesorar imparcialmente y asegurar la validez del documento.
- c) Crear un principio de subsidiariedad de las medidas judiciales, de modo que la existencia de un mandato adecuado haga innecesaria la intervención del juez.
- d) Implementar un sistema de publicidad registral para garantizar la oponibilidad del mandato frente a terceros y permitir su consulta por autoridades competentes.
- e) Establecer mecanismos de control, designando a una autoridad distinta del juez para la supervisión del ejercicio del mandato y permitiendo la intervención judicial solo en casos de abuso o insuficiencia en el contenido del documento.
- f) Estas medidas permitirían una mayor difusión y efectividad del mandato de protección futura, asegurando que las personas con capacidad de decisión puedan anticipar su protección sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales complejos.

La experiencia de la aplicación de la figura jurídica en algunos de los países europeos es la siguiente:

Francia. El Mandat de Protection Future fue introducido por ley el 5 de marzo de 2007 y está regulado en el artículo 477 del Código Civil. Se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2009 y le permite a una persona designar un representante para gestionar su patrimonio en caso de incapacidad. Su ámbito de aplicación se centra esencialmente en

cuestiones patrimoniales, mientras que las decisiones médicas quedan fuera de su regulación y se gestionan mediante directivas médicas anticipadas. Para su activación es necesario que la incapacidad del otorgante sea constatada por un médico y que el certificado sea depositado en el tribunal competente, lo que retrasa su efectividad hasta que se cumplan estos requisitos. Aunque el mandato puede formalizarse mediante escritura privada o escritura notarial, en la práctica la opción notarial ofrece mayor seguridad jurídica y permite otorgarle más facultades al representante. Actualmente, el sistema francés carece de un registro público para los mandatos, lo que puede dificultar su consulta por terceros y por la propia administración de justicia. Existe un principio de subsidiariedad judicial según el cual el juez solo interviene si no hay un mandato adecuado o si se presentan problemas en su ejecución. En el caso de los mandatos otorgados ante notario, este tiene un papel clave en su control, ya que debe asegurarse de su correcta aplicación e informar al juez en caso de irregularidades. El mandato se extingue con la muerte del otorgante, sin posibilidad de continuidad posterior.

Alemania. Vigente desde 1992, el Vorsorgevollmacht está reglamentado en el artículo 1814 y siguientes del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán). Constituye un poder de representación duradero que continúa vigente incluso en caso de incapacidad del otorgante. A diferencia de los sistemas español y francés, este mandato entra en vigor inmediatamente después de su firma y no requiere una prueba médica o judicial para su activación. Su ámbito de aplicación incluye tanto asuntos patrimoniales como personales sin necesidad de intervención judicial, lo que permite una gestión ágil y flexible de los intereses del otorgante. Aunque la formalización notarial no es obligatoria, en la práctica la mayoría de estos poderes se otorgan ante notario para garantizar su validez y efectividad. Existe un registro voluntario gestionado por la Cámara Federal de

Notarios (Bundesnotarkammer), que permite su consulta y facilita su reconocimiento en caso de conflicto. El juez solo interviene si no existe un poder válido o si hay controversias en su aplicación, lo que contribuye a reducir la carga de trabajo de los tribunales. A diferencia de España y Francia, el mandato alemán puede continuar vigente incluso después del fallecimiento del otorgante, permitiendo que el representante administre temporalmente la sucesión hasta que los herederos asuman formalmente su gestión.

España. En España la Ley 8/2021, sancionada el 2 de junio de 2021 y puesta en vigencia el 3 de septiembre de 2021, reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, regulando en forma expresa los poderes preventivos, especialmente en la nueva redacción de los artículos 256 a 262 del Código Civil. El poder preventivo, regulado en los artículos 256 a 262 del Código Civil, permite que una persona otorgue poderes a un representante para actuar en su nombre en caso de incapacidad futura. Puede aplicarse tanto a cuestiones patrimoniales como personales, y su entrada en vigor puede ser inmediata o diferida hasta la pérdida de capacidad del otorgante, según el artículo 257 del Código Civil. Su formalización es obligatoriamente notarial y se inscribe en el Registro Civil para garantizar su publicidad y oponibilidad a terceros. En caso de necesidad de protección judicial, el juez debe considerar la existencia del poder preventivo antes de adoptar medidas de apoyo. Su uso permite evitar la intervención judicial en muchos casos, aunque puede coexistir con medidas judiciales si es necesario. Se extingue con el fallecimiento del otorgante, sin posibilidad de subsistencia después de su muerte.

Según la nueva legislación, el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro necesitara apoyo en el ejercicio de su capacidad. Esta es la definición de lo que constituye el poder preventivo más frecuente, el que se otorga para

que surta efectos de inmediato y no decaiga en el caso de que el poderdante necesite apoyos en el ejercicio de su capacidad (lo que antes significaba que se lo incapacitara judicialmente).

6. Herramientas jurídicas para la protección económica del adulto mayor

Según las últimas estadísticas publicadas por la Administración Nacional de la Seguridad Social de la República Argentina (ANSES), con datos calculados hasta septiembre de 2024, el número de jubilados y pensionados en el país asciende a algo más de 7,8 millones de personas. En general, estos adultos mayores perciben exiguas prestaciones debido a que este fue el rubro más afectado por un fortísimo recorte del gasto público, y la mayoría de ellos se encuentra bajo la línea de pobreza. Con el dinero que reciben deben comprar alimentos y medicinas, y, muchas veces, pagar el alquiler de sus viviendas. Como el dinero suele terminarse antes de fin de mes, para solventar sus necesidades básicas deben recurrir a la ayuda de hijos u otros familiares, si los tienen.

A continuación, expondremos algunos contratos que pueden morigerar las necesidades de esta franja etaria, ya que las personas que la integran no califican para acceder a créditos hipotecarios de largo plazo, en general no tienen capacidad de pago, y los seguros a contratar, si los aceptan, son caros.

Renta vitalicia

En la Argentina, la renta vitalicia (Código Civil y Comercial, artículos 1599 y 1608) es el contrato consensual oneroso por el que una persona se obliga a pagar una renta en forma periódica a otra o más personas físicas, nacidas o por nacer, cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero. El contrato, que se constituye por escritura pública, debe pagarse

en dinero y prever la periodicidad de pago; si no establece el valor de cada una de las cuotas se presumen todas iguales.

Puig Pena considera que este tipo de contrato “proporciona segura vejez a personas que carecen de legitimarios, sirve para constituir capital a quien no tiene y cumple con satisfacer una renta en cierto modo ventajosa”.⁶⁶

La renta vitalicia es un contrato aleatorio porque depende de la duración de la vida del vitaliciado o cabeza de renta, que en el caso de tener una vida corta beneficiará al vitaliciante.

El capital se integra en una sola vez, pero las rentas se devengan periódicamente.

En muchos países (como Brasil, Perú, México, Uruguay, Bélgica y Francia) se regula el contrato gratuito de renta vitalicia. En la Argentina se regula solo el contrato oneroso.

Los adultos mayores que tienen capacidades reducidas contratan a través de asistentes o apoyos. Si el contrato se constituye a favor de una persona fallecida o que fallece dentro de los 30 días siguientes será de ningún efecto, aun cuando las partes hayan obrado de buena fe y lo ignorasen.

En la Argentina, este tipo de contrato no tiene una gran aceptación debido a los siguientes factores:

a) Baja rentabilidad. El rendimiento se ubica siempre por debajo de la inflación anual porque la inversión genera beneficios o rendimientos inferiores a los esperados. Los intereses pactados no alcanzan los objetivos financieros debido a que el retorno es inferior a la inflación, en general, como consecuencia de las condiciones económicas adversas.

⁶⁶ Citado por Leiva Fernández (1987). Esquema del contrato oneroso de renta vitalicia (su relación con el derecho real de censo o renta). La Ley.

b) Recuperación limitada del dinero. Si el vitaliciado vive muchos años, el retorno es insuficiente para cubrir el dinero invertido porque la contraprestación es generalmente un inmueble que con el paso del tiempo se deteriora y se deprecia. En consecuencia, no cubrirá las expectativas del vitaliciante.

c) Plazo de recupero indeterminado. Se trata de un contrato aleatorio, condicionado a los años de vida del vitaliciado. Por lo tanto, no es posible saber en qué momento finalizará.

Fideicomiso

En la Argentina, el fideicomiso es una herramienta útil para proteger al adulto mayor, ya que garantiza la administración de los bienes y los recursos en su beneficio –incluso, en casos de incapacidad– y la causa que le da origen puede ser un acto entre vivos o una disposición de última voluntad.

El fideicomiso por acto entre vivos está regulado en el artículo 1666 del Código Civil y Comercial. Es el contrato por el que una parte, fiduciante, transmite o se compromete a transmitir bienes o derechos a un fiduciario (administrador) para que, como propietario fiduciario, los gestione con los fines (encargos) establecidos en el contrato, destinando los beneficios a una o más personas (beneficiario, fiduciante o la/las personas designadas en el contrato), y a transmitir la propiedad plena al cumplimiento de un plazo o condición a esos destinatarios. El fideicomiso se ejerce a favor del beneficiario; cuando el respectivo contrato de fideicomiso se extingue los bienes se destinan al fideicomisario. Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante (Código Civil y Comercial, artículo 1672). El fideicomiso puede ser gratuito u oneroso según si el fiduciario cobra o no una retribución por sus funciones.

Cumplida la condición o pasados 30 años desde la celebración del contrato (si el

beneficiario no es incapaz o con capacidad restringida que continuará hasta su muerte o cesación o restricción de su capacidad), cesa el fideicomiso y los bienes de pleno derecho quedan en cabeza de quien fue designado beneficiario en el contrato y a falta de estipulación el fiduciante o herederos. El contrato de fideicomiso debe inscribirse en el registro público correspondiente de cada jurisdicción.

En el caso de fideicomiso financiero, el fiduciario puede ser una persona humana o una persona jurídica (una entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por el organismo contralor del mercado de valores) que sepa gestionar. El fiduciario puede ser el beneficiario, y debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar como buen hombre de negocios. Tiene la obligación de rendir cuentas con una periodicidad no mayor de un año, que puede ser aprobada expresa o tácitamente. Pueden exigir su cumplimiento el beneficiario, el fiduciante y el fideicomisario.⁶⁷

La cesación del fiduciario no produce la extinción del fideicomiso, sino la sustitución por otro fiduciario. Puede ser removido con intervención judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por imposibilidad material o jurídica de actuar, aun cuando no sea imputable, por muerte o incapacidad judicialmente declarada, si es persona física o si es persona jurídica por disolución (excepto por fusión o absorción) siempre que pudiera cumplir con la manda, quiebra o liquidación, o renuncia, que tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

La elección del fiduciario es sumamente importante, ya que será quien maneje el patrimonio fiduciario. Resulta fundamental establecer un modo de rendición de cuentas, exigiendo la presentación de balances, estados de resultado, informaciones

⁶⁷ Suprema Corte de Justicia de la provincial de Mendoza, Sala I – 12/11/2024 – JAGCuyo 2025 (febrero), 7 con nota de Mariana B. Iglesias – TR La Ley AR/JUR/176102/2024.

documentadas, con explicaciones y comentarios comprensibles, y con los comprobantes respectivos que concuerden con los libros, si tuviere. También es importante incluir algún auditor externo que ejerza un control responsable o un comité de vigilancia, integrado por un contador y alguien neutral, que puede ser un miembro de la familia.

Generalmente, el adulto mayor es el que tiene los bienes; pero también puede ocurrir que un familiar los entregue a un administrador, que puede ser una persona física o sociedades financieras que se encargan de la administración de patrimonio. El beneficiario será ese adulto mayor o quien se designe. Las partes son solo el fiduciante, que se obliga a la transferencia del patrimonio, y el fiduciario, que lo administrará y cumplirá la manda del fideicomiso.

Las cuestiones que se deben tener en cuenta son las siguientes:

Habrá que prever cuál es el patrimonio de afectación (propiedades, inversiones, etc.), cuál es el objeto del fideicomiso, y establecer la manda (instrucciones) que permitan claramente cubrir gastos de vivienda, alimentación y salud o solo vivienda, elección de fiduciario, y es conveniente uno o más sustitutos, cuáles son los derechos y obligaciones de fiduciante y fiduciario, prever rendición de cuentas, plazos, designar fideicomitentes y beneficiarios, y establecer las causales de extinción.

- a. Escritura pública. Cuando el patrimonio fiduciario contiene inmuebles se requiere formalización ante escribano.
- b. Inscripción registral en los distintos registros públicos, según establezca cada jurisdicción.

El fideicomiso protege el patrimonio del adulto mayor, porque los bienes quedan aislados de deudas personales, interviene un familiar o un tercero administrando los recursos de acuerdo con la manda establecida (pagar residencia, comida, cuidados

médicos, cuidadores). Además, evita conflictos por tratarse de un patrimonio de afectación que está fuera del patrimonio sucesorio y no se ingresa a la sucesión. Si el adulto mayor pierde capacidad, sea absoluta o restringida, el fideicomiso continúa sin intervención judicial. Pueden ingresar o salir bienes de ese patrimonio según las condiciones previstas.

Fideicomiso testamentario

Se constituye por testamento, que debe ser declarado válido, designándose al fiduciario (quien debe aceptar su designación en forma expresa o tácita) para que a la muerte del testador reciba los bienes relictos o la herencia y los destine al cumplimiento de su objeto, que luego de cumplido el plazo o condición establecidas por el causante, será la entrega al o a los beneficiarios designados, respetando la porción legítima de los herederos forzosos.

Si el fiduciario no aceptase se designará una entidad financiera o una sociedad autorizada por el organismo de contralor de mercado de valores para actuar como fiduciario (Código Civil y Comercial, artículo 1679).

No puede haber pacto sobre herencia futura, tampoco puede el contrato de fideicomiso afectar la legítima hereditaria. Sin embargo, la ley prevé una mejora especial de la que el testador puede disponer a favor de los herederos con discapacidad, sean descendientes o ascendientes.

Contrato de mantenimiento o asistencia

En el contrato de mantenimiento o asistencia una de las partes se compromete a brindar manutención y asistencia a la otra mientras viva. A cambio, la parte que recibe la asistencia se obliga a transmitir, durante su vida, bienes o derechos a quien la alimentará o mantendrá, o a un tercero designado por el prestador del servicio (estipulación a favor

de un tercero).

En el contrato puede pactarse la cobertura de todas las necesidades del beneficiario – alojamiento, vestido, alimento, atención médica y acompañamiento – o asumir solo alguna de las obligaciones de dar o hacer.

Es importante saber cuál es el estado de salud de la persona que debe ser asistida, ya que si hubiere una enfermedad preexistente y grave, y el contrato está relacionado con servicios de salud o bienestar, el proveedor no asumirá la responsabilidad del servicio, excepto que manifieste lo contrario. Resulta conveniente incluir una cláusula en la que el beneficiario declare bajo juramento que no padece ninguna enfermedad preexistente grave al momento de la firma del contrato. En el caso de que esa enfermedad preexistente se detecte o se declare posteriormente, el proveedor tendrá la posibilidad de rescindir el contrato sin responsabilidad alguna.

El contrato de mantenimiento o asistencia es un contrato aleatorio, consensual, bilateral, oneroso, vitalicio. No se conoce el término de la prestación, y esta puede modificarse atendiendo a las necesidades del asistido y lo convenido por las partes. El contrato se extingue con el fallecimiento del asistido, pero si el que fallece es el asistente pueden continuar con la obligación sus herederos si eso es lo que se ha previsto. En el contrato es importante designar un sustituto para el caso de que el prestatario de la obligación esté imposibilitado de cumplirla (fallecimiento, enfermedad, ausencia temporaria o definitiva), ya que el asistido, por haber transferido lo pactado, ya habrá dado cumplimiento a su prestación. Habrá que prever un usufructo vitalicio para que la persona asistida pueda continuar viviendo en el inmueble que transmita o lo pueda dar en locación a un tercero.

En este tipo de contratos es conveniente:

a) Establecer una cláusula que prevea si hay incumplimiento de la obligación alimentaria, fijando una suma de dinero periódica o una garantía que asegure su cumplimiento (hipoteca, fianzas personales, seguros de caución) o previendo la resolución para no tener que recurrir al juez. Solo intervendrá el juez para determinar si debe haber restitución de lo recibido por el alimentante o no.

b) Dejar constancia si hay incumplimiento parcial del prestador de los alimentos, facultando al beneficiario a resolver el contrato. Este tendrá que comunicar en forma fehaciente a la parte incumplidora su voluntad de resolverlo.

c) Celebrar el contrato ante un notario para jerarquizarlo y brindarle seguridad y asesoramiento al adulto mayor, que será el beneficiario necesario. En la Argentina no existe una regulación específica para este tipo de contratos; por lo tanto, se regirán por los principios generales del derecho, en particular por el principio de autonomía de la voluntad.

Cuando el adulto mayor tiene familia, el artículo 537 del Código Civil y Comercial establece el deber de alimentos a los ascendientes y descendientes, preferentemente, los más próximos en grado, o a los hermanos bilaterales y unilaterales (aquellos que son hijos de ambos padres o de uno solo, respectivamente). Si la persona que debe recibir alimentos tiene más de un hijo, y los hijos se encuentran en condiciones económicas distintas, el obligado al pago será el que se encuentre mejor económicamente. Si los hijos se hallan en condiciones similares, la contribución será en partes iguales, aunque el juez puede fijar cuotas diferentes.

Este deber de alimentos está previsto como una respuesta de naturaleza asistencial ante las contingencias que pueden afectar a uno de los miembros de la familia que le impidan transitoria o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar su

subsistencia.

Los alimentos deben peticionarse. En este caso, la petición de alimentos es el derecho que tienen los adultos mayores para solicitar la contribución económica a sus descendientes o hermanos con el fin de cubrir necesidades básicas. Deben demandarlos judicialmente para que el o los deudores alimentarios aporten los recursos necesarios que les permitan llevar una vida digna. La petición no solo se refiere a los alimentos propiamente dichos, sino a vivienda, salud y todos los gastos que demande la subsistencia.

El artículo 2281, inciso e) del Código Civil y Comercial determina quiénes son indignos de suceder: “... los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos...”. Así lo ilustra el siguiente fallo:

El juicio por alimentos tiene por objeto cubrir las necesidades más inmediatas, por ello debe ser rápido y no puede ser obstaculizado por ningún otro proceso. Una vez presentada la demanda, tramita en un proceso breve con el fin de que el juez fije el monto de la pensión alimentaria, aunque este también puede ser acordado entre las partes. El *quantum* varía en cada caso, y debe tenerse en cuenta las necesidades del alimentado y el nivel socioeconómico y de ingresos del alimentante [...]. La obligación alimentaria tiene consecuencias en la materia sucesoria atento que los beneficios de índole alimentaria están excluidos de la colación (Código Civil y Comercial, artículo 2392) y el hecho de no suministrar los “alimentos debidos” es una causal de indignidad.⁶⁸

⁶⁸ Zannoni, E. (2006). Derecho civil. Derecho de familia. Astrea, tomo 1, pág. 217.

Explican Dabove y Di Tullio Budassi:

Los nuevos patrones económicos de producción y la crisis del estado de bienestar [...] señalan la presencia de un nuevo escenario familiar: el multigeneracionismo, en el marco de una sociedad consumista. En esta nueva realidad, dos modelos de responsabilidad jurídica familiar en la vejez parecen abrirse camino. De un lado, el modelo líquido y residual, propio de las sociedades insertas en el proceso de globalización/marginación. De otro, el modelo comunitarista o incluyente, que tiene otra perspectiva de responsabilidad familiar en la vejez y que pretende el desarrollo de sociedades y familias incluyentes; sociedades y familias para todas las edades. El modelo líquido da cuenta de un mundo actual que parece organizarse sobre la base de vínculos sociales y familiares cambiantes, desestructurados, livianos y poco comprometidos entre sí.⁶⁹

El modelo comunitario aboga por la participación de los Estados a través del diseño y la ejecución de políticas públicas igualitaristas, caminos de acción comunitaria que desarrollen el sentido de pertenencia de los ancianos al grupo familiar y social, que sostengan actitudes de no discriminación como de inclusión participativa de los mayores y sus parientes.⁷⁰

Según el artículo 541 del Código Civil y Comercial, “la prestación alimentaria comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y la atención de las enfermedades, correspondientes a la condición del que las recibe, en la medida de sus

⁶⁹ La Ley Next on line – TR La Ley AR/doc/107/2025. Con nota de Susana Mastromauro.

⁷⁰ Conf. Dabove, M. I. y Di Tullio Budassi, R. (2011). Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en los geriátricos. Nuevos escenarios de responsabilidad jurídica familiar en la vejez. JA 2011.III, fascículo n.º 13, sept. 28/2011.

necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante...”. Esta enumeración legal no es exegética. Los costos de vivienda en residencias de larga estadía o el mantenimiento de las casas son necesidades fundamentales de los adultos mayores que deberán tenerse en cuenta al momento de fijar el contenido de las cuotas alimentarias, de modo de preservar su autonomía, su libertad y su independencia.

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Ley 27360 en 2022, impone a los Estados la obligación de adecuar su sistema jurídico a las necesidades de este grupo etario y los insta a adoptar medidas para promover su protección jurídica y asegurarle una vida digna. La consecución de estos objetivos requiere el sostenimiento de una sociedad plural, de una familia incluyente y de un Estado humanista, respetuosos de la individualidad de cada adulto mayor, de la igualdad de la condición humana y de la vida comunitaria.⁷¹

Este derecho de cuidado está sin dudas relacionado con una oferta de servicios que sirva de apoyatura a la familia por parte de los Estados y otros representantes de la sociedad.⁷² Estos últimos cobran relevancia en aquellos casos donde la familia no puede cumplir con esta obligación.

El Estado actuará a través de políticas públicas y programas sociales, como entrega de subsidios o pensiones no contributivas, programas de ayuda económica para quienes estén en situación de pobreza o vulnerabilidad, y distribución de alimentos en comedores comunitarios y en centros de salud. Además, es deber del Estado el dictado

⁷¹ Daniels, Norman, “Am I my Parents Keeper?”, cit., ps. 37 y ss. citado por Dabove, M. I. en Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en la vejez: nuevas construcciones jurídicas para la libertad y la dignidad TR LA LEY AP/DOC/2396/2012.

⁷² Morello, M. S., Alimentos del adulto mayor, en *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos*, Rubinzal-Culzoni, S, 2015, pág. 374.

de leyes que garanticen el derecho a la alimentación, así como la creación de mecanismos legales para que la justicia exija el cumplimiento de las peticiones alimentarias en forma inmediata. También debe ser proveedor de albergues y centros de atención integral.

Por su parte, las instituciones intermedias, organizaciones no gubernamentales, iglesias y entidades de beneficencia asisten directamente a este grupo vulnerable, distribuyendo alimentos y vestimentas, y en algunos casos proveen albergues temporarios y comedores.

Donación

El concepto de donación surge del artículo 1542 del Código Civil y Comercial: es el contrato “por el cual una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y esta la acepta”. La aceptación puede ser expresa o tácita. En caso de aceptación de inmuebles se requiere cumplir la formalidad de la escritura pública y debe hacerse en vida del donante y el donatario.

Quienes tengan capacidad restringida no pueden donar, pero tienen la posibilidad de contar con los apoyos necesarios designados por el juez, quienes asisten a los donantes en sus tomas de decisión.

El donante no puede donar la totalidad de sus bienes, o una parte alícuota del patrimonio, excepto que se reserve el usufructo o cuente con medios suficientes para la subsistencia.

La regla que prohíbe la donación de todo el patrimonio o de una parte sustancial, que en el primer párrafo aparece como absoluta, en el segundo se relativiza pues se establecen dos excepciones: que el donante se reserve el usufructo o que cuente con

medios móviles para su subsistencia.⁷³

En el artículo 645, el Código Civil y Comercial prevé la obligación alimentaria por parte del donatario cuando el donante carezca de medios de subsistencia, siempre que el donante la reclame. Si no lo hiciera, no la podrá reclamar retroactivamente.

En este sentido, la Sala G de la Cámara Nacional en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia, apelada por el vencido:

La revocación de la donación por ingratitud es procedente, ya que el donatario se negó a prestar alimentos al donante, siendo su actitud doblemente reprochable por ser su hijo. El juez, luego de comprobar que el donatario se negó a prestar alimentos al donante, hizo lugar a la demanda de revocación de donación por ingratitud.⁷⁴

Esta obligación alimentaria es subsidiaria de la que corresponde a los familiares.

Si la carga alimentaria es económicamente pesada para el donatario o este no quiere ocuparse del donante tiene la posibilidad de restituir la cosa donada; si esta fuera fungible puede restituir otra de la misma especie y calidad, eximiéndose de la obligación alimentaria. Es imprescindible que la sustitución del bien tenga las mismas características para cumplir con su función y cubra las necesidades específicas. Por ejemplo, si el donante donó una obra valiosa de un pintor reconocido, el donatario no puede restituir una realizada por un ignoto.

La donación puede ser revocada en casos de ingratitud (Código Civil y Comercial, artículo 1571). El 9 de mayo de 2017, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil así lo determinó:

La conducta del donatario, quien amenazó a sus tías con ser despojadas del

⁷³ Leiva Fernández, Luis (2017). "Tratado de los contratos", La Ley, Buenos Aires, 2017, t. IV Parte Especial, p. 323 y ss.

⁷⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G - 18/06/2019 - RCCyC 2019 (diciembre), 203 La Ley AR/JUR/20037/2019. G., J. R. c. G., P. W. s/ revocación de donaciones.

inmueble que le habían donado luego de ser parte activa de su crianza, constituye una injuria grave que da lugar a la revocación de la donación por ingratitud, máxime cuando aquellas son personas de tercera edad que contarían como único medio de subsistencia el cobro de sus jubilaciones. Se confirmó una sentencia que hizo lugar a la revocación de la donación de un inmueble con fundamento en la causal de ingratitud del donatario.⁷⁵

El donante solo podrá exigir el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar a los terceros. Nuestras leyes protegen a los adquirentes de buena fe que compren bienes sin el conocimiento de que exista un posible reclamo. Una vez transferidos los bienes no será posible revertir la operación, excepto que hubiera fraude o mala fe por parte del tercero.

Imaginemos la situación siguiente. Le dono una casa a mi hija con la condición de que instale su consultorio, pero no dejamos constancia de esa condición. Ella vende la casa. No puedo reclamarle nada al comprador, que compró de buena fe, pero sí puedo reclamarle a mi hija el valor del inmueble vendido.

Donación remuneratoria

De acuerdo con el artículo 1561 del Código Civil y Comercial, la donación remuneratoria es aquella que se realiza en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, apreciable en dinero. Si el valor de lo donado excede el del servicio que se remunera, la gratuidad se considerará sobre el excedente.

Para Borda, debe ser a) aceptada por el donatario y b) equitativa de los servicios prestados:

⁷⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C - 09/05/2017 - La Ley Next Online - TR LALEY AR/JUR/37482/2017 G., M. C. B. y otro c. G., J. R. s/ revocación de donaciones.

a) La aceptación de la donación remuneratoria equivale a la aceptación del pago de los servicios [...], en consecuencia, el donatario no podrá en adelante cobrarlos judicialmente. Es lógico que así sea, porque el donante ha entendido pagar, solo que lo ha hecho con generosidad, pagando más de lo que debía. Por el contrario, la simple donación (hecha sin intención remuneratoria) no priva a quien prestó el servicio del derecho a reclamar su pago. [...]

b) En la medida en que importa una remuneración equitativa de los servicios prestados, se reputa un acto oneroso [...]. En consecuencia, está sujeta a la acción por evicción y por vicios redhibitorios [...] y no puede ser reducida por inoficiosidad [...] ni da lugar a colación, ni puede ser revocada [...]. En cambio, en cuanto excede de la justa retribución, está sujeta al régimen legal de las donaciones simples.⁷⁶

Debe haber una relación de servicio entre donante y donatario, y quien invoca un hecho debe poder probarlo. Así lo demuestra la sentencia de la Sala II de la Excelentísima Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora:

La demandante promueve demanda por restitución de un televisor color. Manifiesta haberlo adquirido en junio de 1981 y que en el año 1982 efectuó un viaje a Italia, a raíz de lo cual se lo prestó al accionado para que lo usara. Al retornar, le exige su devolución, negándose el demandado a restituirlo, alegando este último la existencia de una donación, que al decir de la demandante no existió. El Juzgado de Primera Instancia que intervino fundamentó que dicha entrega es una especie “de donación de tipo remuneratoria”, acreditada debidamente en autos [...] puede verosímilmente encajar la entrega del bien como liberalidad en recompensa por los servicios prestados.

La Cámara confirma el fallo recurrido con esta argumentación:

Acreditada la donación remuneratoria, probada por el donatario que:

a) el esposo de la demandante le otorgara Poder Judicial al donatario –demandado–; b) la relación de amistad que existía entre los matrimonios de ambas partes; c) la concreta atención profesional, encomendada al accionado 'el donatario' de diversos asuntos

⁷⁶ Leiva Fernández, L. (2017) “Tratado de los contratos”. La Ley. t. IV Parte Especial, pág. 355 y 357.

extrajudiciales, concernientes al patrimonio de la demandante, que este se encargó de cumplir; d) no probó la demandante que le abonaron honorarios al letrado; e) el pago de las dos últimas cuotas del televisor realizados por el donatario; f) la entrega al donatario de la documentación del televisor, acreditativa de su compra, entre ellas la garantía y el carnet de pago; g) además de quedar demostrado la entrega o tradición voluntaria de la cosa y su posesión en cabeza del donatario.⁷⁷

Donación con cargo

El artículo 1562 del Código Civil y Comercial dispone que la donación con cargo es aquella donde se impone una obligación accesorio, generalmente relativa al empleo o destino de la cosa, o alguna otra en beneficio del mismo donante (actúa como condición resolutoria), o de un tercero (estipulación a favor de un tercero). En muchos casos permite mantener control sobre el uso o el destino del bien.

El incumplimiento de la obligación accesorio hace caer la donación, pero la sanción prevista para el caso de incumplimiento del cargo no es su ineficacia automática, sino la posibilidad de revocarla.⁷⁸ La facultad de resolver no emerge de una condición implícita, sino de la facultad que la ley otorga al donante y sus herederos para revocarla en caso de incumplimiento, dada la obligación accesorio que supone el cargo.

Las donaciones remuneratorias y con cargo tienen carácter oneroso, y en la medida de la onerosidad se deberán resarcir al donatario los gastos en que haya incurrido por causa de la donación. Si no se cumple la condición, el donatario puede recurrir a la justicia. Los donatarios no tienen la obligación alimentaria.

Donación con reserva de usufructo

⁷⁷ Borda, Guillermo A. (1999). *Tratado de derecho civil argentino, contratos*, t. II, p. 330, núm. 1573, 3ª ed., Perrot.

⁷⁸ Cámara Civil y Comercial, Sala II, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, AGRdeR c/D.L.s/ restitución de cosa. La Ley 1988-D, pág. 203.

Usufructo es el derecho real que tiene quien lo detenta para usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar la sustancia (la materia, la forma o el destino).

Hay una relación directa con la cosa que es inherente al derecho real. El usufructo puede ser oneroso o gratuito; si hay dudas, prima la onerosidad.

El donante conserva el derecho de uso y goce del bien, y es el donatario quien recibe la nuda propiedad (solo título: propiedad desnuda de posesión), desmembrando el dominio en forma temporaria, sujeta a un determinado período, establecido contractualmente, o a la vida del usufructuario, si fuera vitalicio.

El usufructo puede constituirse por contrato, testamento, ley o usucapión, y si es sobre inmuebles requiere la forma de escritura pública. Los legitimados para su constitución son el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que recae, según el artículo 2131 del Código Civil y Comercial. La tradición, cuando se trata de adquisiciones derivadas por actos entre vivos, es requisito ineludible para la integración del derecho real de usufructo.⁷⁹

El nudo propietario podrá transmitir la nuda propiedad y constituir otros derechos reales sobre la cosa –por ejemplo, una hipoteca–, los que quedarán postergados por el derecho preferente del usufructuario.

El usufructuario tiene la facultad de constituir derechos reales de servidumbre, anticresis, uso y habitación, y derechos personales de uso y goce, pero sigue siendo el

⁷⁹ Gramunt Fombena, M. (2004). Reflexiones en torno a la revocación de la donación. Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, tomo I, pág. 2213. Citado por Freytes, A. (2023). Extensión modal en la donación - SJA 23/02/2024, 1 - TR La Ley AR/DOC/3010/2023 En ese sentido el Concejo Deliberante de la ciudad de Río Tercero, provincia de Córdoba, por Ordenanza 4552/2022 dona al Club Vecinos Unidos, Social y Deportivo un predio de su propiedad con el cargo perpetuo de destinar exclusivamente el inmueble para actividades deportivas y sociales de la institución y lo declara intransferible a favor de terceros por cualquier título, pudiendo la Municipalidad revocar la donación de pleno derecho en caso de incumplimiento.

responsable frente al nudo propietario. Puede percibir los frutos y los acrecimientos naturales de la cosa (Código Civil y Comercial, artículo 2141) y efectuar mejoras. Si no las realiza no es reprochable que las practique el nudo propietario. Esta práctica es muy común entre padres —adultos mayores— e hijos; estos últimos son los que se ocupan de mantener habitable la casa en la que viven los progenitores, así como de pagar impuestos, tasas, contribuciones y expensas, ya que las jubilaciones y pensiones son magras.

Dando a los padres la posibilidad de donar la nuda propiedad reservándose el usufructo gratuito y vitalicio se logra un doble fin: por un lado, evitar a los hijos la transmisión de los bienes *mortis causa*, ya que la transferencia se realiza en vida del propietario; por el otro, asegurarle el uso y goce del bien durante lo que le reste de vida.⁸⁰

La donación de nuda propiedad se puede revocar si media justa causa, tal como ejemplifica la sentencia de Cámara:⁸¹

La donación se hizo con reserva de usufructo a favor de la donataria y de su esposo, siendo por demás evidente que los usufructuarios necesitaban recibir los frutos de los predios rurales para su subsistencia, pues ya eran personas de avanzada edad al momento de formalizarse la escritura de donación y sin que ningún elemento de la causa indique que tuvieran algún otro bien del que pudieran extraer rentas para sufragar sus gastos. Esa situación de necesidad fue la que el donatario no atendió, al no haber rendido oportunas y debidas cuentas de los ingresos provenientes de la explotación agropecuaria que él administraba. De este modo generó un sentimiento de angustia y desazón en la donante, por esa actitud de clara ingratitud por parte de su hijo, que le provocó un desequilibrio económico al verse privada de ingresos necesarios para su subsistencia.

⁸⁰ Alterini, Ignacio E. (2020). El derecho real de usufructo como sucedáneo del derecho personal del locatario. RCCyC 2020 (diciembre), 27 - TR La Ley AR/DOC/3714/2020.

⁸¹ Capparelli, J. (2011). Donación de nuda propiedad de un inmueble ganancial a terceros con reserva de usufructo a favor del cónyuge. *Revista del Notariado* 791, 1347 - TR La Ley AR/DOC/6161/2011.

En la Argentina, las donaciones son instrumentos muy solicitadas por los adultos mayores. Brindan la posibilidad de que los inmuebles permanezcan en el seno familiar y que los adultos mayores puedan continuar viviendo en ellos o alquilarlos, de modo que los alquileres colaboren con sus gastos.

Afectación a vivienda

El Código Civil y Comercial consagra la afectación a vivienda en el Libro I, Título III, Capítulo 3, artículos 244 al 256. Consagrando la inejecutabilidad del bien a través de su afectación e inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble se protege la vivienda urbana o rural, en su totalidad o en un porcentaje de su valor. Constituyen la afectación el o los titulares del inmueble por acto entre vivos, disposición de última voluntad o por decisión judicial en la resolución de atribución de la vivienda (Código Civil y Comercial, artículo 245). Pueden ser beneficiarios de esta medida el titular que vive solo y también los convivientes, ampliándose así el espectro de los legitimados para solicitarla. Para la afectación y para que subsistan los efectos es requisito que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble (Código Civil y Comercial, artículo 247).

En el artículo 248 del Código Civil y Comercial está prevista la subrogación real, es decir, la sustitución del inmueble afectado y de los importes que lo sustituyen cuando se transmite, trasladando la protección al nuevo inmueble adquirido. Se impide así que la nueva vivienda sea susceptible de ejecución por deudas posteriores a su afectación precedente.⁸²

⁸² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV del 10/08/2011 - LLLitoral 2011 (octubre), 1045 - TR LALEY AR/JUR/44866/2011 B., J. F. A. c. B., G. F. s/ revocación de donación. LLLitoral 2011 (octubre), 1045 - TR LALEY AR/JUR/44866/2011 B., J. F. A. c. B., G. F. s/revocación de donación.

Derecho de habitación

El derecho real de habitación fue pensado por el legislador como una forma de proteger al cónyuge supérstite de la pérdida del inmueble que habitaba con su pareja ante los requerimientos de los demás herederos. Consiste en la atribución preferente del inmueble, juntamente con sus muebles, que fue vivienda del cónyuge supérstite o heredero al tiempo de la muerte, por un plazo de dos años. Si el cónyuge supérstite es un adulto mayor, es fundamental que pueda seguir habitando ese inmueble y llevar una vida digna. Entendiendo la necesidad y la protección que necesitaba la exconviviente de un causante, titular de la vivienda donde habitaban, y dado el tiempo transcurrido desde su fallecimiento, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe...

[...] terminó por conceder en los hechos unos cuatro años excediendo con creces el máximo de dos años que prevé el art. 527 del CCCN. De tal modo, alteró significativamente la solución excepcional que dispuso el legislador nacional intentando contemplar las dificultades que puede padecer el conviviente que, ante el fallecimiento de su pareja, titular de la vivienda, se vería compelido a desocuparla de inmediato al carecer de derecho alguno que le permita continuar allí. Aunque no prevista en la norma, esta concesión excepcional, aparece como necesaria para el resguardo elemental del derecho humano a la vivienda de la incidentista.⁸³

Cohousing, vivienda social o colaborativa

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en la Argentina por la Ley 27360, en el artículo 24 regula el

⁸³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III - 10/09/2020 - RDF 2021-III, 187,TR La Ley AR/JUR/81648/2020.

derecho al acceso a la vivienda.

El cohousing (vivienda social, colaborativa, comunitaria u otros nombres según el país) es un sistema de vivienda que se establece cuando un grupo de personas –adultos mayores – elige vivir formando una comunidad intencional para mejorar su calidad de vida y disminuir su vulnerabilidad. Cada integrante cuenta con su casa propia y comparte espacios comunes con los otros miembros del grupo. Este proyecto nació en Dinamarca en la década de 1970 y fue adoptado como concepto de vivienda en muchos países. Hoy es defendido por los especialistas en salud como una de las formas más importantes de promover la salud mental de las personas mayores, ya que permite que estén acompañadas por sus pares. Se evita así la soledad, que perjudica el bienestar emocional e incrementa la aparición de enfermedades mentales.

En la Argentina, por resolución 2021-16-APN-MDTYH, el Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat de la Nación creó el Programa Nacional de Construcción de Viviendas denominado “Programa casa propia. Construir futuro”. Su objetivo era la promoción y el financiamiento, en forma conjunta entre gobiernos provinciales y municipales, de proyectos de construcción de complejos habitacionales, equipamiento de espacios comunes y centros de día para personas mayores de 60 años. Las unidades de vivienda estarían destinadas a una o dos personas y en los espacios comunes se desarrollarían actividades de recreación, deportivas y educativas.

Este plan de viviendas colaborativas, llamado Casa Propia-Casa Activa, fue un proyecto pionero en Latinoamérica. El plan puso el foco en aquellos adultos que, si bien transitan una etapa en que la necesitan algunos cuidados, continúan realizando actividades, y se propone estimular su vida social.

Esta política habitacional tuvo como objetivo principal potenciar el desarrollo humano

desde una mirada solidaria, colaborativa e innovadora. El proyecto preveía que las personas mayores que se encontraran en condición de vulnerabilidad tuvieran prioridad para el goce del derecho de una vivienda digna, con un vínculo contractual de comodato que les brindara seguridad jurídica y el efectivo goce. Los gastos que debía afrontar la persona mayor debían hallarse siempre en relación con sus ingresos.

En esta misma línea, uno de los proyectos más antiguos es el de la comunidad judía, Asociación Mutual Vidalinda, en la Ciudad de Buenos Aires, con seguridad y asistencia inmediata las 24 horas.

En un sistema de cohousing viven adultos mayores que aún pueden realizar sus tareas diarias, pero prefieren este modo de vida antes que vivir solos, en la casa de sus hijos o en un geriátrico— donde conviven personas que necesitan una constante atención médica con otras que no lo precisan tanto—.

Todas estas ideas y proyectos surgen en un contexto marcado por el envejecimiento de la población. Se estima que en 2050 los adultos mayores representarán el 22% de la población mundial (en 2023 eran un 13%). América del Norte tiene una población mayor de 60 años de más del 20%. Asia tiene una proporción menor en términos porcentuales, pero es la región con el mayor número absoluto de mayores debido a su enorme población. En cuanto a América Latina y el Caribe, las cifras rondan entre el 12 y el 14 %, pero se espera un rápido envejecimiento en las próximas décadas. Por su parte, África es la región con la menor cantidad de adultos mayores, entre el 5 y el 7%.

Investigaciones recientes demostraron que la soledad puede provocar cambios en el cerebro que favorezcan la aparición de enfermedades degenerativas, como el Parkinson y el Alzheimer. Además, la falta de interacción social puede afectar la memoria, la capacidad de atención y la flexibilidad cognitiva, y aumentar el riesgo de depresión,

ansiedad y estrés crónico.

El cohousing se plantea como una alternativa para que las personas se relacionen, intercambien conocimientos, recursos humanos y económicos, y unan sus esfuerzos. Lo ideal es que cada grupo formado se asesore para conformar un equipo, determinar las normas de convivencia y evaluar las capacidades financieras de los compradores o inquilinos.

Lamentablemente, esta solución no comprende a la mayoría de los adultos mayores, que viven de jubilaciones magras con las que no logran cubrir los gastos de sostén. Aquellos que no tienen familia deben vivir de la solidaridad del Estado, de vecinos o de amigos.

Hipoteca inversa

La hipoteca inversa consiste en el otorgamiento de préstamos de dinero por parte de entidades financieras a propietarios de inmuebles de edad avanzada, que garantizan el reintegro de la suma recibida con sus propiedades. El dinero se entrega en una sola oportunidad o a través de rentas periódicas, generalmente teniendo en cuenta el valor de la propiedad que sirve como garantía, y se devuelve en un plazo incierto, que puede coincidir con el fallecimiento del deudor, con el momento de la venta de la propiedad, o con la cancelación de ese préstamo por pago de la deuda. En el caso de que no sea cancelado de una sola vez, el crédito genera intereses. El notario es el encargado de la seguridad del instrumento y del asesoramiento a los adultos mayores.

Las hipotecas inversas fueron aceptadas y adoptadas en muchos países, pero con el paso del tiempo han dejado de ser solicitadas. Las razones son varias: a) tasas de interés muy altas, b) préstamos bajos, c) falta de incentivos impositivos, con comisiones altas, d) pensiones y jubilaciones suficientes para vivir sin mayores necesidades (Suecia), e) protección de los hijos, que prefieren pasar una cierta estrechez a exponer la vivienda,

f) falta de conocimiento de la herramienta e incomprensión de los aspectos financieros involucrados. En la Argentina este tipo de contrato no tuvo aceptación.

Renta potencial

En el Congreso Mundial sobre Apoyos y Cuidados de Personas Adultas y Mayores. De la curatela a la autonomía personal, celebrado en Buenos Aires del 27 al 30 de agosto de 2024, el escribano argentino Gabriel Clusellas expuso una propuesta de renta potencial. Clusellas afirmó que es el patrimonio del adulto mayor el que se utiliza como base para generar una renta que le permitirá seguir disfrutando de sus bienes y contar, además, con una renta adicional. Un actuario calculará esa renta teniendo en cuenta el valor del patrimonio y la expectativa de vida, y garantizará la deuda con un fideicomiso de garantía o con una hipoteca, de máximo o abierta.

El solicitante no debe devolver el importe total solicitado. Será una obligación de sus herederos cuando se produzca su fallecimiento. Este será el momento en el que el acreedor informará a los sucesores cuántas jubilaciones mínimas se solicitaron y cuánto dinero se deberán reintegrar: la suma comprenderá el capital solicitado más los intereses, calculados en jubilaciones mínimas (tasa positiva sobre un capital actualizado por inflación).

Si los herederos no pueden o no quieren hacerse cargo de la deuda, el acreedor procederá a vender el o los inmuebles que conforman el patrimonio del solicitante. Satisfecho el reintegro del préstamo, el remanente se entregará a los herederos.

El acreedor puede ser un banco, una institución financiera, la caja de previsión social de un consejo profesional o el Estado con un fondo de sustentabilidad del sistema jubilatorio, quienes, en lugar de invertir en acciones, bonos, fondos de inversión, bienes o plazos fijos, serán los inversores en especie de lo que reintegrarán, es decir en

jubilaciones mínimas que se irán capitalizando.

Con este sistema se beneficiarían:

- a) Las cajas profesionales, que se capitalizarían en la misma unidad de medida que deben pagar;
- b) los beneficiarios, quienes seguirán viviendo en sus casas, percibiendo alguna suma por renta si disponen de algún otro inmueble, y contarán con fondos para vivir mejor, sin estar obligados a su devolución mientras vivan;
- c) los herederos, porque no tendrán que disponer de recursos para asegurar la subsistencia de los padres, que podrán cubrir sus necesidades sin requerir ayuda;
- d) el Estado, porque habrá un incremento del consumo por parte de un sector olvidado sin que implique mayores erogaciones de su parte.

Aunque este contrato no está implementado en la Argentina es importante señalar que para hacerlo no es necesaria una ley específica, ya que permanece en la esfera de la autonomía de la voluntad. Dada la garantía que deberá implementarse, la figura del notario adquiere en esta estrategia una gran relevancia, no solo por la seguridad y el asesoramiento que pueda brindar, sino por su imparcialidad para cuidar al adulto mayor.

Conclusiones

Este trabajo ha profundizado en la intersección crítica entre la capacidad jurídica, los derechos de los adultos mayores y el rol fundamental del notariado en Argentina. Hemos explorado cómo el sistema legal reconoce la capacidad de ejercicio como la regla general, presumiéndola en todo individuo y reservando la restricción o declaración de incapacidad para intervenciones judiciales excepcionales, siempre basadas en evaluaciones interdisciplinarias que prioricen la voluntad y autonomía de la persona.

La Reafirmación de la Capacidad y la Autonomía del Adulto Mayor

Un pilar central de nuestra investigación es la irrefutable afirmación de que la edad avanzada o los deterioros asociados a la vejez no constituyen, por sí mismos, una causal para restringir la capacidad de los adultos mayores. Lejos de ser sujetos pasivos, los adultos mayores gozan de plena capacidad jurídica, y su autonomía debe ser salvaguardada y promovida activamente.

En este marco, el notario emerge como un garante esencial de los derechos de este colectivo. Su función trasciende la mera formalidad y su actuación implica un compromiso de escucha activa, asesoramiento claro y comprensible, junto con la interpretación fidedigna de la voluntad del requirente. La denegación de servicios notariales basada únicamente en la edad es una clara forma de discriminación que debe ser erradicada.

Herramientas de Planificación y Autoprotección:

Poderes Preventivos y Directivas Anticipadas

Hemos destacado la relevancia creciente de los instrumentos de planificación y autoprotección, como las Directivas Anticipadas y los Poderes Preventivos. Estos mecanismos permiten a las personas, en pleno uso de sus facultades, proyectar su voluntad hacia el futuro en previsión de una eventual pérdida de discernimiento.

Las Directivas Anticipadas en el ámbito de la salud, reguladas por la Ley 26.529 sobre los Derechos del paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, empoderan al individuo para consentir o rechazar tratamientos médicos futuros y designar a sus apoyos o curadores. A pesar de las limitaciones de la ley en cuanto a su alcance restringido a la salud, hemos evidenciado la viabilidad de los Poderes

Preventivos en Argentina como herramientas jurídicas útiles que permiten designar a un apoderado para que represente al poderdante en determinados actos ante una eventual pérdida del discernimiento o autonomía de quien lo otorga.

La formalidad de la escritura pública y la existencia de Registros de Actos de Autoprotección en los Colegios de Escribanos de cada jurisdicción aportan una vital seguridad jurídica a estos instrumentos. Sin embargo, la propuesta de un registro unificado y accesible se presenta como una mejora sustancial que simplificaría la tarea de profesionales y familiares, reforzando la eficacia de estas decisiones de autoprotección.

Desafíos Económicos y Soluciones Contractuales para el Adulto Mayor

El análisis de la vulnerabilidad económica que enfrentan los adultos mayores en Argentina, marcada por el deterioro de las jubilaciones, la inflación y la insuficiencia de los programas sociales, subraya la necesidad imperante de herramientas que mitiguen estas dificultades.

Hemos examinado diversas figuras contractuales que, aunque con distintos grados de aceptación o éxito en el contexto argentino, ofrecen soluciones:

- **Contratos con Reserva de Usufructo:** La donación con reserva de usufructo se destaca como la opción más popular, permitiendo al adulto mayor transferir la nuda propiedad pero conservando el uso y goce del inmueble, lo que puede asegurar su vivienda o generar ingresos por alquiler.
- **Otros Contratos:** como la renta vitalicia, la donación remuneratoria o con cargo, el derecho de habitación y el innovador concepto de cohousing ofrecen

alternativas para la administración patrimonial, la generación de ingresos y la mejora de la calidad de vida.

- Finalmente, se han abordado herramientas sin regulación específica en el país, como la Hipoteca Inversa, la Renta Potencial y el Contrato de Mantenimiento o Asistencia que evidencian la búsqueda de soluciones creativas para las necesidades económicas y de cuidado de este grupo etario.

Perspectivas y Futuro

La protección de los derechos de los adultos mayores es un mandato que emana directamente de nuestra Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ambas con jerarquía constitucional.

En este marco, los Poderes Preventivos son una herramienta invaluable para la planificación y la autonomía, permitiendo a los individuos asegurar que sus decisiones sean respetadas incluso frente a una futura pérdida de discernimiento o autonomía. No obstante, su implementación exitosa requiere un asesoramiento notarial exhaustivo, que no solo garantice la correcta redacción y validez del instrumento, sino que también promueva una elección informada de apoderados idóneos. La previsión de mecanismos de control, como la rendición de cuentas, puede añadir un valor agregado de seguridad. A diferencia de la figura del apoyo, la designación de un apoderado mediante el otorgamiento de un poder preventivo no requiere intervención judicial, lo que agiliza su aplicación. Propiciamos el poder preventivo duradero que se mantiene vigente incluso después de la incapacidad del otorgante, hasta incluso con vigencia post mortem a fin

de que el representante pueda finalizar todos los trámites, obligaciones o deseos que hayan quedado inconclusos.

Es necesario fortalecer este instituto, confiándolo a los notarios por la objetividad y calidad de sus instrumentos, evitando demoras innecesarias en situaciones críticas y colaborando con la justicia para reducir su trabajo al disponer medidas de protección judicial innecesarias.

En conclusión, este análisis subraya la importancia de continuar fortaleciendo el marco jurídico y las prácticas profesionales para garantizar la plena capacidad y autonomía de los adultos mayores, proveyéndolos de las herramientas necesarias para planificar su futuro y proteger sus derechos frente a los desafíos que devienen de la propia fragilidad que conlleva la vejez.

Bibliografía

1. ALTERINI, Ignacio E. (2020). El derecho real de usufructo como sucedáneo del derecho personal del locatario. RCCyC 2020 (diciembre), 27 - TR La Ley AR/DOC/3714/2020.
2. ALTERINI, Jorge H. (director general) y TOBIAS, José W. (director de tomo) Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 3.^a edición, tomo III, versión digital
3. AMAYA, Jorge A. Tratado de Control de constitucionalidad y convencionalidad. 4. Derechos y garantías. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2018,
4. BORDA, Guillermo A. (1999). *Tratado de derecho civil argentino, contratos*, t. II, p. 330, núm. 1573, 3^a ed., Perrot.
5. BRANDI TAIANA, Maritel M. (2015). El poder al servicio del derecho de autoprotección. *Revista del Notariado* 921.
6. CAPARELLI, J. (2011). Donación de nuda propiedad de un inmueble ganancial a terceros con reserva de usufructo a favor del cónyuge. *Revista del Notariado* 791, 1347 - TR La Ley AR/DOC/6161/2011.
7. CIFUENTES, S., Rivas Molina, A., Tiscornia, B. (1997). Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados, 2.^a edición. Hammurabi.
8. Cifuentes (h.), Santos E. Régimen general de la capacidad y el denominado living will. TR LALEY AR/DOC/3673/2005. Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2005 (noviembre), 1
9. DABOVE, M. I. y DI TULLIO BUDASSI, R. (2011). Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en los geriátricos. Nuevos escenarios de responsabilidad jurídica familiar en la vejez. JA 2011.III, fascículo n.º 13, sept. 28/2011.

10. DANIELS, Norman, "Am I my Parents Keeper?", cit., ps. 37 y ss.citado por Dabove, M. I. en Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en la vejez: nuevas construcciones jurídicas para la libertad y la dignidad TR LA LEY AP/DOC/2396/2012.
11. FAVIER DUBOIS, Eduardo y otros (2024). Contratos y negocios jurídicos para la nueva longevidad. Ad Hoc, 2024.
12. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Las personas mayores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Política y Sociedad ISSN-e: 1988-3129. <https://dx.doi.org/10.5209/poso.8507>
13. GRAMUNT FOMBENA, M. (2004). Reflexiones en torno a la revocación de la donación. Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, tomo I, pág. 2213. Citado por Freytes, A. (2023). Extensión modal en la donación - SJA 23/02/2024, 1 - TR La Ley AR/DOC/3010/2023
14. GELLI María Angélica (2012), La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad, Suplemento Especial: Identidad de género y muerte digna, *La ley*.
15. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Las directivas anticipadas en el derecho argentino. Revista Cubana de Derecho. VOL. 4, NO. 01, NÚMERO CENTENARIO, PP. 311-380, 2024
16. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (2024). Guía de buenas prácticas para el acceso a la justicia de las personas mayores.
17. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (s/f). Guía de buenas prácticas. Pautas para la comunicación y el trato dignos hacia las personas mayores.
18. <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10934-el-poder-preventivo-tras-la->

[ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad](#)

19. Juan Pablo II, A las participantes al Congreso internacional sobre la asistencia a los moribundos, 17 de marzo de 1992, en L'Osservatore Romano, Edición semanal en Lengua española 1992, pág. 180._
20. LANZON, Patricia (2017). *Directivas anticipadas*. Di Lalla.
21. LEIVA FERNANDEZ, Luis (2017). "Tratado de los contratos", La Ley, Buenos Aires, 2017, t. IV Parte Especial.
22. LLORENS, Luis R. y RAJMIL Alicia B. Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, CLUSELLAS, E. (dir.), (2015) t. 1
23. LLORENS, Luis R. y RAJMIL Alicia B. Las directivas anticipadas de salud en los actos de autoprotección. Requisitos de forma. Testigos. La ley 26.742. TR LALEY AR/DOC/5663/2012 Publicado en: DFyP 2013 (enero-febrero)
24. MORELLO, M. S., Alimentos del adulto mayor, en *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos*, Rubinzal-Culzoni, S, 2015.
25. PEZZANO, Laura (2006). *Directivas anticipadas. Una expresión de planificación anticipada del cuidado médico*. Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires. Vol. 26 N.º 4, diciembre 2006.
26. ROLDAN, Viviana. Poderes Preventivos. Revista del Notariado 945. 2024.
27. SAUX, Edgardo Ignacio y AZVALINSKY, Alejandro M. Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales utilidad y alternativa. TR LALEY AR/DOC/29831/2011
28. SOLARI Néstor La vivienda familiar - LA LEY 15/08/2019, 1 - TR LALEY AR/DOC/2436/2019.
29. TAIANA de BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R. (1997). Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Astrea.

30. TAIANA de BRANDI, Nelly A y BRANDI TAIANA, Maritel M. El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial. TR LALEY AP/DOC/906/2015
TR LALEY AR/DOC/5370/2015
31. TOBIAS, J., (1997) —Enfermedad mental y derecho privado||, La Ley, 1997-F, 1392
32. TOBIAS, J., (2009) Derecho de las personas. Buenos Aires: La Ley
33. TOBIAS, J. (2015) Código Civil y Comercial Comentado. ALTERINI, J. Dir. Tratado exegético. (T.I) Buenos Aires: La Ley
34. VEGA GUTIERREZ, Javier. Eutanasia. Concepto, tipos, aspectos éticos y jurídicos. Actitudes del personal sanitario ante el enfermo en situación terminal. https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/eutanasia/EUTANASIA_2000.pdf
35. VIAR, Ludmila A. Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna” Documento Inédito. Cátedra: Bioderecho Facultad de Derecho Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina.
36. ZANNONI, E. (2006). Derecho civil. Derecho de familia. Astrea, tomo 1.
37. https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/eutanasia/EUTANASIA_2000.pdf
38. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2720/1/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>
39. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G - 18/06/2019 - RCCyC 2019 (diciembre), 203 La Ley AR/JUR/20037/2019. G., J. R. c. G., P. W. s/ revocación de donaciones
40. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I - 12/11/2024 - JAGCuyo 2025 (febrero), 7 con nota de Mariana B. Iglesias - TR LALEY AR/JUR/176102/2024.

41. LA LEY NEXT Online - TR LA LEY AR/DOC/107/2025. Con nota de Matromauro

Susana, consultado en marzo 2/2

42. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala III - 10/09/2020

- RDF 2021-III, 187 ,TR LALEY AR/JUR/81648/2020