

Las personas con discapacidad, la ley y las convenciones internacionales

Su compatibilidad*

Susana M. Bonanno y Águeda L. Crespo

Dedicado a 650.000.000 de personas, la minoría más numerosa del mundo.

Sumario: 1. Introducción. 2. Pautas generales a tener en cuenta para ir modificando nuestras conductas hacia un régimen abierto hacia la discapacidad. 3. Principios internacionales. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Los tratados, declaraciones y principios internacionales han ido modificando las reglas generales en la materia. Los tratados internacionales a los que adhiere nuestro país deben cumplirse por incorporación constitucional y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente desde 1980.

Hay ciertos derechos que trascienden el ámbito nacional: ya no se aplican solamente en una jurisdicción sino que se han internacionalizado, siendo necesario adecuar el marco normativo de cada país a fin de integrar las normas internacionales con las nacionales, para que no haya conflictos legislativos. Aun ante vacíos legales, los notarios debemos aplicar los derechos concretos en el ejercicio diario de la profesión. Para ello, debemos conocer qué dicen los tratados y actuar en consecuencia.

La Constitución de la Nación Argentina que rige actualmente en nuestra república fue aprobada inicialmente por una asamblea constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe, en el año 1853, y reformada luego siete veces; la última modificación tuvo lugar en el año 1994. El texto constitucional consta de un preámbulo y de dos partes normativas:

* Una versión de este trabajo ha sido presentada en la XV Jornada Notarial Iberoamericana (Madrid, 28-31 mayo de 2012).

- Primera parte: Declaraciones, derechos y garantías (arts. 1-43).
- Segunda parte: Autoridades de la Nación (arts. 44-129).

Nuestra Constitución es la ley suprema de la Nación; pero también tienen rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, los siguientes tratados internacionales:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (agregada en 1997).
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (agregada en 2003).
- Convención sobre Personas con Discapacidad (aprobada por la Asamblea de la ONU el 13/12/2006, con entrada en vigor el 3/5/2008 y ratificada por la República Argentina el 9/6/2008, mediante la Ley 26.378).

En nuestro sistema normativo, el artículo 1197 del Código Civil establece la regla general para las relaciones particulares: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Es decir que la voluntad de las partes emitida libremente está planteada como un poder casi ilimitado; este artículo adhiere a la teoría de la autonomía de la voluntad, pero sucede que, cuando

una de esas partes tiene capacidades diferentes, ¿cómo conciliamos el texto vigente de nuestro Código, en lo atinente a la capacidad y su representación, con las normas internacionales que tienen jerarquía constitucional?

2. Capacidad

Nuestro régimen actual considera que la capacidad es un atributo de la persona física, tanto como el nombre, el domicilio, el estado y el patrimonio; los caracteres comunes son: a) su necesidad, b) la unidad, c) la inalienabilidad y d) la imprescriptibilidad.

La capacidad hace a la esencia de la personalidad, y sus caracteres típicos son:

- 1) La susceptibilidad de grados: se la puede tener en mayor o menor medida. Hay un trato diferencial de la capacidad de cada cual.
- 2) Es un principio general. Según el artículo 52 del Código Civil, se reputan capaces “todos los que en este Código no están expresamente declarados *incapaces*”.
- 3) Las incapacidades emanan siempre de ley y son de interpretación estricta. Al ser regulaciones de orden público, las partes no pueden dejarlas de lado voluntariamente.

No estamos proponiendo que la intervención notarial en los actos en los cuales estén involucradas personas con discapacidad desconozca su estado, sino tener una nueva mirada con respecto a la verdadera voluntad del incapaz.

Para Llambías, “la capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas”;¹ y cita a Orgaz, quien la define como la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y deberes. Esta es la capacidad de derecho, de goce o jurídica, que siempre es una cuestión de grado. La capacidad de hecho, de obrar o de ejercicio es la aptitud de las personas para actuar por sí mismas en la vida civil.

La incapacidad de derecho afecta a determinadas personas y se instituye sobre todo por cuestiones éticas que pudieran perjudicar al incapaz. No puede ser suplida. Si el acto se llevara a cabo, se lo sancionaría con la nulidad absoluta. Se rige por la ley

1. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo 1, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 371.

del territorio. Son prohibiciones legales para realizar determinados actos.

La incapacidad de hecho se manifiesta en una insuficiencia del sujeto que no puede ejercer plenamente sus derechos y a quien se quiere proteger. Las normas relativas al incapaz son rígidas para asegurar las relaciones jurídicas, para no perjudicar a ninguna de las partes, y, por ello, se suple su voluntad por medio de la institución de un representante. Si el incapaz llevara a cabo un acto jurídico, se impondría una nulidad relativa que solo podría ser accionada por él (o quien protege sus intereses). Se sujeta a la ley del domicilio de la persona.

Puede distinguirse la incapacidad de hecho absoluta de la relativa. La primera no admite excepciones. Son incapaces de hecho absolutos (art. 54, C. C.): 1) las personas por nacer, 2) los menores impúberes, 3) los dementes, 4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. En nuestro sistema jurídico tradicional ninguno de ellos puede ejercer derechos por sí mismos. Los incapaces de hecho, si bien no pueden por sí mismos ejercer sus derechos y asumir obligaciones, pueden hacerlo por medio de los representantes necesarios que les da la ley (art. 56, C. C.). Si así no fuere posible, ello equivaldría a consagrar, de un modo indirecto, su incapacidad de derecho o de titularidad.²

La clasificación rígida de incapacidad de hecho ha sido criticada por el doctor Borda, quien ha dicho que “es falsa y carece de todo significado en nuestro derecho”.³ Coincidimos en que todos los incapaces realizan diariamente pequeños contratos: utilizan medios de transporte públicos, adquieren entradas para espectáculos, compran mercaderías. Son contratos válidos impuestos por las necesidades cotidianas. Para estos actos no son incapaces y las relaciones jurídicas mantienen su eficacia.

Hay además en nuestro sistema normativo un régimen de semicapacidad, que cubre las deficiencias psíquicas que padecen personas que son sanas físicamente y podríamos llamarlas *médicamente normales*, tales como los ebrios habituales, drogadictos, disminuidos mentales y pródigos. Son personas capaces que no pueden efectuar válidamente algunos actos. Estos controles se hacen para amparar la familia de los deficientes y viciosos.

Los llamados *inhabilitados* están controlados por otra persona, solo en los casos en los cuales su intervención pudiera afectarlos a ellos personalmente o a su patrimonio. Para esos actos se requiere la conformidad del organismo de contralor

2. Informe de las Naciones Unidas sobre discapacidad, 2007.

3. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1996.

(juez, curador, consejero). Si el inhabilitado otorga un acto prohibido sin la conformidad del curador, el acto será nulo, de nulidad relativa.

El mayor problema es delimitar cuáles son las personas enfermas y las sanas mentalmente. Hay algunas que no pueden ser tratadas como insanas. Pero muchas veces se internan en instituciones psiquiátricas personas a quienes no se las ha escuchado y quienes, en ocasiones, no deberían estar recluidas.

La institución de la incapacidad se completa con: a) una representación adecuada para suplir la incapacidad, para sustituir al incapaz y realizar los actos que él no puede; así, se designa una persona y/o un organismo especial dedicado a la protección de incapaces; b) la asistencia: el incapaz no es sustituido por otro sino que actúa conjuntamente con otro para desempeñar el acto; son necesarias dos voluntades, la del discapacitado y la de su asistente.

3. Convención sobre la Discapacidad

Dada la situación de desamparo jurídico de las personas con discapacidad, era imperioso que surgiera una norma universal jurídicamente vinculante (como es un tratado o una convención) para tutelar los derechos de las personas con discapacidad en los distintos países firmantes. Recordemos que, antes del dictado de las normas internacionales que protegen a los niños (Convención sobre los Derechos del Niño) y a las mujeres (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), ambos eran considerados como personas *invisibles* dentro de los tratados de derechos humanos internacionales, quedando solo los discapacitados como *las nuevas personas invisibles* hasta el dictado de esta convención.

Era necesario acoger en la legislación local esta nueva mirada sobre el tema y crear un documento jurídicamente vinculante; y es así como la Ley 26.378 aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

La citada Convención, en su artículo 12, dice:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

4. Normas que originan las modificaciones de nuestro Código

Como ya expresamos, esta Convención postula un cambio de paradigma, una concepción y trato distintos respecto de las personas con discapacidad, dotándolas de plena capacidad jurídica para obrar.

Si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es clara al respecto, no actúa en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico. Por tal razón, consideramos necesaria una reforma del Código Civil argentino en ese sentido.

Los notarios, como profesionales de derecho en ejercicio de una función pública y profesionales de *proximidad* para la sociedad, y como defensores a ultranza de los derechos de la persona humana, debemos garantizar con nuestro accionar los derechos de los más vulnerables, cuya verdadera voluntad muchas veces no es tenida en cuenta. Debemos poner especial cuidado para que comprendan el alcance del acto que van a realizar, con sus consecuencias inmediatas y mediatas. Es necesario un asesoramiento cabal e integral y un acompañamiento en la toma de decisiones, con la utilización de todas las herramientas a nuestro alcance. Por ejemplo, deberá modificarse, entre otros, el artículo 54 del Código Civil, que enumera con rigidez los incapaces absolutos de hecho. Conforme al Código Civil, las personas con discapacidad intelectual, declaradas *incapaces*, no tienen aptitud para ejercer plenamente sus derechos, razón por la cual los jueces nombran un *curador*, quien sustituye la voluntad de la persona.

Con la sanción de la Ley 26.378, se postula la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y se dispone su plena capacidad de obrar; se posiciona la discapacidad como un resultado de la interacción entre una persona con sus circunstancias y un entorno que la limita y obstaculiza, impidiendo el ejercicio de sus derechos, es decir, encuadra la discapacidad dentro de un análisis global de la sociedad.

A través de un nuevo sistema de apoyos, compuesto por instituciones creadas a tal fin, la sociedad podría integrar a las personas con discapacidad. Hay que cambiar instituciones rígidas, como la curatela; por ejemplo, en el caso de los declarados *dementes* (art. 54, inc. 3, C. C.), el nombramiento del curador debería ser la última instancia, solo para casos graves, pero siempre contando con el apoyo de estas nuevas instituciones (fundaciones o asociaciones), siguiendo el criterio de la Convención.

5. Pautas generales a tener en cuenta para ir modificando nuestras conductas hacia un régimen abierto hacia la discapacidad

El problema puntual reside en el conflicto entre las leyes locales y los principios de los tratados internacionales que reflejan el avance de los derechos humanos. Hay una falta de adapta-

ción entre la rigidez normativa local y los principios consagrados en tratados internacionales que buscan proteger a los más vulnerables.

La Convención de las Naciones Unidas implica una modificación total en la conciencia de la sociedad y, consecuentemente, en la legislación de cada país que se adhiere, porque se compromete a elaborar y poner en práctica leyes, políticas y gestiones administrativas con el fin de asegurar los derechos reconocidos para los discapacitados, aboliendo o haciendo caer en desuetudo toda aquella práctica que fomente o constituya una discriminación en sí misma.

El embajador neozelandés Don Mackay, presidente del comité que negoció el texto, manifestó que la Convención elaboró detalladamente los derechos de las personas con discapacidad y trató de establecer un código de aplicación. En consecuencia, es imprescindible que nosotros como país signatario aceptemos el tratamiento de estas capacidades diferentes; para ello, la sociedad y el notariado especialmente, como actor de derecho, deben actualizarse y armonizarse con el nuevo orden jurídico, cambiando el enfoque en los actos en los que estén involucradas las personas con discapacidad.

De la observación de las normas surgen: una capacidad evaluada objetivamente según las pautas que determina el orden jurídico local y otra que atiende a la normativa internacional, contemplando los derechos humanos, que es más amplia y debe ser valorada en cada caso puntual por el profesional del derecho, con todos los medios e instrumentos que le permite la Convención internacional y su propio sentido común, hasta tanto no se legisle internamente armonizando nuestro sistema vigente con el contenido de la convención.

La Convención establece los principios de mayor jerarquía que deben aplicarse en la comunidad internacional e implica un reconocimiento de los derechos humanos de las personas con capacidades diferentes; crea un comité con características de entidad de contralor para que se cumplan los preceptos contenidos y evitar así que se cometan injusticias. Iguala los derechos de los capaces con los de capacidad diferente, pero, dada la vulnerabilidad a la que están expuestos estos últimos, les adiciona mayor protección.

Sabemos que, hasta no modificar nuestras leyes acorde a los principios convencionales, se plantearán diversas situaciones basadas en la interpretación, y sabemos también que los nota-

rios seremos los primeros en aplicarlos, porque los jueces actuarán solo si se presentan situaciones litigiosas. Es el escribano el que deberá determinar en cada caso cuál es el interés tutelado y desentrañar la verdadera voluntad del incapaz. Por ello, es muy necesaria la reforma legislativa que delimite la norma.

La tendencia internacional es establecer la capacidad de aquellos que tienen capacidades diferentes, para que sean oídos, en los casos en que fuere posible, y para poder protegerlos de la mejor manera, teniendo en cuenta las necesidades propias de cada persona vulnerable.

Los discapacitados son sujetos de derecho que necesitan protección especial, justamente por sus capacidades diferentes. Nuestro régimen legal lo ha previsto a través de Ministerios de Incapaces y Menores y un régimen de asistencia, con tutores, curadores o representantes.

Pero, en este nuevo contexto internacional, el notario debe tener en cuenta, en su carácter de actor privilegiado, elegido por las familias como asesor y confidente, que debe conocer el texto de la Convención y tomar todos los recaudos necesarios para situar al discapacitado en el lugar adecuado, porque no todas las discapacidades son iguales. Vimos que nuestro orden jurídico establece distintos grados de discapacidad, que no surgen de la norma internacional, pero debemos contar con el asesoramiento necesario, ya sea de médicos, psicólogos, psicopedagogos u otros profesionales idóneos que traten a la persona con capacidades diferentes, a fin de poder encuadrar cada conducta y evaluar qué tipo de acto puede ejecutar, saber si tiene o no conciencia de sus acciones y si puede emitir su voluntad libremente y con autonomía. Si no fuera así, tendríamos que recurrir a la asistencia de familiares, tutores, curadores o quienes estuvieran a cargo del discapacitado.

Tenemos que concluir diciendo que tanto las normas como la doctrina o el derecho comparado no son uniformes; por lo tanto, es muy difícil la elaboración de instrumentos notariales bajo estas especiales circunstancias, porque ni siquiera puede recurrirse a la analogía para suplir las carencias legislativas de pautas uniformes. Puntualmente, tenemos que mirar los principios internacionales y aplicarlos a la normativa general que apunte a obrar con cuidado y previsión (art. 1198, C. C.), porque, al no haber lineamientos objetivos, la seguridad jurídica puede derrumbarse. Debemos maximizar los recaudos del

buen hombre de negocios para que el día de mañana no haya instrumentos de circulación dudosa.

6. Principios internacionales

Los notariados deberán promover la elaboración de reglas deontológicas uniformes, procurando que estén dotadas de la eficiencia normativa más conveniente, compendiarlas y difundirlas.

Antes de la adhesión a la Convención, regían las normas tradicionales sobre representación de las personas con discapacidad. Actualmente, rige la Convención con rango constitucional aprobada por la Ley 26.378, que, en su artículo primero, dice:

Artículo 1. Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006 [...].

Por otro lado, el artículo 22 de la Ley 26.657 (de Salud Mental), sancionada con posterioridad a la ley que aprueba la Convención, contempló el derecho del discapacitado mental internado contra su voluntad a designar abogado, situación que constituye un avance porque se ha adecuado al nuevo criterio convencional. Se priorizó que, aun en estas circunstancias, el discapacitado pueda ser escuchado a través de su abogado.

No es una tarea sencilla lograr que las sociedades recepten la noción del *interés del discapacitado y su protección* de manera amplia e inmediata, porque *todos* somos los que discriminamos de alguna u otra manera y nos cuesta reconocerlo como sociedad; por eso, es muy importante aceptar los principios internacionales e incorporarlos a la legislación local.

La Convención de las Naciones Unidas implica un cambio radical en materia de discapacidad, porque establece una conexión con los derechos del hombre. De ahora en adelante, los discapacitados tienen igualdad de posibilidades; pero, para ello, debemos integrarlos a la sociedad y permitirles, en los casos en que fuere posible, ejercer su voluntad en forma autónoma. ¿Cómo podemos hacer para que este objetivo se logre, es decir, para que los discapacitados sean integrados y puedan actuar autónomamente, y esto sea aceptado por todos en la so-

ciudad? Es muy difícil su concreción en la actualidad sin que haya un cambio de conciencia. Es fundamental que se difunda el contenido de la Convención y que se brinde información en forma masiva, tanto por radio, televisión, afiches, periódicos, *web* como por cualquier otro medio de comunicación, con el fin de que llegue a todos los estratos sociales el conocimiento de estos preceptos, para que se termine la discriminación. Son los profesionales de medicina, sociología, filosofía y de ciencias jurídicas los primeros que deben acompañar y asesorar, tanto en lo técnico, según su incumbencia, como en la contención emocional de cada miembro de la familia.

¿Tenemos nosotros, como notarios, algún rol que cumplir dentro de estos cambios convencionales? Por supuesto, y es importantísimo, porque, como profesionales de derecho, debemos no solo aconsejar y asesorar sobre los medios jurídicos a aplicar para resolver las cuestiones planteadas por las partes, sino que además debemos realizar el control de la legalidad. Debemos recordar siempre que los notarios somos generalmente las personas de confianza elegidas para hablar de temas jurídico-familiares. Normalmente, somos los primeros en enterarnos de qué es lo que una persona quiere hacer con su patrimonio y somos los confidentes y asesores de cómo deberá llevarse a cabo la voluntad del actor. Esta situación se potencia cuando uno de los intervinientes es un discapacitado. Sabemos que cuando hay una persona con capacidad diferente toda la familia se siente afectada, situación que se agrava si es menor de edad. Hay estadísticas que muestran que las madres de hijos con capacidades diferentes viven mayor cantidad de años porque se consideran indispensables en la vida de sus descendientes.

Como profesionales de derecho, debemos conocer los principios de la Convención, no solo para asesorar, sino para analizar la capacidad de las partes que pretenden llevar a cabo un acto jurídico, porque, sin lugar a dudas, somos quienes deberemos evaluar si esa persona con capacidad diferente está plenamente consciente de lo que hará o si, por su patología, no puede estarlo; y para ello podremos solicitar ayuda por medios complementarios para interpretar su voluntad.

Las personas con discapacidad son reconocidas como sujetos activos de derecho, siempre dentro de los límites de su capacidad y con los soportes externos necesarios. Se deben precorizar reformas legislativas que establezcan los mecanismos que permitan favorecer la autonomía de la voluntad de las personas

con discapacidad, que muchas veces sufren abusos por parte de la sociedad, que se enfrenta con este nuevo desafío y no sabe aún como proceder. Es precisamente el notario, dada su formación jurídica y como profesional de derecho en contacto directo con las nuevas situaciones planteadas, quien debe aplicar todas las modificaciones, especialmente las normas internacionales, sin haberlas receptado las leyes nacionales *ab initio*.

Se requiere un esfuerzo de imaginación para compatibilizar las legislaciones vigentes, para priorizar nuevos valores, principios y conceptos. En España, ya se modificó el régimen jurídico, teniendo en consideración el apoyo de las personas que se encuentran más cerca de los discapacitados, como los padres, parientes, y algunas herramientas objetivas, tales como la utilización del sistema Braille, de tests dirigidos por profesionales psicopedagogos y psicólogos.

Al interpretar la voluntad del discapacitado, el notario debe estar totalmente convencido de su libertad de elección, y, para ello, necesitará un proceso en el que utilizará todos los medios de convicción que tenga a su alcance, según su sentido común, y podrá aplicar la totalidad del derecho vigente, incluidas las convenciones.

En la Convención sobre la Discapacidad, los países se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos y abolir las leyes, los reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación (art. 4), combatiendo estereotipos y prejuicios, promoviendo la conciencia de las capacidades de esas personas (art. 8).

El concepto de *personas con discapacidad* se aplica a todas aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales; pero esta definición no es taxativa y sí evolutiva, ya que se va transformando a lo largo del tiempo. Independientemente del rango dado a los derechos humanos en una sociedad o de la economía coyuntural de un país, las personas con discapacidad siempre son las últimas en obtener el respeto por sus derechos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es la reacción de la comunidad internacional ante una larga historia de exclusión y discriminación. Es considerada como el primer tratado del siglo XXI sobre derechos humanos. Contempla distintos aspectos en los cuales las personas

con discapacidad han sido discriminadas, entre ellos, para tener acceso a la justicia.

Al conmemorarse el Año Internacional de las Personas con Discapacidad, se atrajo la atención de la comunidad internacional sobre este tema y nuevas ideas aportaron una luz distinta a su encuadre jurídico. Se dejó de lado el tratamiento de las personas con discapacidad solo por caridad y compasión y se las posicionó además en un lugar de respeto. Se reconoció que es en el mismo seno de la sociedad donde se origina la discapacidad; es decir, es la propia sociedad el origen de discapacidad, al discriminarlos por la no inclusión.

A medida que aumenta la población mundial, crece el número de personas con discapacidad, y no solo en países en vías de desarrollo, también en los países desarrollados, en los cuales la esperanza de vida ha aumentado; eso significa que parte de la población considerada *capaz* llegará a tener alguna discapacidad sobreviniente en sus vidas.

La Convención promueve y protege los derechos humanos de las personas con discapacidad en diferentes aspectos: en el acceso a la justicia, en los trámites administrativos, en el trato dado en los tribunales y en la vida pública, entre otras cosas.

La discriminación según la Convención es:

... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Luisse Arbour, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, manifestó que el protocolo facultativo que acompaña a la Convención:

... reforzará sin duda el sistema actual de supervisión de los tratados. Asimismo, y esto es importante, contribuirá a aclarar qué se exige a los Estados –y qué no se les exige– al propio tiempo que ofrece reparaciones efectivas a las personas agraviadas. En último término, confió en que el protocolo facultativo será un paso adelante *hacia el desmantelamiento de las categorías de derechos excesivamente rígidas y un progreso hacia un concepto uni-*

ficado de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Subrayamos especialmente este concepto que señala el desmantelamiento de las categorías de derechos excesivamente rígidas, porque sabemos que este concepto hace alusión directa a nuestros derechos de origen romano germánico, en lo atinente a las reglas de capacidad y representación.

Si bien los organismos internacionales están integrados por representantes de todos los países miembros, es conocida la influencia directa de los países con sistemas jurídicos del *common law* en la redacción de las convenciones. Por eso, es importante que los representantes de nuestros países ante los distintos organismos internacionales (OEA, ONU, UNESCO, etc.) cuenten con el asesoramiento adecuado y tengan una ingerencia directa, participando en la toma de decisiones. Los juristas y notarios de cada estado deben lograr que las legislaciones se adecuen a las convenciones internacionales, sin alterar el orden jurídico vigente.

Es principio básico del derecho internacional que los Estados parte de un tratado internacional adapten su propia legislación y sus prácticas nacionales a las normas internacionales, y, en este caso, se debe actuar en consecuencia con lo que dispone el tratado; por lo tanto, los legisladores tienen una función decisiva en la adopción de las medidas que solicita la Convención, cuando habla de “ajustes razonables”.

Los gobiernos tendrán que fomentar la inclusión social de las personas con discapacidad y también promover su participación en los planes de microcrédito y microfinanciamiento, que han tenido mucho éxito en diversas regiones del mundo. Pero en estos planes se han olvidado de incluir a las personas con discapacidad como beneficiarios en potencia. Recordemos el éxito del Graamen Bank o Banco de los Pobres y sus microcréditos.

Cuando a las personas se les desconoce la capacidad jurídica para actuar, no solo no se les reconoce el derecho a la igualdad ante la ley sino que también se le cercena la posibilidad de defenderse y ejercer sus derechos.

El artículo 12 de la Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás; es decir, el sujeto no pierde su capacidad jurídica de actuar por una discapacidad específica. Pero tam-

bién señala que algunas necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica. El apoyo puede ser dado por una persona de confianza o un grupo de personas (tal es el caso de fundaciones sin fines de lucro que podrían ocupar ese rol de apoyo) y podría ser necesario solo ocasionalmente o de forma continua.

En el caso de las decisiones con apoyo, las presunciones son siempre a favor de la persona con discapacidad, que es a quien le afectará directamente la decisión que se tome. Es el propio discapacitado el que toma la decisión; las *personas de apoyo* explican la situación en caso de ser necesario, pudiendo interpretar las señas y preferencias de la persona discapacitada. Aun ante las discapacidades severas, siempre se debe permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos y su voluntad. Esto establece una distinción entre la toma de *decisiones con apoyo* y la toma de *decisiones sustitutivas*. En estas últimas, el tutor o curador posee facultades para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada, sin tener que demostrar que ese es su verdadero deseo; la sustituyen, toman la decisión por ella, lo que es muy distinto a acompañarla y apoyarla para que ella misma tome la decisión.

La toma de decisiones con apoyo puede adoptar diferentes formas. Todavía tenemos leyes rígidas sobre la tutela y curatela. Es fundamental crear redes de apoyo o instituciones que cumplan con estos objetivos, ampliando el espectro a fin de lograr los objetivos de la Convención. Proponemos la creación de instituciones, preferentemente fundaciones, para la toma de decisiones con apoyo, que hagan compatible nuestro régimen legal con la Convención de las Naciones Unidas.

Así como en su momento el entonces Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz nos alertaba sobre las inequidades de la globalización a ultranza, hoy otro Premio Nobel de Economía, Amartya Sen, profesor de Harvard, reflexiona:

Lo que nos mueve con razón suficiente no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay *injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno, que quisiéramos suprimir*.⁴

Propugnamos reafirmar la dimensión ética también en las ciencias jurídicas.

4. SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2011, p. 11.

7. Conclusiones

Los notarios, como profesionales de proximidad, por el conocimiento puntual de la verdadera voluntad de las partes, por el contacto directo que muchas veces establecemos con las mismas, y contando con todos los apoyos y soportes necesarios, estamos en condiciones de interpretar el deseo de la persona con discapacidad y plasmarla en el documento a autorizar; pero, de todos modos, propugnamos que la Argentina, como país que adhirió a la Convención, adapte la legislación a las normas internacionales para ofrecer claridad, precisión y seguridad en estos actos.

Estamos ante un incipiente sistema judicial global; cada vez son más los temas abordados por las convenciones sobre derechos humanos, que tienen en nuestro país jerarquía constitucional.

Una alternativa es la recepción en la legislación que puedan ser personas jurídicas, capacitadas al efecto, la que puedan ejercer la tarea de apoyo para la toma de decisión más adecuada para la persona con discapacidad.

En Madrid, ya hay fundaciones de apoyo y tutela que están funcionando, desde el año 1983; específicamente, la curatela puede ser ejercida por una persona jurídica. En Francia hay fundaciones tutelares.

Como dijimos al comenzar el presente trabajo, recordemos que en el mundo hay más de 650 millones de personas que viven con alguna discapacidad. Si a esa cifra se le agregan los familiares cercanos que conviven con ellos, el número asciende a la suma aproximada de 2.000 millones de habitantes que están relacionados directamente con el tema de *la discapacidad*. Las personas con discapacidad constituyen la minoría más numerosa y más desfavorecida del mundo.

Propendemos a que, a nivel nacional, se establezcan instituciones con facultades para promover, proteger y supervisar la correcta aplicación de la Convención para personas con discapacidad, en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico vigente; y, para los puntos en los cuales es inaplicable la Convención, por no estar contemplada en la legislación, a obtener una rápida respuesta legislativa para proporcionar instrumentos jurídicos que faciliten la aplicación de la misma para poder *reafirmar la dignidad y el respeto que toda persona con discapacidad se merece*.