

PERSONAS CON DISCAPACIDAD; SU CAPACIDAD JURÍDICA Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

PERSON WITH DISCAPACITY; LEGAL CAPACITY AND THEIR INTERNATIONAL PROTECTION BY THE CIVIL LAW NOTARIES

Artículo Científico Recibido: 21 de agosto de 2018 Aceptado: 24 de octubre de 2018

Jorge Vladimir Pons y García*

jorgepons@ujat.mx

Alejandra Díaz Alvarado**

alejandradiaz_10@hotmail.com

RESUMEN: Las personas con discapacidad sufren de discriminación por parte de la sociedad desde hace mucho tiempo, por ello la función notarial a nivel mundial ha procurado tener los elementos jurídicos suficientes para su protección y brindar los aspectos mínimos para su inclusión en la sociedad, y lograr de esta forma ejecutar los mismos para representarse ante los demás. A través de convenciones internacionales de los últimos 25 años se ha empezado a generar conciencia de la importancia de permitir a las personas discapacitadas representarse y ejercer diversos actos jurídicos.

ABSTRACT: For a long time, people with disabilities have suffered from discrimination by the Society, so the civil law notarial function in some international world has sought to bring the sufficient legal elements for their protection and give the minimum aspects for their inclusion in society, and to achieve this form to act the same to represent before the others. Through International Conventions of the last 25 years, awareness of the importance has begun to enable disabled people to represent themselves and to carry out various legal acts.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, mandato, notarial

KEYWORDS: Disabilities, Representation, civil notary

SUMARIO: I. Concepto. II. Protección Internacional de las Personas con Discapacidad. III. Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad. IV. La función notarial como garante de las Personas con Discapacidad. V. Adopción en el derecho interno del Estado Mexicano. VI. Condiciones de validez. Nombramiento de apoyo y/o curador. Conclusiones. Bibliohemerografía.

I. Concepto

Antes que nada, partiendo de lo más esencial mencionaremos que la Real Academia Española de la Lengua¹ define a la "persona" de diversas formas, las más *ah doc* con el tema en cuestión son las siguientes: "aquel individuo de la especie humana" y "sujeto de derecho"; así mismo conceptúa a la discapacidad como aquella "condición de discapacitado", lo que nos lleva a analizar la palabra discapacitado como "Dicho de una persona: Que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida". Lo anterior nos permite crear el concepto de persona con discapacidad, como aquel individuo sujeto de derecho, que padece una disminución física, sensorial o psíquica que lo incapacita total o parcialmente para desarrollarse.

Así mismo, de acuerdo a diversos instrumentos se define a la persona con discapacidad como "todo ser humano que tiene ausencia o disminución congénita, genética o adquirida de alguna aptitud o capacidad física, mental, intelectual o sensorial, de manera parcial o total, que le impida o dificulte su pleno desarrollo o integración efectiva al medio que lo rodea, de manera temporal o permanente"².

Antes de continuar, consideramos necesario mencionar desde un punto de vista médico, la descripción general de la *psicopatología del juicio*³ cuyas alteraciones son cuantitativas y cualitativas y que conciernen automáticamente a la persona con discapacidad, esto con la finalidad de esclarecer cuales podrían ser los tipos de discapacidad:

Juicio insuficiente: alteración cuantitativa que se observa en los casos de incompleto desarrollo psíquico Síndrome Oligofrénico.

Juicio debilitado: disminución del juicio, el juicio es deficiente con respecto a su capacidad anterior, es una alteración cuantitativa: Síndrome Demencial.

* *Doctor Europeus* Universidad de Salamanca, Profesor Investigador Titular B (UJAT), Gdl *Globalaw*: Justicia, Derecho y Globalización (UNIR) Secretario de la Comisión Derechos Humanos de la CAAam (UINL)

** Doctoranda en el programa de Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos (UJAT), Becario CONACYT PNPC.

¹ Diccionario de la Real Academia de la lengua Española. 23ª ed., 2014.

² Ley para la Inclusión y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad del Estado de Jalisco, artículo 2, fracc XXIV.

³ Emilio Hidalgo en <http://neurociencias2.tripod.com/id6.html>

Juicio Suspendido: en los casos de obnubilación de la conciencia, que se encuentra dificultada o impedida en su función. Alteración cuantitativa: confusión Mental.

Juicio desviado: alteración cualitativa debido a la interferencia de una intensa carga afectiva: Delirio, Manía, Melancolía. El juicio se encuentra alterado en forma parcial.

Juicio disgregado: alteración cualitativa de efracción o rotura de las estructuras del juicio: Esquizofrenia.

Es importante recordar que el Juicio también es utilizado para clasificar las enfermedades mentales; de acuerdo a ello decimos que los que tienen el juicio conservado son los no alineados y lo que tienen el juicio alterado son los alienado.

Ahora bien, estos tipos de discapacidades nos llevan al terreno de la discriminación, la cual se presenta en formas directas, en situaciones tales como cuando se niega empleo, servicios o educación a una persona discapacitada; cuando se le impide a un ciego ingresar a determinado lugar junto con su perro guía; cuando se les da un trato de personas deficientes, incapaces o perturbadas de raciocinio.

Consideramos que el problema de los derechos de las personas discapacitadas parte de una consideración fundamental: como seres humanos, son sujetos de los mismos derechos, tal y como lo expresan diversos elementos jurídicos sociales como en la Convención Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales. Al mismo tiempo, tienen necesidades e impedimentos propios, que los hacen sujetos de derechos especiales. Estas personas requieren de ciertas condiciones específicas que les faciliten moverse, trabajar y estudiar como cualquier otra persona, pero sin lugar a dudas, son personas que requieren ser reconocidos como personas capaces y tratados con respeto e igualdad.

II. Protección Internacional de las Personas con Discapacidad

En el año dos mil uno de acuerdo a lo señalado por Leiva⁴, la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprueba la CIF⁵ "Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud" para su uso internacional. Plantea como alternativa a los conceptos de *deficiencia*, *discapacidad* y *minusvalía*, los de *discapacidad*, *actividad* y *participación*, dirigidos a conocer el funcionamiento del

⁴ Leiva, Norma B. "La clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud como herramienta de diálogo interdisciplinario para la aplicación del art. 152 ter del Código Civil" en *Técnica y Práctica notarial, Revista Notarial*, Buenos Aires 2011, p. 608.

⁵ La CIF pertenece a la "familia" de clasificaciones internacionales desarrolladas por la OMS

individuo y clasificar sus competencias y limitaciones. Es de destacar el papel que se le asigna al análisis de las oportunidades y restricciones que tiene el individuo para participar en la vida de la comunidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados el trece de diciembre de dos mil seis en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York; define a las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁶. De igual modo explica que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá 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 razonables⁷.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en la Ciudad de Guatemala, Guatemala, el seis de julio de mil novecientos noventa y nueve, define a la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social⁸. Solo para señalar con respecto a lo anterior, el concepto de discriminación no ha sido definido de forma general en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en pactos o tratados de la Organización de Naciones Unidas (ONU) o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero si se han generado definiciones derivadas de la interpretación de los mismos, por ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, se ha pronunciado que por discriminación

se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos

⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de Naciones Unidas, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>.

⁷ *Idem*.

⁸ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Organización de Estados Americanos, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>.

prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso⁹.

En el marco jurídico de protección internacional de las personas con discapacidad, debemos retomar lo señalado en la Asamblea General de la ONU en mil novecientos setenta, donde se adaptaron dos declaraciones que cambiaron la perspectiva de cómo era abordada y tratada la discapacidad en el ámbito internacional. La primera es la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, que señala que "el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos de los demás seres humanos"¹⁰, posteriormente enuncia los derechos y garantías con que debe contar; el segundo documento se denominó Declaración de los Derechos de los Impedidos, la cual remarcó que "el término impedido designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no, de sus facultades físicas o mentales"¹¹, indicando inmediatamente que deben gozar de todos los derechos que enuncia el documento sin excepción alguna y sin discriminación.

En este sentido progresivo, durante la década de los ochenta, se fortaleció la protección a las personas con discapacidad, por lo que el año de 1981 es proclamado Año Internacional de los Impedidos por la Asamblea General de la ONU, y en el año siguiente se aprueba el Programa Mundial de Acción para los Impedidos¹². Casi una década después aparecen los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental¹³, que si bien el título se enfoca en materia sanitaria, es preciso resaltar que se abordan principios referentes a las garantías procesales y el acceso a la información.

⁹ Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Organización de las Naciones Unidas, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 7.

¹⁰ Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Organización de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1971, <https://documentsddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/333/34/IMG/NR033334.pdf?OpenElement>

¹¹ Declaración de los Derechos de los Impedidos. Organización de las Naciones Unidas. 9 de diciembre de 1975. Estamos hablando de la década de los años 70. es decir que ya estaban en vigor los máximos instrumentos garantes de derechos humanos, pero no se habían previsto en ellos, a las personas con discapacidad. <https://documentsddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/783/64/PDF/NR078364.pdf?OpenElement>.

¹² Programa de Acción Mundial para los Impedidos, Organización de Naciones Unidas, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/diswps00.htm>

¹³ Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Organización de las Naciones Unidas. 17 de diciembre de 1991, <https://documentsddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/588/73/IMG/NR058873.pdf?OpenElement>

Poco tiempo después se elaboraron las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁴ instrumento que impulsó a los Estados a iniciar y apoyar campañas informativas y políticas en la materia a fin de difundir el mensaje que dichas personas son ciudadanos con los mismos derechos y las mismas obligaciones que los demás. El último instrumento internacional específico y formalmente vinculante¹⁵ dedicado a las personas con discapacidad, es la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resaltando el artículo 5:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.¹⁶

III. Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad.

El reconocimiento de la capacidad jurídica se erige como la puerta de entrada a un discurso jurídico¹⁷, y por ende se muestra como una condición necesaria para ser

¹⁴ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Organización de Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993, -donde aparece por primera vez el término personas con discapacidad- <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/119/99/PDF/N9411999.pdf?OpenElement>

¹⁵ La mayoría de los instrumentos anteriormente descritos no son jurídicamente vinculantes, aunado a que se encuentran varios dispositivos dispersos en diferentes instrumentos internacionales; como ejemplo de ello, se encuentra el Convenio 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas) de la Organización Internacional del Trabajo de 1983. Cfr. González Martín, Nuria, "Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, UNAM, 2008, p. 529.

¹⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ De Asís Roig, Rafael. "Sobre la capacidad", *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, A. Palacios y F. Bariffi (eds.), Ediar, Buenos Aires, 2012.

titular y ejercer derechos y obligaciones en todos los ámbitos¹⁸. Es de remarcar la importancia que tiene el poder determinar que es la capacidad jurídica en sí, cuáles son sus condiciones de acceso y como debe ser el ejercicio de los derechos que conlleva; en ese tenor Francisco Bariffi y Agustina Palacios han señalado que se constituye como la “puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”¹⁹ conformando una “condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”²⁰. En el mismo sentido y haciendo una importante diferencia, la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, presentó un documento de antecedentes a la sexta sesión del Comité Especial sobre la Convención Internacional Integral para la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad²¹, en el cual concluyó que los términos de reconocimiento como persona ante la ley y capacidad jurídica son distintos, entendiéndose que:

El "derecho al reconocimiento de toda persona ante la ley" otorga al individuo la capacidad de ser reconocido como persona en el orden jurídico y, por lo tanto, es un requisito previo necesario para todos los demás derechos. El concepto de "capacidad jurídica" es un concepto más amplio que presupone lógicamente la capacidad de ser titular potencial de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también implica la capacidad de ejercer estos derechos y de asumir estos deberes a través de la propia conducta. Es decir, sin la ayuda de la representación de un tercero (elemento dinámico). Por lo tanto, la capacidad jurídica incluye la "capacidad de actuar", entendida como la capacidad y el poder para comprometerse en una empresa o transacción particular, mantener un estatus o relación particular con otra persona y, en general, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Como puede entenderse de la cita anterior, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no solo es ser titular de derechos y obligaciones, también

¹⁸ Barranco, María del Carmen *et. al.*, "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá V, 2012, p. 57.

¹⁹ Bariffi, F., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 357.

²⁰ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Cinca, Madrid, 2008, p. 419.

²¹ Documento de antecedentes a la sexta sesión del Comité Especial sobre la Convención Internacional Integral para la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, Capacidad Legal, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>. (Traducción propia)

significa ejercer esos derechos y asumir los deberes propios, lo cual debe estar garantizado por el Estado. Aunado a lo anterior, inserto en la Convención en la materia, se establece en el artículo doce el reconocimiento de su personalidad jurídica y las medidas que deben tomarse para su protección y ejercicio, señalando que:

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.

De acuerdo al análisis realizado, resalta el numeral 2, que refiere la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, lo cual abre la puerta a las personas con discapacidad a tener los mismos derechos y deberes en la esfera jurídica y social; como resultado de lo anterior es que se regula en diversos ordenamientos- refiriéndonos por ejemplo al Estado mexicano- de las medidas necesarias, lo anterior será expuesto en la última parte de este trabajo.

IV. La función notarial como garante de las Personas con Discapacidad.

La figura del notario no solamente representa aquel "profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría"²² también se vislumbra como el garante de los derechos de las personas, lo cual incluye brindar asesoramiento y las herramientas necesarias para atender a cada persona dependiendo de sus particularidades²³ -de ahí que las personas con discapacidad tengan una protección no solo por la ley, también por la función notarial-.

El concepto de función notarial, parte del derecho que la regula que es el derecho notarial, sin embargo existen diversas corrientes acerca del mismo²⁴, algunas señalan que dicha función parte del derecho administrativo, pero esa hipótesis por así llamarle, supondría que esa función es solo una delegación por parte del Estado, que otorga fe pública a favor del notario, dejando de lado las funciones que lleva a cabo en los actos como profesional privado, independientemente de la administración pública²⁵. Pero por otro lado, los fines de la función notarial son diferentes a los del derecho administrativo, ya que la función notarial procura la tutela de las relaciones *jusprivatistas*, por lo que dicha función es muy compleja y la única forma de entenderla es viéndola a través de su finalidad que es dotar a las relaciones de

²² Artículo 42, Ley del Notariado para el Distrito Federal.
<http://www.iedf.org.mx/transparencia/art.14/14.f.01/marco.legal/LNDF.pdf>

²³ Corina Bacigaluppo, Natalia, *et.al.*, Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, junio 2010, p.15.

²⁴ Cfr. Aguilar Basurto, Luis Arturo, *La función notarial: antecedentes, naturaleza y nuevas tendencias de la función notarial*, México, Ed. Ubijus, 2015, pp. 67-72.

²⁵ Pérez de Madrid Carreras, Valerio, *Introducción al derecho notarial*, Academia Sevillana del Notariado, Granada, Ed. Comares, 2006, p. 64.

derecho privado de seguridad y certeza jurídica, lo cual abarca sin duda a las personas con discapacidad.

Es así que la razón de ser de la función notarial es proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos en sus relaciones, lo cual brinda claridad y certidumbre a los actos. En la doctrina moderna se identifica a la actividad notarial con la jurisprudencial cautelar y el concepto de seguridad jurídica preventiva²⁶, función que desempeña el notario como tal; entonces si hablamos de una actividad, esta actividad debe regirse por ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra el que aborda este trabajo, que es la definición de la capacidad jurídica de las personas, siendo prioritaria la atención a las personas con discapacidad, claro dependiendo de qué tipo de discapacidad.

El notario es a decir de Rios Hellig²⁷ una fuente de consulta para los legisladores – y aunque su opinión no es vinculatoria- siempre es solicitada. El notario crea fuentes del derecho como en la ley. Esta actividad creadora, pensante, adecuadora de realidades sociales y económicas ha sido reconocida por las leyes y de esta forma el notario aplica las normas legales e imprime dinamismo al mundo jurídico.

En relación a la capacidad jurídica indican las diversas leyes notariales de los estados que hará constar su conocimiento, en caso de tenerlo o que se asegure de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad; agregando además que para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad bastará con que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.

V. Adopción en el derecho interno del Estado Mexicano.

El Estado mexicano conforme a la reforma constitucional en materia de derechos humanos realizada en 2011, ha reforzado arduamente la promoción, protección y garantía de éstos, incluidos los de las personas con discapacidad, por lo que ha adoptado en la legislación interna diversos dispositivos o directrices señaladas en los instrumentos internacionales. Tal es el caso de lo señalado en el artículo 12.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -que si bien se abordó anteriormente, es conveniente retomar- ya que en este dispositivo se

²⁶ Tarragón Albella, Ernesto, "La función notarial: su fundamento. Concepto de notario; examen del artículo 1. del Reglamento Notarial. Características del notariado latino", en Borrell, Joaquín (comp.), *Derecho notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 21.

²⁷ Rios Hellig, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, Mc Graw Hill, 8 ed. México, 2012, p.43.

enumeran las medidas que debe garantizar el estado a las personas con discapacidad en material legal, desde el derecho a ser propietarios y heredar bienes, controlar sus asuntos económicos, acceder a préstamos bancarios, hipotecarios o cualquier crédito financiero y velar por la protección de sus bienes. Por lo que dicha regulación se encuentra establecida en el Código Civil Federal -refiriéndonos al Estado Mexicano-, que en su articulado desglosa los derechos inherentes a las personas con discapacidad, como lo señala el artículo 23²⁸ entre otros; se contempla además el título noveno del mismo instrumento jurídico, denominado de La Tutela, en donde se estipula que el objeto de la misma es la guarda de la persona y de los bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. Pero en sí, lo que se configura como incapacidad natural o legal, se encuentra previsto en el artículo 450 del mismo documento, el cual se traslada textualmente.

Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

La fracción segunda transcrita nos lleva automáticamente a la definición de persona con discapacidad acuñada en el derecho internacional. En este mismo título surge la figura del tutor y del curador²⁹, figuras vitales para que la persona con discapacidad – estaríamos hablando del tutor- pueda asistirle y con esto llevar a efectos los actos como el control de asuntos económicos o el acceder a créditos bancarios –como señalábamos previamente-.

Aunado a los derechos y garantías señaladas en materia civil, el 30 de mayo de 2011, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General para la Inclusión

²⁸ La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

²⁹ Artículo 452.- La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima.

Artículo 453.- El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

Artículo 454.- La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en este Código.

de las Personas con Discapacidad, señalando como objeto el reglamentar lo conducente en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), estableciendo las condiciones con las que el Estado deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad. Se presenta como un documento compuesto de 60 dispositivos, reformándose por última ocasión el 17 de diciembre de 2015, quedando establecido que dicha ley se encuentra adecuada a la terminología empleada en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado Mexicano.

VI. Condiciones de validez. Nombramiento de apoyo y/o curador.

Respecto de lo dispuesto en el artículo 12.5. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es preciso analizar la última parte de dicho dispositivo en lo concerniente a la capacidad que tienen las personas con discapacidad para ser propietarias y heredar bienes, controlar sus asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos y créditos. En este sentido el artículo 23 de Código Civil Federal señala en su última parte que las restricciones de las personas con discapacidad no deben menoscabar su dignidad humana y que pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes; lo anterior nos llevaría a las figuras conocidas como tutor y curador. En este sentido el artículo 449 del mismo ordenamiento, indica que el objeto de la tutela es la guarda de la personas y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural o legal ya establecimientos previamente la distinción entre éstas- o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos; posteriormente se señala que la tutela también puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos que señale la ley y la persona que desempeñe ese cargo cuidará de la persona con discapacidad.

De lo anterior sobresale el hecho que el tutor no solo cuida de la persona, también de sus bienes, y este cargo debe llevarse a cabo diligentemente ya que es de interés público y no puede eximirse de él, sino por causa legítima³⁰.

La figura de tutor en sí se constituye como aquella persona encargada de proteger los intereses del pupilo, tantos personales como patrimoniales, por lo que se puede decir que su función principal es proteger a la persona incapaz, procurando su

³⁰ Código Civil Federal Mexico, artículo 452.

bienestar y administrando su patrimonio, siempre para beneficio del pupilo. Pero dicha tutela, tal como lo señala el Código Civil, será en el caso que su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, impida gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que lo supla, esto se señala textualmente de la siguiente manera al referirse a las personas que tienen capacidad natural y legal:

Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, **aunque tengan intervalos lúcidos**; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

De lo anterior, retomamos el hecho de que aunque existan intervalos lúcidos en la persona con discapacidad- lo cual significa que en este breve periodo de tiempo la persona sería capaz de realizar actos con plena consciencia -la legislación nacional impide que los realice y estaríamos entonces a que durante esa lucidez, la persona incapaz tendría (por resolución judicial) que emplear a un tutor, siendo un hecho cierto que el Estado busca en todo momento proteger a la persona con discapacidad y brindarle la mayor protección; sin embargo podría prestarse dicha restricción- En este caso ¿estaríamos ante una violación de derechos humanos de una persona con discapacidad lúcida?

Conclusiones

Se identifica claramente la conceptualización de personas con discapacidad a todas aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; dichas personas se encuentran protegidas por múltiples instrumentos internacionales y nacionales, en los cuales se procura de forma prioritaria su capacidad jurídica.

Empero de lo anterior, se pone la necesidad de regular jurídicamente la función notarial para la protección de las personas con discapacidad, o en su caso, capacitar especialmente a los notarios en la ejecución de los actos en que intervengan personas

con discapacidad, para así brindarles la mayor protección-de acuerdo al principio *pro homine-*, seguridad y certeza jurídica. Y no incurrir en la violación de derechos humanos de los discapacitados lucidos, quienes a pesar de contar con intervalos de lucidez no pueden ejercitar sus derechos.

Bibliohemerografía

- AGUILAR BASURTO, Luis Arturo, *La función notarial: antecedentes, naturaleza y nuevas tendencias de la función notarial*, México, Edit. Ubijus, 2015.
- BARIFFI, F., 'Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU', *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.
- BARRANCO, María del Carmen *et. al.*, "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá V, 2012.
- DE ASÍS ROIG, Rafael., "Sobre la capacidad", *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, A. Palacios y F. Bariffi (editores), Ediar, Buenos Aires, 2012.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Organización de Estados Americanos.
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de Naciones Unidas
<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>.
- CORINA BACIGALUPPO, Natalia, *et.al.*, Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, junio 2010.
- Declaración de los Derechos de los Impedidos, Organización de las Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1975.
<https://documentsddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/783/64/PDF/NR078364.pdf?OpenElement>
- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Organización de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1971, <https://documents-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/333/34/IMG/NR033334.pdf?OpenElement>
- Diccionario de la Real Academia de la lengua Española. Última edición 23ª, 2014.

- Documento de antecedentes a la sexta sesión del Comité Especial sobre la Convención Internacional Integral para la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, Capacidad Legal, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>
- GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, "Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, UNAM, 2008.
- LEIVA, Norma B. "La clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud como herramienta de diálogo interdisciplinario para la aplicación del art. 152 ter del Código Civil" en *Técnica y Práctica notarial*, *Revista Notarial*, Buenos Aires 2011.
- Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Organización de Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993.
- Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Organización de las Naciones Unidas, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Cinca, Madrid, 2008.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, *Introducción al derecho notarial*, Academia Sevillana del Notariado, Granada, Ed. Comares, 2006.
- PONS Y GARCÍA, Jorge Vladimir y SÁNCHEZ RAMOS, Juana, "Capacidad jurídica de persona con discapacidad: Contexto mexicano en el derecho civil, *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, Villahermosa, año 4, número especial 1, marzo de 2017.
- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, Organización de las Naciones Unidas, 17 de diciembre de 1991
- RIOS HELBIG, Jorge. *La Práctica del Derecho Notarial*, Mc Graw Hill, 8 ed. México, 2012.
- TARRAGÓN ALBELLA, Ernesto, "La función notarial: su fundamento. Concepto de notario; examen del artículo 1. del Reglamento Notarial. Características del notariado latino", en Borrell, Joaquín (comp.), *Derecho notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.