

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
COMISION DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS
GUIA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PROVINCIA DE
BUENOS AIRES EN RELACIÓN A LA INTERVENCIÓN ANTE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

INTRODUCCIÓN.

La ONU aprobó la CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en adelante la CDPD, y su Protocolo Facultativo el 13 de diciembre de 2006, y entraron en vigencia el 3 de mayo en 2008. La Convención fue ratificada por más de 160 países.

Ambos instrumentos fueron aprobados por Argentina por ley 26.378 del 9/06/2008 y ratificados el 2/09/2008. Posteriormente por ley 27.044 del 11/12/2014, se le otorgó jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, pasando a integrar el bloque de constitucionalidad.

Dicha CDPD y los principios que consagra fueron incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Salud Mental 26.657 del 3/10/2010 y posteriormente incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación, por ley 26.994.

En virtud de lo dispuesto por los arts. 1 y 2 del CCCN la interpretación del ordenamiento jurídico debe ser sistémica teniendo en cuenta los principios y los valores que surgen de los tratados de derechos humanos en los que Argentina es parte.

Así nuestro ordenamiento jurídico introdujo las reformas necesarias para incorporar el nuevo paradigma en clave de derechos humanos, en relación a las personas con discapacidad, y los sistemas de protección deben migrar del modelo rehabilitador de sustitución de voluntad a uno social de la discapacidad basado en la toma de decisiones con apoyo, con perspectiva de derechos humanos.

El sistema refuerza el concepto de que la capacidad jurídica se presume, y la restricción de la capacidad es la excepción en los términos que surjan de la ley y de la sentencia de determinación de la capacidad.

La CDPD en su art. 3 consagra el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y la independencia de las personas con discapacidad. Por su parte, el art. 12 reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, y, entre otros puntos destacables, garantiza a las personas con discapacidad el derecho a ser propietarios, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, tener acceso al crédito y no ser privados arbitrariamente de sus bienes.

En el marco de la ley provincial 15.296, (publicada en el B.O. el 14 de julio de 2021 de capacitación obligatoria sobre temática de discapacidad con perspectiva de derechos humanos, con criterio de diversidad, género e interseccionalidad, para todos los agentes de los tres poderes del Estado Provincial), nuestra institución también adhiere a la necesidad de capacitación en estas temáticas e incluye la presente dentro de sus acciones concretas de capacitación permanente.

La UINL a través del trabajo de su comisión de Derechos Humanos, aprobó en la Asamblea de Yakarta, Indonesia, el 27 de noviembre de 2019, una GUÍA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL NOTARIO COMO APOYO INSTITUCIONAL Y AUTORIDAD PÚBLICA, por medio de la cual propone a los ochenta y nueve notariados que la integran medidas concretas para realizar ese apoyo institucional en el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad y promover su participación plena y efectiva en la sociedad y el respeto de sus derechos.

Con el objetivo de ajustar dicha guía a los deberes funcionales que surgen de la ley 9020, art. 35 inc. 3, 4, 5, 6 y 7 y del reglamento notarial, la comisión asesora de género y DDHH realiza las siguientes recomendaciones, acompañando también el acceso a la guía de la UINL y a la convención de los derechos de las personas con discapacidad.

https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caec:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>

DECÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

1.- EL NOTARIADO COMO AUTORIDAD PUBLICA DE SEGURIDAD PREVENTIVA, ASESORAMIENTO Y CONSEJO, CONFORMA UN AMBITO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE VULNERABILIDAD

El Notariado¹ debe asegurar a los ciudadanos el acceso al ejercicio efectivo de sus derechos. Por ello, su accionar no debe implicar una traba o una restricción "de facto" del ejercicio de la capacidad jurídica.

El Notario es un instrumento de seguridad jurídica preventiva, que, actuando como profesional de derecho, debe asesorar, aconsejar, informar a sus requirentes sobre la legalidad del acto o negocio jurídico que pretenden concretar, sus requisitos de validez, y el alcance y las consecuencias jurídicas que puedan emanar de su otorgamiento.

Su función es prestar asistencia especial al otorgante que más lo necesite, desarrollando así una función equilibradora entre las partes. El notario realiza en cada actuación micro-empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a los ciudadanos ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad, dotándolos de la debida seguridad jurídica.

El Notariado debe brindar un trato inclusivo, digno y respetuoso, sin discriminación y debe velar por cumplir con la voluntad del requirente, procurando el ejercicio de sus derechos, su desarrollo e intereses personales y sus actividades económicas.

El fedatario habrá de prestar un «PLUS» de asistencia personal, una información más completa y exhaustiva al contratante necesitado de esa asistencia o apoyo especial, sea por carecer de asesoramiento adecuado, o por sus condiciones culturales, sociales o por

¹ Para la facilidad y agilidad en la lectura se utilizará indistintamente la palabra notario, notaria o notariado para referirse al conjunto de profesionales que ejercen la función pública notarial.

su situación de vulnerabilidad, como puede ser la edad, el género, la discapacidad, o varias de estas circunstancias concomitantes (interseccionalidad).

El Notario debe ser imparcial, pero no puede ser neutral ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, manipulaciones o influencias indebidas; todos requisitos del acto jurídico voluntario, que debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad.

Es su responsabilidad que la expresión de voluntad del requirente sea libre, consciente, debidamente informada, y transmita sus deseos, voluntad y preferencias. Debe tener la plena convicción de la *aptitud mental* suficiente para entender y comprender el acto en toda su dimensión. Aplicará para ello su formación y experiencia profesional en un marco ético y moral que caracteriza la función social del notariado en la defensa de los derechos fundamentales.

2.- CAPACIDAD JURIDICA Y DISCERNIMIENTO

La culminación de todo este proceso o “iter notarial” es la prestación por parte del o los requirentes de un consentimiento informado conforme a derecho, por el control de legalidad que realiza la autoridad notarial y el juicio de discernimiento, que implica, como hemos expresado, la convicción que el notario tiene de la *aptitud mental* del requirente, suficiente para entender y comprender el acto en toda su dimensión.

El llamado “juicio de discernimiento”, es una de las funciones u operaciones de ejercicio de mayor trascendencia de la actuación notarial; si bien no requiere su constancia instrumental, consiste en el convencimiento “sin duda alguna” del entender y querer el acto concreto por parte del requirente, para lo cual, el notario puede valerse de distintos elementos, pero en definitiva decidirá en un juicio de convicción personal.

En el régimen de capacidad jurídica establecido en el CCyCN, la capacidad de ejercicio de la persona humana se presume, *con las limitaciones establecidas expresamente en la legislación de fondo y en una sentencia judicial. (art.23 CCCN)*

La restricción al ejercicio de la capacidad, *puede ser decidida judicialmente para determinados actos de una persona mayor de trece años*, únicamente: si “*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*”. (art.32 CCCN)

3.- PERSONAS CON DISCAPACIDAD CON SENTENCIA DE RESTRICCIÓN DE SU CAPACIDAD

Habrá que estar a la resolución judicial que determine la restricción de la capacidad legal o la incapacidad, y al sistema de protección establecido por la misma, que deberá relacionarse en su caso por el notario. Al efecto cabe recordar:

- Que en nuestro sistema jurídico, la restricción de la capacidad puede ser decidida por el juez, para determinados actos, para los cuales debe designar el o los apoyos necesarios que *faciliten* a la persona cuya capacidad se restringe, el ejercicio de sus derechos y la toma de decisiones. Sus funciones, establecidas en la sentencia, son naturalmente de acompañamiento y asistencia, o excepcionalmente tratarse de un apoyo intenso con representación (art. 101 CCCN). El apoyo siempre debe actuar para promover la autonomía y favorecer las decisiones de acuerdo a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.
- Por excepción, el art- 32 CCCN establece que 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.

Hay que tener en cuenta que las restricciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona. Solo *determinados actos podrán ser restringidos por la sentencia*; quedarán otros, en especial los derechos personalísimos, cuyo ejercicio no debe ser restringido por el reconocimiento y respeto de su dignidad como persona humana. En este ámbito el notario tiene un amplio margen de actuación para aconsejar y promover el ejercicio de estos derechos.

Aún en el caso de estar la persona sometida a un régimen de sustitución, siendo necesaria la intervención de curador, o el apoyo con representación, para la validez y eficacia jurídica del acto, **si bien esto no es exigido por nuestro ordenamiento jurídico**, es conveniente siempre procurar la participación efectiva de la propia persona con discapacidad a quien se le brindará igualmente la labor de asesoramiento e información pues el documento notarial recogerá un acto jurídico suyo y ello asegurará el cumplimiento de los principios que emanan de la CDPD.

4.- PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL DE RESTRICCIÓN DE SU CAPACIDAD

Quedan incluidas las PCD² o las que tienen dificultades en el proceso de toma de decisiones para el otorgamiento de un acto jurídico, que no tienen restringida judicialmente su capacidad jurídica a pesar de estas limitaciones. Estas situaciones exigen del notario profundizar y adecuar su labor de asesoramiento, consejo, apoyo y asistencia para conocer su voluntad, el grado de aptitud mental para la comprensión del acto requerido y de sus consecuencias jurídicas.

El reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica que hace el artículo 12 CDPD, y el principio de presunción de la capacidad jurídica de la persona humana, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, plasmado en el ordenamiento civil - art. 31 CCCN- deben ser los pilares de la actuación notarial. Su responsabilidad es que la expresión de voluntad de la persona sea libre, consciente, y debidamente informada.

El notario controla la legalidad de los actos que autoriza, conforme las leyes que resulten aplicables, interpretadas de acuerdo a los principios constitucionales y tratados de DH en los que la República sea parte, así como lo establece el nuevo CCCN, en sus dos primeros artículos, referidos a la aplicación del derecho y realiza en cada caso el juicio de discernimiento para permitir el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, brindando su apoyo institucional. Su actuación puede ser la puerta de acceso para el efectivo ejercicio de derechos fundamentales o transformarse en un impedimento insalvable, a través de su negativa al otorgamiento del acto requerido.

Es importante tener en cuenta la trascendencia de nuestra función en tal sentido, y no negar nuestra actuación ante las posibles dudas iniciales que puedan surgir, hasta tener la plena convicción de la existencia o no del discernimiento suficiente de la persona que requiere nuestro servicio como oficial público y profesional de derecho.

5.- AJUSTES RAZONABLES A LA COMPARECENCIA

Los ajustes razonables *son 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 PCD el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.* (Art. 2 de la CDPD).

² Para facilitar la lectura se utilizan las siglas PCD para designar a las personas con discapacidad, al igual que CDPC para designar a la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad.

Es necesaria la comunicación o intermediación del notario con él o los requirentes, para que expresen con claridad en audiencias previas, cuál es su voluntad, los fines que tienen en cuenta para el negocio que aspiran concretar, para que las partes puedan ser debidamente asesoradas, sobre la legalidad y las consecuencias, efectos jurídicos de la actuación notarial, y el de las manifestaciones que van a incorporar al instrumento y, en definitiva, van a hacer suyas.

Se recuerdan las obligaciones que surgen del art. 301 CCCN el cual establece que el notario debe recibir “personalmente” las declaraciones de los otorgantes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto. Y, por su parte, el art. 304 CCCN se refiere a otorgantes con discapacidad auditiva.

Se sugieren como buenas prácticas de atención aplicar los ajustes que resulten necesarios para que la comunicación sea efectiva, y para que las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios notariales en condiciones de igualdad a la de cualquier persona.

Facilitar el uso de una comunicación aumentativa y alternativa, como por ejemplo el uso de lenguajes de signos a través de intérpretes, braille y todos los demás medios, modos y formatos de comunicación accesibles, tales como mediadores o elementos tecnológicos.

Resulta imprescindible la escucha activa de la persona, de su opinión, su voluntad y deseos.

Las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, así como las personas sordas, hipoacúsicas, sordociegas y las personas mayores pueden requerir mayor tiempo y disponibilidad personal para comunicarse. En caso de no comprender la consulta realizada, se sugiere preguntar nuevamente evitando situaciones de nerviosismo, utilizando un lenguaje sencillo y claro, otorgando el tiempo necesario, y evacuando todas las dudas.

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

Consultar con la persona en qué forma le resulta más fácil la comunicación, qué apoyo necesita. Por ejemplo: si le facilitaría realizar por escrito las preguntas o respuestas.

Hablarle directamente, repetir si es necesario, y volver a preguntar.

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

Se recomienda manejarse con naturalidad, evitando sobreactuaciones y utilizar un lenguaje sencillo, sin incurrir en infantilismos (por ejemplo, excesivo uso de diminutivos), evitando la pérdida del rigor técnico exigible, conciliado con la debida sencillez.

Es recomendable la capacitación de los notarios y del personal auxiliar, en la necesidad de implementar estos ajustes razonables.

6.- ACCESO UNIVERSAL

Se recomienda la formación en el “diseño universal” integrado en el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad. En particular para facilitar la circulación de personas con discapacidad sensorial (visual, auditiva y sordoceguera) se sugiere la señalización en lugares adecuados y formatos accesibles.

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

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

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

7.- LENGUAJE SENCILLO

Se recomienda la elaboración de oraciones cortas, utilizando un lenguaje claro, en los términos de la ley provincial 15.184, evitando tecnicismos, con letra lo más clara posible y con un formato que facilite la lectura y la comprensión.

En consecuencia, es recomendable adaptar el lenguaje utilizado en función de circunstancias tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, la situación de discapacidad o las condiciones socioculturales.

Vocalizar bien, pero sin exageración y sin gritar. No hablar deprisa. Respetar los turnos de conversación. Construir frases cortas y simples. Si es necesario, ayudar la comunicación con un gesto o una palabra escrita. Si durante la conversación se deben mencionar nombres, apellidos o palabras poco comunes, se recomienda recurrir a la escritura.

No completar la frase del que le está hablando, dejar que la persona la termine.

Reformular los conceptos de ser necesario.

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

La lectura «explicativa» de la escritura, la que no puede concebirse como una mera declamación rutinaria y aséptica del texto escrito, debe ser una comunicación comprensible y operativa (que permita decidir con suficiente conocimiento de causa) del contenido íntegro de dicho texto.

Es esencial este tipo de lectura, simplificadora y aclaratoria del documento público, por parte del notario. Se recomienda que se brinde el tiempo necesario para que la PCD se exprese, ante la práctica enraizada de sustituirla.

La lectura comunicativa ha de adaptarse cuidadosamente a la aptitud mental de comprensión, cultura de los otorgantes, de modo que éstos sepan al tiempo de la firma, que es el momento de la verdad, aquello a lo que van a obligarse. Este es el último reducto del deber de asesorar.

8.- APOYOS

El reconocimiento a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas y el modelo de asistencia en la toma de decisiones, constituyen el NUCLEO CENTRAL del modelo convencional.

El art. 12 de la CDPD reconoce que las PCD tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de su vida, y obliga a los estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las PCD al APOYO que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Puede conceptualizarse el *apoyo* como el acto de prestar ayuda o *asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar* en la sociedad. En el ámbito convencional, son aquellos medios, personas o ajustes razonables necesarios para que la persona pueda comprender y formar su voluntad en relación con un acto jurídico concreto. Conforme el art. 43 CCCN se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Los sistemas de apoyo son diversos, pueden incluir la asistencia personal, la movilidad, apoyos destinados a facilitar la vida cotidiana, apoyos para la toma de decisiones, los destinados a superar las barreras que limitan la capacidad de comunicarse o hacerse entender, para que la persona con discapacidad pueda gozar el derecho a vivir en forma independiente, en los términos establecidos en el art. 19 de la Convención, y a ser incluido en la sociedad, diseñando su propio proyecto de vida.

En este punto, resalta la función del notario como Apoyo institucional para el ejercicio de derechos y como autoridad en relación con las salvaguardias en un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida. Es un apoyo técnico por la actividad asesora e informativa y de consejo que realiza el notariado.

La actividad notarial debe comprobar que el apoyo no es sustitutivo de la voluntad de la persona. Este control debe centralizarse en que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad forme su propio consentimiento.

El notario debe calificar el resultado final de la actuación con apoyos, ya sean formales determinados judicialmente o informales (art. 43 CCCN); en caso de juicio negativo

puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada

9.- ACTIVIDAD CREATIVA. NOMBRAMIENTO DE APOYO Y SALVAGUARDIAS

Es necesaria la capacitación de los notarios y la toma de conciencia del rol que les compete como garantes del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana. Estudiar y promover reformas legislativas que sean necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos de la CDPD: apelar a la creatividad jurídica del notario para elaborar nuevos instrumentos jurídicos que respondan a la nueva realidad social tal y como ha pasado en otros ámbitos: como los actos de autoprotección, poderes preventivos, planificación sucesoria en protección de las personas con discapacidad, nombramientos de curadores y apoyos, directivas anticipadas para muchos aspectos de la previsión de la propia incapacidad.

El notariado ve la nueva problemática de la sociedad y puede dar respuesta jurídica; proponiendo nuevas herramientas como directivas anticipadas en especial respecto de derechos personalísimos. Y podrá otorgar verdaderos convenios de nombramientos de apoyos extrajudiciales en los términos del art. 43 del CCCN y salvaguardas para su contralor, por tanto, colaborar con una eficaz implantación del sistema de apoyos, que surge de la CDPD.

10.- RECOMENDACIÓN FINAL

Se recomienda dejar constancia en el instrumento público (pre constitución de pruebas) de todas las actuaciones realizadas por el notario como apoyo institucional, así como de las medidas de apoyo, materiales, funcionales o de cualquier índole que han permitido a la persona ejercitar el derecho concreto de que se trate.

LA OBSERVACION DE ESTA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS IMPLICARÁ:

1. CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LA CDPD.
2. PERMITIR EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD A LAS PCD.
3. ALCANZAR LA LEGALIDAD DE LAS OPERACIONES DE EJERCICIO NOTARIALES VINCULADAS A ESTA CATEGORIA DE REQUIRENTES.

4. CONSOLIDAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS NOTARIALMENTE INSTRUMENTADOS.

Comisión de Género y Derechos Humanos

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

República Argentina 2021