

**LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL: EL NOTARIO
“OMBUDSMAN SOCIAL”.**

Almudena Castro-Girona Martínez
Notario de Barcelona.

ÍNDICE

1	Introducción	2
2.	IMPACTO DE LA CDPD EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL	9
2.1	¿Qué es el notario?	10
2.2	El deber de asesoramiento	10
2.2.1	Información	10
2.2.2.	Consejo	12
2.2.3	Asistencia	12
2.2.4	Asesoramiento en sentido estricto	13
2.3	El juicio notarial de capacidad	14
2.4	¿Qué tipo de actos autoriza el notario?	15
3.	LA ACTUACIÓN NOTARIAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO DOCE DE LA CONVENCIÓN: EL NOTARIO COMO AUTORIDAD O DEFENSOR SOCIAL.	17
3.1	Expresión de voluntad y asesoramiento	18
3.2	Prestación de consentimiento informado	18

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL: EL NOTARIO “OMBUDSMAN SOCIAL”.

Almudena Castro-Girona Martínez

Notario de Barcelona.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación por parte de la ONU de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (De aquí en más CDPD) ha supuesto un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa a la discapacidad en el plano de los Derechos Humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad.

Fue aprobada el trece de Diciembre de 2006 después de un proceso de negociación increíblemente rápido en el ámbito internacional en el cual colaboraron conjuntamente no sólo los gobiernos de los distintos estados sino también la sociedad civil y en concreto el movimiento asociativo de las personas con discapacidad reflejando el ya acuñado lema: “*nada de la discapacidad sin la discapacidad*”.

Entró en vigor el tres de mayo de 2008 al trigésimo día de la veinteava ratificación por parte de los estados firmantes de la CDPD convirtiéndose en un instrumento jurídico vinculante exigible para todos aquellos Estados que la han ratificado, en la actualidad, mas de 140, así, para aquellos Países más desarrollados supone un paso trascendental y más aún para aquellos países menos desarrollados en este campo, pues la CDPD ha de suponer un antes y un después para este colectivo al constituir, quizás, el único instrumento jurídico vinculante en esta materia que permita "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas a las personas con discapacidad".

Decíamos que supone un cambio de paradigma puesto que de un modelo médico o rehabilitador se pasa a un modelo social o integrador, en efecto, en épocas anteriores se concebía a la persona con discapacidad como personas enfermas que debían estar apartadas, incluso ocultas, y que mediante el correspondiente tratamiento médico debían superar su deficiencia y adaptarse al modelo de vida existente en la sociedad, sin

embargo, la CDPD considera, como no puede ser de otra manera, a la persona con discapacidad ante todo desde su dimensión humana y personal. Se trata de personas que se encuentran en una situación de desventaja social que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades, y no al revés, teniendo como eje fundamental la dimensión universal de los derechos fundamentales de la persona de modo que el "problema" no está en la persona sino "en la sociedad".

Ahora bien, esa perfecta integración debe producirse en base a la autonomía de la persona con discapacidad, dentro, claro está, de sus propias capacidades, es decir ha de protegerse y fomentarse la participación activa de la persona con discapacidad en el logro de aquellos objetivos que sean esenciales a su persona, es decir, en el desarrollo de su propia personalidad.

Esto tiene una vital importancia en el ámbito del derecho, y en particular, en el ámbito del derecho civil puesto que enlaza directamente con la capacidad jurídica y de obrar de las personas, que es la que permite el desarrollo de esa autonomía, y que vienen consagradas en el artículo doce la convención, si bien, antes de entrar a desarrollar esta materia, realizaremos, aunque sea de forma breve, una pequeña exposición de los principios y derechos reconocidos en el citado instrumento internacional.

Así el artículo 1 de la CDPD recoge la finalidad de la misma y una definición amplia de discapacidad al establecer que el propósito es:

"promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas a las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás"

Por su parte el artículo 3 reconoce los principios generales, tales como: a) el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona, b) la no discriminación c) la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad d) el respeto a la diferencia e) la accesibilidad f) la igualdad entre el hombre y la mujer o g) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, entre otros.

De este modo queda proscrita la “discriminación por motivos de discapacidad” entendiéndose por tal 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 condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. (Artículo 2)

Los ajustes razonables son, según la CDPD, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (Artículo 2)

La CDPD consagra una serie de derechos que, autores como García Pons, clasifican en:

a) derechos de igualdad, como son los de igualdad y no discriminación, (Artículo 5) accesibilidad (Artículo 9) igual reconocimiento como persona ante la ley (Artículo 12) e igualdad en el acceso a la justicia.

b) derechos de protección, como la protección de la vida (Artículo 10), la protección en situaciones de riesgo y emergencia humanitarias (Artículo 11) etc.

c) derechos de Libertad y autonomía personal, como la libertad y seguridad personal (Artículo 14), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (Artículo 18) etc.

d) derechos de participación, como la participación en la vida política y pública (Artículo 29) y

e) derechos sociales básicos, como la educación, el trabajo y el empleo o la salud.

Como hemos señalado antes es patente la relación directa que existe entre el principio de autonomía personal y la capacidad de obrar de la persona con discapacidad desde el punto de vista jurídico civil, de modo que sin pretender restar importancia al conjunto del articulado de la CDPD, es quizá su Artículo 12 uno de los preceptos a los que hemos de otorgar mayor relevancia y que pasamos a analizar.

La redacción definitiva de este artículo fue fuente de graves discusiones e incluso estuvo a punto de poner en peligro la adopción misma del texto final de la convención, la discusión se centraba en la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, pues mientras los países de cultura occidental tanto de Europa como de América, liderados por los de la UE, abogaban por el reconocimiento pleno de la capacidad de obrar, otros,

como los países islámicos, China y Rusia, se limitaban exclusivamente a la capacidad jurídica, lo que provocó la asombrosa inclusión de una salvedad mediante una novedosa "nota a pie de pagina" en el propio precepto que fue posteriormente suprimida en el texto definitivo que fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, de modo que la redacción final del nombrado artículo queda como sigue:

“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.”

Este precepto distingue claramente los dos conceptos clásicos de capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y que es inherente al ser humano por el sólo hecho de ser persona y la capacidad de obrar o aptitud para ejercitar esos derechos y asumir obligaciones que, frente a la anterior, admite graduaciones y que en el ámbito que nos ocupa se refiere claramente a las personas con discapacidad intelectual o psíquica puesto que las personas con discapacidad física o sensorial no tenían o tienen "cuestionada" su capacidad de obrar pues cosa distinta será la necesidad de establecer medios técnicos o eliminar barreras que les permitan ejercer esa capacidad de obrar.

Por tanto, el tema se plantea en cuanto a la discapacidad psíquica y/o psicosocial y a su vez hemos de distinguir dentro de éstas según los tipos de discapacidad, a este respecto, son algunas las voces de preocupación por parte de la doctrina de la ausencia de referencias en la convención a la diversidad dentro de la discapacidad pues, como hemos señalado anteriormente, las medidas necesarias para el goce y ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica o psicosocial.

Así y partiendo de esta concepción clásica que impera en los países occidentales y que en los trabajos preparatorios de elaboración de la convención impuso con fuerza y rigor la Unión Europea, vemos como los dos primeros párrafos del artículo se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica, inherente a toda persona, así como también el último inciso del precepto pues habla del reconocimiento del derecho a la propiedad y en concreto el que se deriva de la herencia.

En realidad y como pone de manifiesto Pérez Bueno el primer apartado –no crea *ex novo*- sino que comprueba y refuerza una situación jurídica previa, preexistente– el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. El segundo, es más categórico, despliega un mayor alcance y desencadena efectos más desestabilizadores, pues afirma de modo taxativo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.

Ahora bien, los apartados más polémicos son el tercero y el cuarto, así en el párrafo tercero se reconoce la capacidad de obrar aunque sin mencionarla expresamente con esta terminología latina, pero como sabemos, no es otra cosa que "el ejercicio de la capacidad jurídica" imponiendo a los Estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo que les

permita su ejercicio, lo que supone en palabras de Cayo Perez Bueno una "verdadera carga de profundidad" a los sistemas latinos de sustitución.

Mención especial se merece el apartado cuarto pues impone a los estados la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las salvaguardias adecuadas y efectivas en el ejercicio de esa capacidad jurídica, no como limitación, sino para impedir abusos, imponiendo que en todo caso esas salvaguardias o "ajustes razonables" aseguren el respeto de sus derechos y de su "*autonomía*" evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida, procurando en todo momento que esas salvaguardias sean proporcionales, adaptadas a la "*persona*" sujetas a un control por parte de una "*autoridad u órgano judicial*" atendiendo siempre al "*superior interés de las personas con discapacidad*".

Por todo lo expuesto es lógico que autores como Palacios o Bariffi afirmen que estamos ante "una disposición de vanguardia y de gran importancia para las personas con discapacidad pues impone a los estados obligaciones que en su gran mayoría significará la reforma de la legislación doméstica sobre capacidad de obrar" así el tradicional modelo de la capacidad basado en la "sustitución" de la persona debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de toda persona y que la doctrina coincide en denominar "sistema de apoyo" de modo que es claro que esta convención debe producir cambios sustanciales en los ordenamientos jurídico privados en materia de capacidad.

Ahora bien, no sólo el artículo 12 impone esta obligación a los estados firmantes, sino que a lo largo de todo su articulado enumera las medidas necesarias, que deberán adoptar los diferentes países signatarios, para remover los obstáculos que puedan suponer desigualdad o trato discriminatorio respecto de las personas con discapacidad, así, pensemos en el artículo 8, que habla de "promover la toma de conciencia respecto de las *capacidades*....de las personas con discapacidad" o en el artículo 26 que señala que los estados adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el "*apoyo*" de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación en todos los aspectos de la vida, o el artículo 32.1 que, basándose en la importancia de la cooperación internacional, señala como medida " el facilitar y apoyar el fomento de la capacidad incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y practicas recomendadas entre los Estados".

Es claro, por tanto, que los Estados Signatarios de la CDPD habrán de adaptar sus legislaciones a las exigencias del instrumento internacional desde el momento en que la ratifiquen, y es en este ámbito donde se mueve el polémico tema de la conveniencia o inconveniencia de la incapacitación judicial de las personas con discapacidad y la procedencia, y ahora incluso, necesidad, más aun, “*la obligación*” de establecer procedimientos alternativos, de métodos distintos que se basen en el respeto a la persona y contribuyan al desarrollo de todas sus capacidades y aptitudes, única forma de conseguir la plena integración social de las personas con discapacidad.

Así cabe pensar en formas más flexibles, temporales, revisables y voluntarias que respeten esa autonomía basadas en el superior interés de la persona con discapacidad, hemos de ser capaces de generar nuevos sistemas legales que garanticen el cumplimiento efectivo de la CDPD, es decir, la igualdad en plenitud ante la Ley de las personas con discapacidad, sin restricciones o mermas por este motivo.

Las personas con discapacidad pasan a ser sujetos activos de derecho, dentro de la capacidad de obrar que consagra la convención y con los apoyos externos que se necesiten, ahora bien, hay que tener sumo cuidado en las reformas legislativas que abordemos, hemos de establecer un abanico de mecanismos que permitan el fomento de la autonomía de las personas con discapacidad e impidan los abusos o influencias indebidas, en este sentido, la sociedad tiene ante sí un reto, y como señala Cayo Pérez Bueno el reto del artículo 12 “requerirá de los Estados, de los legisladores, de los operadores jurídicos y de los tejidos sociales un enorme esfuerzo de creatividad e imaginación para establecer normativamente nuevas instituciones, basadas en otros valores, principios y conceptos”.

En esto reto, uno de los operadores jurídicos que tiene la obligación de intervenir es el Notariado, dada la profunda preparación técnica jurídica que tenemos y la experiencia vivida en cada uno de los respectivos despachos, pues el colectivo notarial, autoridad pública altamente cualificada en Derecho Privado y en contacto directo con la realidad, tiene que estar en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad en una materia tan importante para todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición e ideología, como es la defensa y protección de los derechos de las personas con discapacidad pues el notario, en el ejercicio de su función está íntimamente vinculado a los derechos de la persona y al bienestar de las familias y debe dar soluciones jurídicas a los problemas de las personas más vulnerables.

Hemos de construir un nuevo sistema jurídico, cuya piedra angular sea, no la disminución o anulación de la capacidad jurídica o de obrar por razón o a consecuencia de discapacidad, sino el establecimiento de apoyos de todo tipo para que la toma de decisiones y el gobierno de sí, de sus derechos e intereses sean realizados por la propia persona con discapacidad suministrándole en el ejercicio de esos derechos los ajustes razonables que sean necesarios.

¿Cuáles deberían ser esos nuevos mecanismos que deben establecerse en los diferentes estados para dar cumplimiento a la implantación de un sistema de "apoyo" basado en la autonomía de la persona con discapacidad?

En este sentido, son muchas las voces en la doctrina que acuden a un expediente que resulta seguro: la intervención de una autoridad pública encargada de la seguridad jurídica preventiva como es el Notario, se trata de expedientes seguros por que un funcionario y profesional de cualificación reconocida emitirá un juicio de capacidad de fuerte presunción legal a favor de la capacidad suficiente de las personas con discapacidad, idea en la que se basa la figura del patrimonio protegido en España que habla de capacidad de obrar suficiente ya desde el año 2003.

2. IMPACTO DE LA CDPD EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL

2.1 ¿Qué es el notario?

Según el artículo 1 del Reglamento Notarial vigente, «los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos». Y añade que, «como funcionarios, ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos. Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes». «Como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar», debiendo completarse este último extremo, también aludido por el artículo 1, con lo preceptuado en el artículo 147 del mismo texto reglamentario, cuando señala que «el Notario deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad común de los otorgantes».

Por tanto, concurren en el Notario dos dimensiones: La de fedatario público y la de jurista, dimensiones que, como señala Campo Güerri no deben contraponerse sino que la primera define la función y la segunda describe una parte de ella.

El Notario español es de raíz latino-germánica, es el que existe en los siguientes países miembros de la Comunidad Europea: Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia y Luxemburgo, así como, con alguna particularidad que en Portugal, esto es, en todos los países de nuestro más próximo entorno, de nuestra misma civilización y cultura y de organización democrática moderna.

Pero también este tipo de Notario existe en Austria y Suiza, en todos los países de Iberoamérica, excepto Cuba, en Canadá, en Japón, en Turquía y, aunque sólo sea en forma incipiente, en algunos países africanos como Marruecos Costa de Marfil, Senegal y otros.

En este sistema el Notario es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo.

El Notario es configurado pues, en las leyes de esos países, como un profesional del Derecho dotado de fe pública que, por tanto, es un instrumento de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos o, si se prefiere utilizar la terminología hoy predominante, entre los consumidores.

Dentro de la actividad que realiza el notario voy a centrarme en el deber de asesoramiento en sentido amplio y posteriormente en el “*juicio de capacidad*”.

2.2 El deber de asesoramiento.

El Reglamento Notarial considera que son partes integrantes del asesoramiento notarial, en su más amplio sentido, las actividades de información (*ex* artículos. 147 y 194), consejo (*ex* artículo. 1), asistencia (*ex* artículo 147 párrafo 3.º) y asesoramiento, en sentido estricto (*ex* artículo 1).

2.2.1 Información.

Dispone el artículo 147 del reglamento Notarial:

“El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado...Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.”

El Notario debe, de modo muy principal, informar al ciudadano y, en base a sus aspiraciones, a la finalidad perseguida y a su voluntad negocial, informará sobre los requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico dándole la forma jurídica más adecuada, pero también informará sobre el alcance y consecuencias del acto jurídico que las partes pretenden. Sólo así podrán éstas formar correctamente su consentimiento, cumpliéndose de ese modo la clásica cita del Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927 que llevo a decir:

“el notario no sólo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero prudente de los individuos y de las familias.”

A diferencia del Abogado, que tiene un deber profesional de parcialidad, el Notario ha de atender por igual a los intereses de las distintas partes en juego, pues la función pública «ha de ser prestada a todos en igualdad de condiciones»; con la particularidad de que, a la hora de informar, esta imparcialidad, como después veremos, no debe ser simplemente formal, lo que en casos de notoria desigualdad de los otorgantes implicaría una verdadera toma de partido por uno de ellos, sino sustancial, como se refleja en el artículo 147 del Reglamento Notarial y admite unánimemente la doctrina notarialista, de manera que el fedatario habrá de prestar un «plus» de asistencia, una información más completa y exhaustiva al contratante más débil.

2.2.2. Consejo.

El artículo 1 párrafo 2.º del Reglamento Notarial dispone que:

«como profesionales del Derecho, los Notarios tienen la misión de aconsejar a quienes reclaman su ministerio los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar».

Si al informar el notario explica los caminos posibles para conseguir los fines que los otorgantes pretenden, con sus características, riesgos e implicaciones, al aconsejar, recomienda dentro de esos posibles caminos, el más adecuado, así los particulares suelen requerir del fedatario un consejo, una orientación, y ello es una muestra de la confianza que la sociedad tiene depositada en la profesión notarial, en base no sólo a los conocimientos técnicos que tiene acreditados, sino, sobre todo, a su constante servicio a la verdad, y a la prudencia que normalmente acompaña su intervención.

El servicio que el fedatario presta al cuerpo social como consejero se enmarca, según Mezquita del Cacho, dentro de la dimensión pública de su función, hasta el extremo que el deber de aconsejar, que se enmarca dentro de un escrupuloso respeto y control de legalidad, prevalece aun cuando la petición de orientación no vaya acompañada de un simultáneo requerimiento documental, pudiendo muy bien consistir este consejo en que, precisamente, no sea formalizado documento alguno.

2.2.3. Asistencia

Este deber de asistencia tiene una doble manifestación, pues por un lado, deriva del deber de imparcialidad el que deba prestar una asistencia más esmerada al otorgante más débil, más necesitado de ella, y por otro implica un compromiso duradero pues, asesoradas, informadas y aconsejadas las partes, las acompañará por todo ese camino jurídico que hayan optado.

Esta Obligación de proteger al más débil viene consagrada en el párrafo tercero del artículo 147 del reglamento Notarial, de modo que el notario ejerce, en palabra de Raposo Fernández, de “*ombuds-man*” social, pues debe prestar de asistencia o apoyo al contratante que se encuentra, por sus circunstancias económicas o culturales, en condiciones de inferioridad.

2.2.4. Asesoramiento en sentido estricto

Este deber añade calidad y utilidad al ejercicio de la fe pública notarial y hasta tal punto es inherente a esta función, que ello justifica, la naturaleza gratuita del asesoramiento, determinada en la Norma Segunda del Anexo II del Real Decreto de 17 de noviembre de 1989, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que dispone: «El Notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice».

La obligación de asesorar viene recogida en el artículo 1 párrafo 2.º del Reglamento Notarial cuando dice que, «como profesionales del Derecho, los Notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio».

El asesoramiento, propiamente dicho, es, según Lopez Burniol “el que el fedatario ha de prestar de oficio a aquel de los otorgantes que lo precise y que aparezca en situación de desequilibrio respecto al otro, más poderoso, más culto o con asistencia jurídica propia”. El Notario no puede ser neutral, a criterio de dicho autor, que compartimos, ante el riesgo de injusticia, fraude o abuso, ni ante la falta de libertad civil en la manifestación de la voluntad, y culmina en palabras del citado autor en «el último reducto del deber de asesorar», que no es otra cosa que la lectura «explicativa» de la escritura, cuyo concepto perfila con las siguientes palabras: «La lectura de la escritura no puede concebirse como una mera declamación rutinaria y aséptica del texto escrito, sino como una comunicación comprensible y operativa (que permita decidir con suficiente conocimiento de causa) del contenido íntegro de dicho texto. Con tal fin, esta lectura comunicativa ha de adaptarse cuidadosamente a la capacidad y 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».

Desde la primera visita que hace el cliente a la notaría hasta la lectura «explicativa» que acabamos de ver y subsiguiente firma de la escritura, hay una sucesión de pasos que el Notario debe recorrer personalmente en ejecución de su misión asesora. En este “*iter notarial*”, es él solo, en la intimidad de su despacho, quien debe recibir, aconsejar y ayudar a conformar la voluntad de la persona y quien la traslada al documento, proceso en que cada fedatario aplica su formación y personal criterio, pero también sus propias consideraciones deontológicas o morales.

2.3. El juicio de capacidad notarial.

El “juicio de capacidad” es una de las funciones de mayor trascendencia que el notario realiza en lo que hemos llamado “*iter Notarial*” en aras a conferir seguridad jurídica al negocio que se formaliza a través del instrumento público, manifestación, además, del control de legalidad que compete al notario. Se reconoce como tal exigencia en el artículo 156. 8º del Reglamento Notarial cuando dispone:

“La comparecencia de toda escritura expresará:...

8º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tiene la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación....”

Comprende tanto la capacidad natural como la capacidad de obrar, y se caracteriza por (1) ser una competencia exclusiva del notario, que la ejerce bajo su responsabilidad (2) ser requisito de toda escritura pública, así como de las pólizas, (3) alcanza a indagar si los comparecientes, en el concepto en que intervienen, comprenden la trascendencia de su actuación y quieren los efectos derivados de ella, (4) supone la verificación ,en la medida de lo posible, de la ausencia de vicios del consentimiento y (5) se refiere a la capacidad necesaria para el acto concreto de que se trate, no a la capacidad general o en abstracto.

Su extraordinaria trascendencia deriva de que en base a ese juicio notarial, previo y necesario para el otorgamiento, se crea una “especial relevancia de certidumbre” que supone una “presunción *iuris tantum*”, vinculante “*erga omnes*” y que obliga a pasar por ese juicio en tanto no sea revisado judicialmente.

En el ejercicio de la capacidad de obrar de las personas, como medio de seguridad jurídica preventiva, es necesaria la presencia de una autoridad pública y profesional del derecho como es el notario, que les permita conocer el alcance del negocio jurídico que se proponen realizar. Así y como señala el artículo 167 del Reglamento Notarial:

“El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones de derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tiene capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”.

Es el notario el que comprueba que el consentimiento se ha formado regularmente, ausente de vicios y debidamente informado de los comparecientes, es uno de los presupuestos de la validez del negocio, queda clara la importancia de la actuación notarial al apreciar y confirmar la capacidad de los otorgantes.

El notario es el profesional-funcionario pues prácticamente está presente en la mayoría de los países y su función de imparcialidad u asesoramiento es imprescindible para asegurar que la voluntad de la persona se ha formado adecuadamente. El Reglamento Notarial en España exige así (en los artículos 156, 156.8º y 167 del RD 45/2007, de 19 Enero anteriormente citado) a esta autoridad que se asegure de que a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad civil suficiente para otorgar el acto o celebrar el negocio concreto, pues dependerá de la naturaleza del acto o contrato y de las exigencias que el Derecho Sustantivo en orden a la capacidad de las personas.

2.4. ¿Qué tipo de actos autoriza el notario?

De lo hasta aquí expuesto vemos que cualquier persona que solicita la intervención notarial, con independencia de cuál sea su nacionalidad, origen, condiciones físicas, sociales, económicas, aptitudes, estudios, formación, color del cabello o altura recibe del notario toda la labor de asesoramiento, control de legalidad, valoración de la capacidad señaladas, es decir, recibe la actuación notarial inescindible del funcionario público y profesional del derecho.

Por otro lado, cabe preguntarse qué tipo de actuaciones pueden realizarse, es decir, que tipo de intervención puede tener una persona en el ámbito notarial, a este respecto el artículo 144 del reglamento Notarial establece:

"Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos

de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.

Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones.

Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna"

De este modo, y con carácter general, podemos distinguir:

a. Los otorgantes de las Escrituras Públicas, que son las que contienen declaraciones de voluntad, pensemos en las compraventas, las donaciones, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales, los poderes, las herencias, los pactos sucesorios etc. es decir actuaciones en el ámbito de las relaciones de la persona, ya sean, patrimoniales, familiares o personales.

b. A los otorgantes de las pólizas, que se centran en el ámbito Mercantil y Financiero en los términos señalados en el propio artículo, pensemos, en los préstamos y créditos, el leasing, compraventa a plazos de bienes muebles, pignoraciones etc.

c. A los requirentes de las Actas donde se constatan hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos, pensemos en las Actas de fotos, en las de Manifestaciones, en las actas de reagrupación Familiar para constatar la dignidad de la vivienda en caso de procedimientos de reagrupación familiar de inmigrantes etc.

Vemos por tanto, que en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, el notario forma parte del diseño constitucional que confiere seguridad jurídica a un Estado (artículos 9.3 de la Constitución Española) y forma parte en concreto del sistema de seguridad jurídica preventiva, siendo la autoridad pública que por definición se encuentra en lo que la doctrina notarial denomina, el momento de la verdad, cuando se forma e informa la voluntad de las partes en cualquier tipo de acto o contrato ya sea del ámbito familiar, personal o patrimonial.

3. LA ACTUACIÓN NOTARIAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO DOCE DE LA CONVENCIÓN: EL NOTARIO COMO AUTORIDAD O DEFENSOR SOCIAL.

Llegados a este punto cabe preguntarse qué relación guarda la actuación notarial con el reconocimiento de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad consagrada en el artículo doce de la CDPD, y para ello he de hacer una breve referencia a la situación en la que se encuentra en la actualidad la persona con discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el ejercicio de sus derechos jurídico-privados.

En palabras de Bolás Alfonso, la tónica general del Derecho Privado, hasta el siglo XX, ha sido la de buscar la protección del discapaz. Buen ejemplo de ello es el Código Civil español que centra su normativa en este campo en la guarda y custodia de la persona y bienes del “incapacitado” a través del organismo tutelar o de la patria potestad prorrogada. Y esta protección sólo se dispensa al incapacitado, es decir no al incapaz sino al declarado judicialmente como tal. De donde resultan dos ideas básicas:

a. La preocupación del legislador privado se centra en la protección pero no en la integración de la persona discapaz en la sociedad; y

b. Se actúa como si, en general, los discapacitados formaran un colectivo homogéneo, como si todas las personas que padecen alguna limitación, especialmente intelectual, precisaran del mismo trato. Se utiliza la expresión plena capacidad, que se tiene o no se tiene, cuando en realidad debería atenderse a la idea de la “capacidad suficiente” para cada caso.

Frente a ello, hoy es necesario hacer efectivo en el Derecho Privado el principio constitucional sancionador de “*la igualdad de todas las personas*” y promover “*la integración*” atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

Así, conforme al derecho español, existe una presunción general a favor de la capacidad de la persona, pues conforme al código civil nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la ley.

La persona con discapacidad que haya sido judicialmente discapacitada sufre, lo que muchos autores denominamos “la muerte civil” de la misma, dado que, se le sustituye en su actuación, de modo que, su representante legal, el tutor, ejercerá sus derechos, pudiendo darse esa incapacitación judicial si en la persona sometida al procedimiento judicial se dan las causas previstas por la ley, es decir, “la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse

por sí misma” de modo que la causa de la incapacitación se basa, en su totalidad, en la idea que informó al antiguo modelo médico o rehabilitador.

Sin embargo la CDPD obliga a los Estados a suprimir el modelo de sustitución por el de apoyo en los términos previstos en el ya mencionado artículo 12. Este es el meollo de la cuestión. Se ha superado la idea de que hay dos grupos de personas: capaces, que pueden ejercer por sí mismas la capacidad de obrar; personas que, por no tener capacidad plena no podían comparecer para realizar negocio jurídico alguno.

Ahora bien, y ¿qué ocurre si la persona que comparece ante notario es una persona con discapacidad?, lógicamente, y como hemos dicho anteriormente, debe recibir, al igual que cualquier persona, la actuación notarial inescindible del funcionario público y profesional del derecho, es usuario de ese servicio público que presta el notario en esa doble dimensión con todos los aspectos que han desarrollado anteriormente, es decir, de asesoramiento, información, consejo, defensoría social etc.

Llegados a este punto, hemos de distinguir entre los tipos de discapacidad, es decir, física, sensorial, psíquica o psicosocial, y además hemos de distinguir en que "iter" de la actuación notarial nos encontramos, de ahí que para el análisis de esta materia, seguiré en mi exposición ese "iter notarial" haciendo referencia a cada una de las discapacidades aludidas.

3.1 Expresión de voluntad y asesoramiento.

Como hemos visto anteriormente se trata de una fase en la que se confunden la exposición de las pretensiones del requirente o compareciente y el asesoramiento que presta el notario, que, como hemos visto, ha de indagar e interpretar su voluntad, supone, una necesaria comunicación del notario, en su función de ilustrar a las partes sobre las consecuencias jurídicas de su actuación, los efectos y alcance de las manifestaciones que van a incorporar al instrumento redactado por el notario y, en definitiva, van a hacer suyas.

De modo que en este ámbito han de proporcionarse aquellos ajustes razonables que sean necesarios para que se de esa comunicación, para que las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios notariales en condiciones de igualdad a la de cualquier persona.

Pensemos por ejemplo, en las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, implica que puedan, libremente, hacer uso de las lenguas de signos y de los

medios de apoyo a la comunicación oral en el campo propio de la actuación notarial señalando las conclusiones del “grupo de expertos Justicia y derechos Humanos” promovido por la Fundación Æquitas que los poderes públicos promuevan la prestación de servicios de intérpretes en lenguas de signos españolas en los mismos términos reconocidos por el artículo 143 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también, en el ámbito notarial.

Y en el caso de la ¿discapacidad psíquica o psicosocial? Igualmente se han de articular los mecanismos o vehículos jurídicos adecuados para que se de esa comunicación, gozando además de la intervención de una autoridad pública, el notario, que velará por informar la voluntad de las partes y evitar los abusos e influencias indebidas, es decir, se ha de articular ese traje a medida que permita el ejercicio de los derechos por la persona con discapacidad, de modo que, puedan acceder al servicio público en condiciones de igualdad sin sufrir el estigma de que se les niegue la actuación por razón de una enfermedad psíquica o psicosocial, sino, atendiendo a la capacidad para cada caso concreto, a la existencia de esa capacidad suficiente para el acto que desean realizar.

3.2. Prestación de consentimiento informado.

La culminación de todo este proceso debe suponer que los comparecientes e intervinientes en el instrumento público notarial lleguen a tener conocimiento, gracias precisamente a esa intervención notarial de (1) lo adecuado del negocio jurídico que se perfecciona a sus pretensiones, (2) de su adecuación a la legalidad en virtud del control previo que es obligación del notario, (3) de que el ropaje jurídico de que ha sido revestida su voluntad es el más conforme, jurídicamente, a ella y (4) de todos los efectos, no sólo de aquellos inicialmente pretendidos, si no también aquellos que derivan expresamente de la ley, que se derivarán de su actuación.

En esta fase igualmente han de darse aquellos ajustes razonables que permitan a la persona con discapacidad ejercitar sus derechos de modo similar a lo anteriormente expuesto.

Todo ello, unido a otras ventajas derivadas de la intervención notarial cuales serían el juicio de capacidad sobre las partes intervinientes, la emisión y formación libre de su voluntad y la fehaciencia derivada de la fe pública que ostenta el notario,

contribuyen de una manera clara a conseguir unas cotas importantes de esa seguridad jurídica a que nos referíamos al principio.

Además, hemos de señalar, que en el juicio notarial de capacidad influirán no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también el principio general del derecho de mayor interés de la persona con discapacidad y cuya apreciación deberá efectuar el notario conforme al principio de control de legalidad que preside la actuación notarial.

Como afirma Cabello de Alba para ello goza el notario de una posición privilegiada por varios motivos: el conocimiento de la realidad social y económica de la persona de que se trate, de su situación familiar, la proximidad al caso concreto a valorar, su relación de confianza con las personas que reclaman su actuación y, lo que es más, su decisión queda limitada al caso concreto que en cada momento se plantea, rodeada de unos parámetros que le son conocidos y, por tanto, más fáciles de evaluar. Además, dicha labor se corresponde claramente con la propia naturaleza y razón de ser de la función notarial, ceñir las disposiciones legales al caso concreto y con arreglo a las circunstancias del mismo.

Ello no debe entenderse en ningún caso como una subversión de disposiciones legales o resoluciones judiciales que resulten de aplicación, y tampoco como menoscabo de la seguridad jurídica que debe presidir la actuación notarial, sólo como un imperativo de adecuación de estas al caso concreto y la asunción de un criterio interpretativo que favorezca la inclusión social y el respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Se trata, nada más y nada menos, que de asumir una labor que favorezca el adecuado desarrollo de las personas con discapacidad, promoviendo, como consagra la convención, su inclusión en la sociedad, que en la medida posible su voluntad tenga cauce adecuado para regir sus persona y bienes y, en definitiva, que mas que objeto se conviertan, con la mayor plenitud posible, en sujetos de derecho pues el notariado esta integrado dentro de lo que el articulo doce de la convención de Nueva york denomina "autoridad" conforme a lo dispuesto por los articulos 60 y 61 del reglamento Notarial y dmeas legislación europea.

Ahora bien, junto a los notarios deberá existir una batería de ayudas o medidas que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica según su preferencia y según su voluntad. Ello implica que conozcan el efecto que tiene en su vida o patrimonio el otorgamiento del acto o contrato o la adopción de una u otra

decisión en el ámbito personal, que conozcan las demás alternativas existentes para que su elección se realice sin influjos indebidos.

Esto enlaza también con la llamada Jurisdicción Voluntaria que como señala Fernández Bujan permite resolver supuestos no contenciosos en los que un particular solicita la intervención de una autoridad jurídica. En algunos casos, será necesario que esta autoridad sea la judicial, pero existen otros muchos, fundamentalmente si no hay contradicción o controversia, en que los jueces pueden ser liberados de estas funciones siendo sustituida por otros profesionales del derecho, caso de los notarios, afirmando el citado autor que "Los expedientes que afectan a dichos supuestos serán tramitados con mayor brevedad, simplificación e inmediatez mejorando la situación jurídica de las personas con discapacidad, al agilizar e incrementar las garantías de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que afectan a este colectivo"

La CDPD erradica claramente los sistemas legales que restringen la capacidad jurídica por motivo de discapacidad. Pero no es sola o meramente negativa, como recuerda Ganzemuller asienta positivamente el paradigma de los apoyos, y aunque no lo define ni lo regula con detalle, sí establece las bases orientadoras, el marco de referencia oportuno, para que cada Estado en función de su realidad, su historia y su modelo normativo, genere un sistema propio acorde, en consonancia con la CDPD.

De modo que cualquiera que sean los mecanismos o soluciones a adoptar, hemos de partir de la base que esta Convención de los derechos humanos de las personas con discapacidad cambia todo nuestro panorama jurídico de derecho civil.