

UNA MIRADA PRINCIPIALISTA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA: APORTACIONES DESDE EL NOTARIADO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*A principalist view of legal capacity: contributions
from notary practice to human rights theory*

DOI: <https://doi.org/10.69633/19ybgf42>

Recibido: 09/06/2025 Aceptado: 19/08/2025

* Ismael Vargas Aiza

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8668-2190>

Universidad Gabriel René Moreno
ismaelvargas2646@gmail.com

RESUMEN

La Unión Internacional del Notariado (UINL), entidad que aglutina a los notariados del mundo, en su XVIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Puerto Rico (2021), concluye que ante la falta de reformas legislativas en los notariados miembros, de acuerdo con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), estos deben aplicar los principios y valores de los derechos humanos en la función notarial.

Este postulado ha generado muchas controversias, ya que la función notarial es una actividad reglada, cuya rigidez formal se ampara en el cumplimiento de la ley. El presente artículo pretende responder a interrogantes que emergen de la mencionada propuesta de la UINL.

La investigación se acoge dentro el paradigma interpretativo, cuyo enfoque responde a la investigación de tipo cualitativo; por tanto, solo pretende hacer un examen crítico bajo los métodos descriptivo y analítico de la literatura jurídica. Entre los resultados, se puede advertir la evidente adherencia del notariado latino con la tradicional teoría de la voluntad, lo dificulta ingresar en el tema de aplicación de principios y valores en la función notarial.

* Abogado y Notario de fe pública en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Docente de posgrado en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz.

Palabras Clave: *derechos humanos, modelo social de discapacidad, seguridad jurídica, aplicación de principios y valores*

ABSTRACT

The International Union of Notaries (UINL), an organization that brings together notariats from around the world, concluded at its XVIII Ibero-American Notarial Conference held in Puerto Rico (2021) that, in the absence of legislative reforms in member notariats, in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), they should apply the principles and values of human rights in notarial functions.

This postulate has generated much controversy, as the notarial function is a regulated activity, whose formal rigidity is based on compliance with the law.

The present article aims to respond to questions arising from the aforementioned UINL proposal. The research falls within the interpretative paradigm, whose approach corresponds to qualitative research; therefore, it only seeks to conduct a critical examination using the descriptive and analytical methods of legal literature. Among the results, one can notice the evident adherence of the Latin notariat to the traditional theory of will, which makes it difficult to delve into the topic of applying principles and values in notarial functions.

Keywords: *human rights, social model of disability, legal security, application of principles and values*

INTRODUCCIÓN

Ante las evidentes dificultades de aplicación por parte de los notarios de fe pública de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas (ONU) en Nueva York el año 2008, en el marco de las XVIII Jornadas Notariales en Puerto Rico¹ (2021) la Unión Internacional del Notariado (UINL), luego de intensos debates sobre cómo implementar este instrumento internacional en la función notarial, concluyó que sus países miembros deben aplicar los principios y valores de los derechos humanos como respuesta a la falta de reforma legislativa en sus Estados. Con esta propuesta, la UINL dio un paso importante en relación a la forma de aplicar el derecho por parte de los notarios, cuyo ejercicio se caracteriza por la rigurosidad de la forma legal, fundamentalmente sometida al principio de legalidad heredada del Estado de derecho.

El artículo 12 de la mencionada Convención reconoce que las personas con discapacidad son sujetos de derechos y por tanto tienen capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos por su propia cuenta. Bolivia ha ratificado la Convención el año 2009, mediante la Ley N° 4024 del 15 de abril de 2009 y, a pesar de los avances legislativos, como la Ley N°. 223 de Personas con Discapacidad y otras leyes como la Avelino Siñani. El último informe (2016) del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad recomienda la necesidad de implementar el modelo de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad.

¹ En tanto en los países miembros no se reforme la legislación civil y notarial que establezca el nuevo régimen legal aplicable en materia de capacidad jurídica, los notarios deben efectuar un juicio de discernimiento en términos del nuevo Derecho de la capacidad jurídica, considerando en forma especial la aplicación de los principios y valores de los derechos humanos, así como hacer constar que al juicio del notario los comparecientes tienen capacidad legal, permitiendo a las personas que cuenten con habilidad de discernimiento suficiente que lo requieran, los apoyos y salvaguardias que permitan interpretar su voluntad y preferencias para ejercer su capacidad jurídica por sí mismas.

La urgente necesidad de implementar el modelo de apoyos en la función notarial, ha generado mediante la comisión de los derechos humanos de la UINL la aprobación de la guía de buenas prácticas que permite orientar el trabajo de los notarios, pero que en la práctica es inaplicable tomando en cuenta la realidad económica latinoamericana.

Ahora bien, para considerar la propuesta sobre la aplicación de los principios y valores de los derechos humanos por la UINL, es vital reconocer al notario como aquel profesional garante o guardián de la legalidad; así, la postura de la UINL desafía la esencia propia del notariado latino², ya este profesional depende en gran medida de la voluntad del sujeto. Así, las personas que no cumplan con esta condición, deben ser excluidas del servicio notarial.

La presente investigación se adhiere a investigaciones referentes a los derechos humanos y su relación con la función notarial, aprovechando la experiencia con personas con discapacidad, lo que permite formularse la siguiente interrogante: ¿Cómo aplicar principios y valores de los derechos humanos en la función notarial?

El estudio pretende realizar un acercamiento teórico al complejo tema de los derechos humanos, intentando clarificar los alcances, los desafíos y las futuras reformas que debe encarar el estado boliviano, partiendo desde el análisis del modelo social de discapacidad basado en los derechos humanos, identificando las dificultades para su aplicación en el ámbito práctico.

Finalmente, entre los resultados se puede advertir la existencia de un marco teórico como la tesis de la voluntad que permite

² Notariado latino, es el término usual que se identifica con el sistema de derecho civil de la mayoría de los países del mundo, al mismo tiempo le diferencia del notariado Anglosajón propio de los países anglosajones y funcionarista como el modelo cubano.

identificar al notariado con teorías cercanas a la rigurosidad y nada flexibles que consideran que una persona es responsable de sus actos cuando actúa con libertad y con pleno conocimiento, situación que excluirá a las personas con discapacidad a pesar de contar con capacidad natural.

Estado de la cuestión

Partimos diciendo que para la doctrina notarial el ingresar en la aplicación de principios y valores no es algo novedoso, para el notariado la aplicación de principios indefectiblemente nos sitúa en dos escenarios, uno deontológico; y otro de los principios notariales propios del sistema notarial latino, con principios como el de la intermediación, la imparcialidad, la unidad de acto, entre otros. En relación a los primeros, existen aportes de destacados juristas como Vallet de Goytisola (1994), Juan Francisco Delgado De Miguel (2003), Cavalle Cruz (2023) y Sebastián Justo Cosola (2014) entre otros.

A pesar de la existencia de principios deontológicos y los propios del ejercicio práctico en el notariado latino, estos no han modificado en el notario la idea de que su actividad no debe ir más allá de la legalidad. Esta postura no le permite avanzar en otras formas de aplicar el derecho, acordes a los nuevos tiempos constitucionales donde la Constitución dejó de ser un simple catálogo de buenas intenciones y cuyo contenido material ha irradiado no solo el derecho civil, sino también el propio derecho notarial.

En relación con la capacidad, los derechos humanos y la función notarial, debemos reconocer que existe poca literatura. Destacamos, por ejemplo, los aportes del escribano argentino Cosola (2016), quien logró introducir un nuevo principio sobre la base de los fundamentos *ius naturalista*; es decir, el principio

de razonabilidad notarial. A pesar de que Cosola no hace una alusión directa a la persona con discapacidad, en cuando a los menores de edad, plantea lo siguiente:

La aplicación del principio de razonabilidad no podría haberse efectuado jamás en sede notarial con la regla rígida de capacidad y con la consideración de los menores como sujetos de control y no como personas humanas que pueden reclamar y exigir, como cualquier otra, que su voluntad sea cumplida de acuerdo a su grado de madurez y no a la suposición rígida que una ley determine o disponga. Si el notario no pondera la capacidad de la persona humana que recurre a la notaría en búsqueda de respuestas, y si no pondera la voluntad del niño, de la niña o del adolescente por considerarla inmadura o inoportuna, estará incumpliendo el principio de razonabilidad notarial y consecuentemente, estará generando una injusticia, propia de un código decimonónico y no de un código de principios. (2016, p. 519)

Cosola, admite que con la rigidez de un Código Civil que solo reconoce la ley como una fuente de interpretación, es difícil transitar a otro método que permita interpretar más allá de la ley. Este escribano, apoyado en la interpretación del título preliminar del Código Civil vigente (2014), propone una apertura o una forma más flexible de aplicación del derecho, destacando el diálogo de fuentes, desde la ley, la Constitución y los tratados internacionales; además, sostiene que las normas y decisiones jurídicas deben orientarse a proteger y promover los intereses legítimos de las personas, especialmente de aquellos que se encuentran en una posición vulnerable.

Por otro lado, el notario español Cavallé (2023), en el primer capítulo de su obra, “La imprescindible autoridad moral del notario”, destaca la importancia de la confianza del Estado y la

sociedad en la labor del notariado, enfatizando en la *auctoritas* del notario que se funda en el respeto y prestigio que gozan socialmente ciertas personas por las cualidades éticas que los adornan. De esa manera, sostiene:

La autoridad moral del notario se evidencia cuando existe un reconocimiento generalizado de la sociedad que lo tiene de imparcial e independiente y por persona honesta e íntegra, Su autoridad o liderazgo no se apoyaría exclusivamente en el ejercicio del cargo para el que ha sido embestido, sino principalmente en sus disposiciones éticas evidenciadas en todo momento. Y la eficacia social del documento descansaría principalmente en la convicción colectiva de que quien lo autoriza, por su crédito científico, y sobre todo moral, actuó de forma cabal, justa y por tanto, su contenido fue redactado con la máxima fidelidad. (2023, p. 33) . Cavelle, siguiendo las líneas y enseñanzas de Vallet de

Goytisola, reafirma que al notario como profesional le puede faltar conocimiento teórico o práctico, pero la parte medular de su función, la que fundamenta su existencia, es la confianza social en su autoridad moral (*auctoritas*). Cavellé introduce en la literatura notarial un aspecto fundamental, la eficacia social del documento, que más que una cuestión legal, es una cuestión ética y social. Así mismo lo precisa en el siguiente párrafo:

La eficacia material del instrumento público notarial es superior a la puramente formal, pues la confianza que genera es tal que triunfa el clima de seguridad y certeza en las relaciones jurídicas entre los particulares, favorece la paz social, facilita el tráfico jurídico y el desarrollo económico. Los ciudadanos, precisamente porque confían en el documento notarial, lo respetarán y no

discutirán sobre su contenido, pues al autor le atribuyen una superior razón, una confianza, que descuella sobre los efectos meramente legales del documento, y que pivota en el comportamiento deontológico de todos y cada uno de los notarios. (2023, p. 33)

Para este autor, un aspecto clave para la eficacia social del documento es la confianza ciudadana; en tal sentido, podemos deducir que si el notariado pierde esta confianza, corre el riesgo de desaparecer. De esa manera, es vital que el notariado comprenda esta situación, ya que de nada sirve ser un profesional con mucho conocimiento si falta un comportamiento ético y moral.

En relación a los valores, Cavallé también sostiene que el notariado debe justificar su existencia en base a la protección de ciertos valores, destacando su compromiso con la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social. En tal sentido sostiene:

El fin último de la función notarial es el servicio a la persona caracterizada por su dignidad, libertad y unicidad. La persona es un fin en sí misma, nunca un medio. El Estado y sus instituciones, como el notariado, deben estar al servicio del ser humano y al notario corresponde hacer efectivos, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, relevantes valores superiores entre los que destacan la libertad personal, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social, valores que están en inseparable ligazón con los derechos fundamentales. (2023, p. 38)

Tomando las ideas de Cavallé, podemos afirmar que si un notariado no se compromete con la protección de los

valores o no tiene como mirada la efectividad de los mismos o contrariamente superpone uno sobre otros, estaría bajo el riesgo de perder la confianza del Estado *Potestas* o de la sociedad (*auctoritas*).

De la misma forma, el notario de peruano Arias (2023), en su obra sobre deontología notaria, describe algunas conductas que pueden ser condenadas por la sociedad, y que con seguridad afecta la imagen del notariado. Cosola en el prólogo de esta obra, describe algunas de estas conductas:

(...) La lucha por el poder a cualquier costo; la escasa empatía, la falta de solidaridad; la negación de la cooperación y del auxilio justo; el exceso de personalismo; la cruel persecución de la proyección individual y con ella, el descuido del bienestar común; la mirada fija puesta en el éxito de pocos como única alternativa posible a la trascendencia, son algunos de los tristes resultados reales con los que nos encontramos, a poco que analizamos las situaciones generales de la vida de relación actual. (Arias, 2023, p. 12)

El notariado de esta parte de América no está ajeno a estos escenarios; por tanto, es innegable considerar que, con la existencia de lo que Arias ha denominado como defectos³ y que Cavalle describe como vicios del notariado (la codicia, la soberbia, la pereza y la envidia) hay mucho camino por avanzar para que el notariado goce de plena confianza social.

Sin embargo, si se siguen las propuestas de la UNIL y se aplica el derecho mediante principios y valores y se utiliza al notario

³ Entre estos se incluyen el monopolio de la contratación inmobiliaria en pocos notarios por decisión de los bancos y financieras; notarios que nunca están en sus oficinas, atiborrados de actos públicos ante la carencia de contratación en la mayoría de ellos.; delegación indebida de funciones en oficinas notariales con exagerada contratación y con demasiado personal (notarías fábrica).

como apoyo institucional de las personas con discapacidad, sin tomar en cuenta la realidad planteada por Arias, el notariado puede caer en lo afirmado por el notario de costaricense Herman Mora Vargas (2016) cuando sostiene que “el gremio debe llegar a entender que el desatino en el ejercicio notarial por parte de un colega, nos afecta a todos”. (p. 6)

Del aporte de autores como Cosola, Arias, Cavalle y Mora Vargas, podemos sostener que el notariado, a pesar de los esfuerzos no ha logrado introducirse con amplitud a la aplicación de principios y valores de los derechos humanos tal como lo plantea la UINL.

MÉTODOS

El presente artículo pretende abordar un problema poco estudiado en la ciencia del derecho notarial como es la aplicación de principios y valores en materia de derechos humanos. En tal sentido, intenta responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo aplicar principios y valores de los derechos humanos en la función notarial? A diferencia de las investigaciones denominadas puras, el presente artículo pretende sumergirse en el debate sobre la efectividad de las convenciones en materia de derechos humanos analizando la aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la función notarial en Bolivia. La investigación tiene un enfoque cualitativo, como métodos de investigación jurídica dogmático-jurídico y positivista-jurídico.

El diseño metodológico nos permite aplicar métodos como el descriptivo y analítico aplicando técnicas de investigación es el análisis documental.

RESULTADOS

Los derechos humanos y modelo social de discapacidad

Bolivia ha ratificado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención) el año 2009,⁴ Este instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad conforme lo dispone art. 256 de la Constitución boliviana. La ratificación por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional convierte este instrumento en obligatorio y debe aplicarse con carácter preferente.

Con este argumento de carácter legal y desde la interpretación de los artículos de la Convención, podemos estar claros que en Bolivia se ha superado el modelo clásico rehabilitador racionalista y en su lugar a surgido el modelo social de discapacidad.

Con el cambio de modelo se sepulta el modelo de sustitución, que tenía por base la tutela y curatela; así, en la intervención notarial, la persona con discapacidad puede ejercer sus derechos de forma autónoma al igual que los demás y, en lugar de excluirlos, el trabajo notarial debe proporcionar los apoyos y salvaguardias necesarias en su servicio.

Para reforzar esta idea, no debemos dejar de lado el informe del Comité de los Derechos de Personas con Discapacidad (2016) sobre Bolivia que en su examen del art. 12 sostiene la necesidad de implementación de apoyos y salvaguardias⁵.

Para este comité de expertos, en Bolivia urge la necesidad de

4 Bolivia ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la Ley N° 4024 del 15 de abril de 2009.

5 28. En línea con su observación general núm. 1 (2014) sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité recomienda al Estado parte que derogue los regímenes jurídicos que limitan parcial o totalmente la capacidad jurídica e implemente sistemas de apoyo a personas con discapacidad para que puedan ejercer dicha capacidad jurídica, respetando plenamente su voluntad y preferencias.

una reforma a la legislación en materia de capacidad jurídica. Así, una reforma sobre el régimen de capacidad es necesaria, ya que el Código Civil⁶ sanciona cualquier acto en el que se dude sobre la capacidad de una persona, sin la posibilidad de intervenir ni brindar cualquier apoyo que refuerce o complemente la capacidad del interviniente. Por su parte, la Ley 483 del Notariado Plurinacional, norma especial que establece las formalidades para la otorgación de documentos notariales, no ha previsto un procedimiento especial para la intervención de personas con discapacidad, lo cual dificulta el trabajo notarial.

En este contexto, y asumiendo este nuevo paradigma, la relatora de la ONU Devandas (2016) nos aproxima a un concepto de apoyo, sosteniendo como aquellos medios que le permitan a la persona con discapacidad ejercer con autonomía sus actos civiles por su cuenta, sin la necesidad de contar con un tutor u otra figura análoga propia del modelo de representación o sustitución vigente desde los tiempos del derecho romano. El Comité insiste que los Estados que ratificaron la Convención deben reformar su legislación y suprimir el modelo de sustitución representado por la tutela y curatela.

El modelo social ampliamente desarrollado por diversos autores como Palacios y Bariffi⁷ (2009) sostiene que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas (modelo de prescindencia), ni científicas (modelo médico rehabilitador), sino que son preponderantemente sociales; por lo que según el modelo actual, es la sociedad la que discapacita a una persona. Por tanto, considera que la persona con discapacidad no debe

6 ARTÍCULO 484. (INCAPACES).- I. Son incapaces de contratar los menores de edad, los interdictos y en general aquel a quienes la ley prohíbe celebrar ciertos contratos. II. El contrato realizado por persona no sujeta a interdicción, pero incapaz de querer o entender en el momento de la celebración, se considera como hecho por persona incapaz si de dicho contrato resulta grave perjuicio para el autor y hay mala fe del otro contratante.

7 La discapacidad una cuestión de derechos humanos.

ajustarse a la sociedad, sino al revés, es la sociedad que debe adecuarse a la persona con discapacidad.

Con la vigencia de la Convención un rasgo característico para su implementación en la función notarial, es la comprensión de este sector de la importancia y definición de los derechos humanos. Sobre lo último, ya varios autores han admitido que es un concepto difícil, ya que depende de muchos factores como el tiempo, la cultura, entre otros. Lo cierto es que hay autores como Pellegrini (2023) que consideran que la Convención se constituye por dos núcleos teóricos fundamentales:

El primero es la teoría de los derechos humanos, de matriz iusnaturalista, mediante la cual el tratado señala cuáles son sus objetivos. El segundo núcleo teórico es el modelo social de la discapacidad, que caracteriza la naturaleza de los cambios que pretende producir en los distintos sistemas sociales para transformar la calidad de la vida de las personas con discapacidad: esto implica considerar ilegítimas todas las políticas sociales y los sistemas de creencias orientados a la discriminación, estigmatización y segregación de las personas con discapacidad. (394)

Siguiendo a Pellegrini, conviene una breve revisión de la teoría jurídica, toda vez que sigue latente el debate entre positivistas⁸ e iusnaturalistas⁹. En relación al positivismo hay quienes consideran que con la declaración de los derechos humanos muchos derechos naturales pasaron a positivarse, es decir adquirieron un rango de exigibilidad, por tanto la cuestión

⁸ El positivismo jurídico, también conocido como iuspositivismo, es una corriente de pensamiento jurídico que se centra en el estudio del derecho positivo, es decir, el conjunto de normas jurídicas creadas por el ser humano y vigentes en un lugar y tiempo determinados.

⁹ El iusnaturalismo, que postula la existencia de un derecho natural basado en principios morales universales, el positivismo jurídico sostiene que la validez del derecho deriva de su creación por una autoridad competente y de su conformidad con las normas del sistema jurídico, independientemente de su contenido moral.

pendiente es su efectividad. En relación al iusnaturalismo, a pesar que autores como Norberto Bobbio (1961), Luigi Ferrajoli (2018), entre otros desde la corriente analítica sostienen que concluida la Segunda Guerra Mundial, se ha evidenciado un movimiento contrario al positivismo formalista¹⁰, abriendo las puertas a otra forma de aplicar el derecho.

Por tanto, podemos afirmar que esta postura de aplicar principios tuvo su génesis en Europa, mediante un movimiento analítico identificado como neo constitucionalistas (Pozzolo, Comanducci), conscientes de la necesidad de la materialización de los derechos. De esa manera, han propuesto, desde la filosofía del derecho, otra forma de aplicar precisamente el derecho, sobre la base de la aplicación de los principios constitucionales. Comanducci (2002), en relación a esta corriente sostiene:

En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de derecho en el Estado constitucional de derecho. Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo en particular a partir de los principios aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. (97)

10
Bobbio

Prólogo de Luigi Ferrajoli de la obra Iusnaturalismo y positivismo jurídico de Norberto

Podemos afirmar que el desafío para la aplicación de principios constitucionales y la supremacía constitucional como respuesta a la materialización de los derechos fundamentales es un rasgo característico en la teoría jurídica en Europa. sin embargo, en América Latina no ha estado ajena a este fenómeno, pues el descontento de la clase política y la falta de respuesta del modelo de democracia ha traído como consecuencia mediante procesos constituyentes reformas totales en las constituciones de Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador. Este proceso ha sido identificado como nuevo constitucionalismo, que a diferencia de la europea, según Martínez Dalmau y Roberto Viciano (2013), el proceso de constitucionalización en América Latina surge desde la teoría de la Constitución al ser esta más democrática. Sin embargo, a pesar de las diferencias en el proceso de consolidación del estado constitucional, consideran estos autores que una de las características de ambos procesos es que la Constitución no solo estos compuestos por principios constitucionales, sino que en muchos de los casos existen reglas que pueden ser aplicados de forma directa, pero los encargados de la aplicación directa son los jueces constitucionales. (Pastor, 2013)

Es a partir de los aportes del constitucionalismo, con ramas como el derecho civil, que podemos hablar de la constitucionalización del derecho privado, término que permite identificar a aquellos los juristas que argumentan que, en caso de conflictos entre la ley la norma suprema, se debe aplicar la Constitución. Esta idea puede reforzarse con lo afirmado por Ricardo Guastini (2003) quien pretende definir de la siguiente forma:

Por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento

en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. (53)

Esta forma de aplicar el derecho, cuyo inicio se dio en Europa, ha logrado trascender en el derecho privado de América Latina. Es por ello que autores como Rosatti y Mosset Iturraspe (citados por Cosala,(2014) han sostenido que el jurista ya no debe preguntarse acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado, que recepta los principios constitucionales. Al respecto, el escribano Cosola sostiene lo siguiente:

Esta caracterización notarial de cómo protector o guardabarreras de la legalidad, hoy queda diminuta si no la complementa con la actividad protectora de la voluntad. Sigue siendo el notario el guardabarreras, pero su función actual va más allá que la de simplemente controlar la legalidad. Debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva. (28)

En pocas palabras, no podemos negar que los procesos de constitucionalización en América Latina han impactado en el derecho en general y que la propuesta de aplicar principios y

valores de los derechos humanos en la función notarial por la UINL, no implica necesariamente dejar de cumplir la ley, sino que es una invitación a reforzar el trabajo notarial, pero mirando no solo en cumplir la ley sino ampliar el horizonte en la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones.

Seguridad jurídica y la teoría de la voluntad

Es sabido que en el notariado hay quienes se oponen a las propuestas de la UINL; así, la aplicación de principios y valores de los derechos humanos en la práctica notarial, sin la respectiva reforma del legislador, nos plantea un problema en el plano de la aplicación. Tal rechazo a las propuestas de la UINL obedece a la corriente positivista, a la cual muchos operadores se adhieren. Por ejemplo, García Amado se refiere a corriente del neo constitucionalismo en Europa y la acalorada discusión en torno a la aplicación reglas y principios:

Concluyo, pues, que este modo de diferenciar entre reglas y principios en la doctrina autodenominada postpositivista sólo sirve, a fin de cuentas, a un propósito bien grato a tales autores: convertir todas las normas jurídicas en ponderables y, con ello, derrotables; y derrotables de resultados de un razonamiento que es sustancialmente moral y que permite transmutar cualquier disputa jurídica en dilema moral que se solventa a base de poner sobre la mesa razones morales a favor de una solución y de la contraria. (171)

Según García Amado, la unidad de la razón práctica acaba siendo práctica de la razón de uno. Considera que es un proceder bastante estimulante, pero escasamente constitucional, especialmente cuando los profesores tratan de convencer a

los jueces para que en la práctica razonen como nos gusta a nosotros. Su crítica en torno a los principios tiene por base la posibilidad de la ponderación; es decir, que un principio tiene más valor que otro, y en esta suerte de balance, se puede derrotar normas jurídicas poniendo en riesgo precisamente la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un concepto muy usual y de uso común en la práctica del derecho. Muchas veces recurrimos a ella para justificar que determinado acto no es posible que pueda realizarse por el destinatario de la falta de norma jurídica expresa, por lo que este término siempre nos aproxima al cumplimiento de la ley.

La génesis de una fuerte inclinación a un tipo de jurista como guardia de la ley, según el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani (2003), se origina en la Baja Edad Media periodo que fue escenario de múltiples adaptaciones del Derecho Positivo a las necesidades del sistema capitalista que se iba desarrollando. En esta época, Ciuro (2003) reconoce el papel relevante de los glosadores y postglosadores, quienes pusieron las bases para una interpretación jurídica de los problemas políticos en base a la seguridad jurídica; de allí que afirme lo siguiente:

Se afirma que los posglosadores originaron el tipo de jurista preocupado por la seguridad jurídica y vinculada en su decisión por la autoridad de una ley interpretada con una exégesis cuidadosa, dando gran importancia al desarrollo lógico-formal. (40)

Por su parte. Eduardo García Maynez (1983), recurriendo al sociólogo Teodoro Geiger, sostiene que el termino nos ubica en dos dimensiones: una que consiste en la seguridad de orientación o certeza del orden; la otra en la seguridad

de realización o confianza en el orden. Según este autor, se puede hablar de seguridad de orientación o certeza del orden solo cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas. En el caso de la segunda dimensión, esta exige no solo el cumplimiento de las normas por los particulares, demanda sobre todo la correcta aplicación de aquellas por los órganos del poder públicos. (2009, p. 475)

Por tanto, no hay seguridad jurídica cuando el legislador deja a los funcionarios administrativos un margen discrecional demasiado grande, de manera que no sea posible conjeturar qué decisión formular en cada caso o cuando se acumulan demasiadas prescripciones relacionadas a determinadas especies de hechos, de modo que nadie sabe a qué atenerse.

Ahora bien, en relación a la actuación notarial y el valor de la seguridad jurídica, un aspecto relevante es su propia conceptualización por parte del notariado. Esto, a su vez, se relaciona con la función *cavere*¹¹, cuya mirada no solo esta inclinada por la perdurabilidad del documento notarial, sino también con el evitar conflictos futuros. Este modelo notarial de seguridad jurídica preventiva es el que aplican los países miembros de la UINL. Es por ello que la sentencia Constitucional Plurinacional 1620/2014 del 19 de agosto de 2014 sostiene:

Los países que conforman la Unión Internacional del Notariado han optado por el modelo notarial de seguridad jurídica preventiva, cuya base principal es la actuación notarial por medio de la “fe pública en los

11 Término latino que identifica el trabajo del notario que busca con su intervención evitar o anticiparse a los conflictos futuros, función que diferencia de los abogados.

actos voluntarios”, figura que reposiciona la noción de que el notariado se constituye en una magistratura de paz y que busca prevenir los conflictos en instancia judicial.

Para Cavelle (2023), resulta muy acertada esta declaración, pues demuestra una vez más lo alejado que está el notario de ser un mero *certificador de firmas*, ya que su función no acaba con la redacción del documento, sino que llega más allá, al asesorar a las partes acerca de los medios legales, consiguientes al acto, que deben procurar para que la escritura, desde el momento del otorgamiento, despliegue toda su eficacia con posterioridad.

Con lo expuesto, podemos estar seguros que la seguridad jurídica es un valor fundamental en la función notarial presente desde los tiempos de los glosadores. La exigencia en claridad en la norma jurídica y la uniformidad en la aplicación son rasgos característicos del notariado, ya que como se desarrollará precedentemente, la labor del notario consiste en desarrollar una metodología orientada a la adecuación normativa de la voluntad, por lo que la capacidad y las formas de comunicación juegan un papel fundamental.

Con relación a los derechos humanos, la teoría jurídica nos dice que, en la evolución de la concepción de capacidad tal como actualmente lo adoptamos, esta está íntimamente relacionada con la voluntad del sujeto. En este aspecto destacan dos teorías: la de la voluntad; y la del interés. Para Liborio Hierro¹² (2016), los DDHH son un tipo o especie del género de los derechos subjetivos. Para reforzar, esto recurre a Michel Villey¹³, para quien está marcada relación ya estaba presente desde la edad media con Guillermo de Ockham¹⁴;

12 Derechos humanos una concepción de Justicia

13 Filósofo del derecho defensor del derecho natural muchas veces citado por Vallet Goytisolo

14 Fue un filósofo, lógico, teólogo y fraile franciscano inglés, conocido principalmente por ser el

(...) desde entonces quedó fuertemente arraigada en nuestra cultura jurídica la idea de que un derecho subjetivo es un poder de la voluntad y esta es la idea que subyace en las declaraciones de derechos del periodo de las revoluciones. La cultura jurídica del positivismo asumió y desarrollo esta tesis y hubo de pasar más de un siglo para que se pusiera en cuestión. Fue a partir de la crítica de Ihering al voluntarismo y del aparato analítico ofrecido por Hohfeld cuando pudimos empezar a concebir los derechos subjetivos de forma más amplia y más acorde con el uso habitual que se había ido desarrollando tanto en el lenguaje jurídico como, más todavía en el lenguaje político. (118)

Los derechos humanos, al ser una especie del derecho subjetivo restringido a la capacidad y la voluntad del sujeto, fue objeto de fuertes críticas por parte de la teoría del interés. Al respecto, tanto Hierro como Pedro Talavera, coinciden en que esta teoría surgió en Alemania con Rudolf von Hering,¹⁵ cuya tesis sostenía que un derecho no es otra cosa que un interés jurídicamente protegido.

A pesar de la poca aceptación de esta teoría, ya en el siglo XX, Nils Mc Cormick intentó reformularla, indicando que un derecho es un bien tutelado y garantizado por el ordenamiento jurídico. Su teoría se resume, según Talevera (2018), en la siguiente frase: “tengo necesidades, luego derechos”; a diferencia de la teoría de la voluntad que puede resumirse en “tengo autonomía, luego tengo derechos”. Entendiendo esas notables diferencias, se puede decir que la teoría del interés prescinde de la voluntad del sujeto, por tanto, de la

representante más destacado del nominalismo frente a las escuelas tomistas y escotistas; y

15

A este autor lo identificamos con la discusión con Savigny, sobre todo en lecciones de la posesión

capacidad. Talavera, además, indica lo siguiente en cuanto a lo característico de la teoría del interés:

(...)lo esencial para identificar un derecho no es la capacidad de dominio del sujeto sobre un bien, sino que es el carácter esencial del bien que es el que lo hace merecedor de una protección jurídica. Esto significa que para ser titular de un derecho no es necesario tener capacidad de dominio ni hace falta reivindicarlos o quererlos ni siquiera hace falta ser consciente de que uno tiene derechos. En otras palabras los derechos protegen aquellos bienes que son esenciales para las personas independientemente de la voluntad de esa persona basta con que exista un interés primario un bien fundamental una necesidad básica que debe hacer protegida para que el derecho tenga que pagar articular la protección y garantía de ese bien al sujeto. (339)

Lo desarrollado precedentemente refuerza la idea que la teoría de la voluntad, con base en la capacidad, ha excluido en las relaciones privadas a las personas con discapacidades, ya que considera que no cuentan con capacidad. Lo que nos permite sostener que la Convención, principalmente la interpretación del art. 12, pretende justificarse en la teoría del interés, muy cercana una posición con base en los derechos humanos, que busca respetar su autonomía y principalmente la dignidad de la persona discapacitada.

Saliéndonos un poco de la teoría y buscando darle un enfoque práctico, es bueno reconocer el aporte a la doctrina Civil de Enrique Varsi y Romina Santillan,¹⁶ quienes lograron introducir una interesante sub categoría de la capacidad jurídica denominada criterio de la mejor interpretación de la voluntad

16

Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general

en la fijación de los apoyos. Como leemos en la siguiente cita, la reforma del Código Civil en Perú está proporcionando interesantes herramientas para comprender la voluntad de las personas con discapacidades:

“criterio de la mejor interpretación de la voluntad” o reconstrucción de la voluntad presunta de la persona con discapacidad (vid. art. 659-B CC y art. 2 inc. 2 del Reglamento de la materia). En virtud de este criterio legal, cuando el ejercicio de la función de asistencia requiera interpretar la voluntad de la persona asistida, el apoyo, con sentido preceptivo, deberá tener en consideración unos indicadores, como son: la trayectoria de vida de la persona a quien asiste, sus preferencias, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida y, por último, cualquier otra valoración que sea pertinente para el caso concreto. Se trata de una labor especial que debe calcar o reproducir de la manera más fidedigna posible y auténtica la voluntad de la persona con discapacidad. (Varsi, 2021, p. 1974)

Desde la postura planteada por Varsi y otros autores en cuanto al criterio de una mejor interpretación de la voluntad, entendemos que la tarea de interpretar las preferencias no debe ser un mero acto subjetivo de apoyo, sino que debe buscarse el mejor interés de la persona con discapacidad.

Pero quien ha interpretado con mayor amplitud el modelo social de las personas con discapacidad relacionado a los derechos humanos es Bariffi (año), para quien el acto jurídico en el contexto de modelo social no debe ser considerado como

un mero acto de voluntad sino un proceso. De esa manera sostiene:

Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico principalmente actos de tipo patrimoniales y ha considerado a la ‘seguridad jurídica’ como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPD resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. (482)

Se destaca de esa manera que el bien protegido por la Convención es la autonomía de la persona con discapacidad, Esto implica para el notariado asumir a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, pensar en reforzar la metodología adaptándose a los cambios, implementando audiencias previas, adoptando técnicas como la lectura fácil y otros mecanismos que permitan una comunicación efectiva con la persona con discapacidad.

Aplicación de principios y valores en la función notarial

En relación a la importancia de la actuación del notariado en la comparecencia de la persona con discapacidad, el modelo social respetuoso de los valores libertad, autonomía y dignidad de la persona demanda una nueva forma de aplicar el derecho en la función notarial. Para la institución del notariado, esto conlleva una pregunta: ¿cómo los notarios aplican principios y valores de derechos humanos? Desde la constitucionalización del derecho, autores como Cosola (2016) consideran lo siguiente:

Esta nueva vigencia de un nuevo derecho de principios ahora positivizado en un nuevo cuerpo legal porque ya existía reconocido en las demás fuentes del derecho que asumíamos cómodamente como no obligatorias nos ha enfrentado a nosotros, seres formales por esencia, excelencia y naturaleza, frente a temas que jamás creímos que íbamos a tener que discutir y nuevamente valorar. (512)

Como se dijo, en la doctrina notarial, desde Joaquín Costas, Vallet Goytisola y hasta Cavalle Cruz, se ha sostenido que el notario cumple la función de interpretar la voluntad de los interesados. Esto es lo que lo diferencia del juez que interpreta hechos pasados. Por esto hay quienes comparan la actuación notarial como la de un sastre que confecciona un traje a medida; es decir, que la tarea del notario es indagar la voluntad¹⁷ realmente querida por parte de los interesados y esta es instrumentada en el documento notarial, cumpliendo la forma legal; para eso, la metodología notarial pretende descubrir lo realmente deseado, pero adecuándolo a la norma legal.

La propuesta de la UINL no ha considerado que a pesar de estar convencidos o estar plenamente de acuerdo con la Convención, sin una reforma legal que ajuste la norma interna con este instrumento legal, existe una larga tarea para su aceptación por los operadores jurídicos y la sociedad. Así lo planteaba el propio Nino (1989, p. 4) cuando examinó las limitaciones del reconocimiento de los derechos del hombre a través del

17 DS 2189 ARTÍCULO 61.- III. Cuando la notaria o el notario de fe pública, deba indagar sobre los fines prácticos y jurídicos que los interesados se proponen alcanzar con sus declaraciones para quedar fielmente expresados, le asignará la denominación legal que le corresponda y redactará las estipulaciones especiales que los interesados acuerden.

orden jurídico nacional e internacional. Nino también sostiene que se debe ir más allá, buscando además la formación de la conciencia moral acerca del valor de los derechos, ante la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos.

En el ejercicio práctico del derecho, la justificación de la ausencia de una norma interna que compatibilice la Convención, puede interpretarse como que no hay obligación de su cumplimiento.

En un intento por comprender la postura de la UINL de aplicar principios y valores de los derechos humanos como forma de salir de la problemática planteada anteriormente, tomamos los aportes como de Manuel Atienza (2022), que sostiene que muy a pesar de su complejidad y falta de precisión del concepto de dignidad, este es fundamental para el discurso racional de los derechos humanos. Tal es así que, según su entender, es más preferible tomarlos y aceptarlos que cuestionarlos (2022). Por su parte, Palacios (2008) advierte que desde el modelo tradicional de persona, caracterizada, principalmente, por su “capacidad”, el concepto dignidad puede entenderse de la siguiente manera:

(...) en el mundo moral participaran personas dignas, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida, mientras que aquellas que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución. (160)

El reconocimiento de Palacios, de estas contradicciones obedece a los problemas que trae aparejado el concepto de dignidad; es decir, que para unos la persona es única e irrepetible y, por tanto, es fundamental respetar su decisión; es decir, para respetar su dignidad debe existir la obligación de no pasar por encima de su voluntad.

Para Bariffi (2014), la dignidad desde el modelo social basado en el imperativo categórico kantiano¹⁸, nos invita la necesidad de mirar más allá de la capacidad o del papel o parte que realizan en la sociedad. De esa manera sostiene:

Pareciera que el modelo social cae en la trampa que pretende develar, al seguir valorando a las personas en la medida de su condicional aporte a la sociedad. Ello no implica la negación de dicha premisa, sino simplemente remarcar que el valor del ser humano en sí mismo se encuentra desvinculado y es independiente de cualquier consideración de utilidad social. Es decir, las personas con discapacidad no son igualmente dignas por su capacidad de aporte a la sociedad –medio- sino que son igualmente dignas por su esencia, por ser un fin en sí mismas. De otro modo, y como se ha mencionado, el contenido central del imperativo categórico kantiano estaría siendo vulnerado, ya que, si valoramos a la persona en la medida de su aporte a la comunidad, estaremos considerando al ser humano como un medio y no como un fin en sí misma. (39)

Por lo expuesto, justificarnos en los valores como dignidad, la libertad o autonomía de la persona con discapacidad, nos ingresa en el ámbito de la subjetividad y la complejidad propia de estos

¹⁸ El imperativo categórico es un concepto central en la ética kantiana que nos invita a reflexionar sobre la universalidad y racionalidad de nuestras acciones morales, buscando actuar de acuerdo con principios que podamos querer que sean aplicables a todos y respetando la dignidad de cada individuo.

conceptos, cuyos contenidos hacen de difícil aplicación pueden hacer inviables cualquier propuesta.

Por otro lado, dejando de lado el valor de la dignidad y analizando el principio *pro persona*, partimos considerado a este, como un criterio hermenéutico de la interpretación de las normas de derecho internacional. Su reconocimiento por su especialidad en el campo de la interpretación lo diferencian del resto de normas jurídicas. Así lo considera Gonzales y Martiniano:¹⁹

la aplicación de los derechos humanos por los jueces nacionales constituye un aspecto medular para garantizar su respeto y vigencia. De lo anterior surge la necesidad de que el juzgador aplique los diferentes principios de los derechos humanos sin autolimitarse a los tradicionales métodos de interpretación, pues estos derechos requieren de una serie de pautas hermenéuticas distintas a las que se pueden aplicar al resto de las normas jurídicas. Esto no significa que los métodos comunes de interpretación se deban dejar de utilizar, ni que sean aplicables para los derechos humanos, sino más bien, que además de lo que tradicionalmente se conoce, la evolución del derecho nos exige ampliar los criterios utilizados para lograr una mejor salvaguarda de los derechos fundamentales. (2019, p. 71)

Para comprender este principio, es necesario acudir a la definición proporcionada Cristian Courtis extraída de Mónica Pinto, para quien el término *principio pro homine* sostiene que, ante la gama amplia de fuentes, tanto interna como internacional, es fundamental tomar en cuenta el principio de *pro homine* considerado de la siguiente manera:

¹⁹ Principio 'pro persona', como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos

criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (Courtis, 2004, p. 163)

Lo anterior confirma que en materia de DDHH, el principio *pro homine* es el criterio hermenéutico que permite acudir a ella en caso de ser necesario su interpretación. Un caso reciente en Bolivia nos permite ilustrar su aplicación práctica. Se trata de la vigencia del registro de las uniones libres de parejas de mismo sexo. El hecho se dio cuando una pareja pretendió registrar su unión libre. En ese contexto, la oficial de registro civil, ante la complejidad y la falta de normativa expresa al respecto, remitió la solicitud a su instancia superior, que mediante informe legal amparado en un vacío legal o inexistencia de norma, decide rechazar el asunto por lo que la pareja promueve una acción constitucional en contra de la resolución administrativa ante el Tribunal Constitucional. Así, esta instancia, mediante sentencia Constitucional Plurinacional 0577/2022-S2, de fecha 22 de junio de 2022, establece ciertos criterios para comprender el principio *pro homine*:

Sobre esa línea, también debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, y conforme señalan los arts. 13 y 256 de

la CPE, citados, deben ser interpretados en el marco del principio *pro homine* y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos; en virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar la norma más favorable para la protección del derecho en cuestión ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al mismo; en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En pocas palabras, según este principio no solo deben aplicarse por los jueces constitucionales y ordinarios, sino también por las autoridades administrativas, en busca de la norma más favorable. En ese plano, ante la evidente contradicción de normas, se busca una norma más favorable por los operadores jurídicos,

Podemos advertir entonces que el principio *pro homine* nos permite reforzar el argumento legal, buscando mayores garantías para el ejercicio de las personas con discapacidad. En tal sentido, en la búsqueda de lograr una integración de las normas internas se debe acudir a los principios propios de

la Convención que, según Palacios y Bariffi (2007) son los siguientes:

Los principios de la Convención son, según el artículo 3: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. (73)

Por tanto, debemos considerar que para aplicar el principio *pro homine*, debemos indagar en los principios y valores contenidos en el art. 3, los cuales deben aplicarse con carácter preferente, armonizándolo con los principios deontológicos y los principios que guían la actuación del notario y del documento. Así también, su actuación debe buscar en todo momento proteger valores compatibles con la Convención.

DISCUSIÓN

Ahora bien, siguiendo la experiencia práctica y la postura adoptada por el Estado de México que al momento de ratificar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) sostuvo en su declaración interpretativa lo siguiente:

Consecuentemente, con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con

discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse en estricto apego al principio *pro homine* la norma que confiera mayor protección legal, salvaguarde la dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas.

En pocas palabras, no deben existir dudas que al notario le corresponde aplicar el principio *pro homine*. Sin embargo, también es necesario tomar en cuenta a Sánchez Barroso (2023), quien, en su análisis sobre resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) respecto al amparo en revisión 702/2018, concluye: El notario no se pronuncia acerca de la incapacidad de ejercicio, ello le corresponde al juez; tampoco se acomete respecto de la discapacidad, esto le corresponde al médico; pero sí evalúa la capacidad natural de las personas que comparecen ante él, ya que al ejercer una función que originariamente reside en el Estado la ley le exige que los actos que se otorguen ante él produzcan todos sus efectos jurídicos y, en ese orden de ideas, que las personas adviertan los alcances y consecuencias de los mismos a partir de la explicación que hace el notario. La persona que por cualquier causa tenga incapacidad natural no puede otorgar un acto jurídico válido, lo cual no es discriminatorio ni atenta contra su capacidad jurídica, todo lo contrario. (417)

La necesidad de distinguir la capacidad natural y diferenciarla con la capacidad mental es una asignatura pendiente y, por lo pronto, un dilema sobre si es el notario quien tiene la autoridad

para ser responsable. El análisis realizado por Orozco ²⁰ sostiene que, en materia de derechos humanos, en México el notario no es la autoridad responsable, ya que no emite actos unilaterales, imperativos coactivos y con independencia de la voluntad del afectado, tal como sucede con una sentencia. Por otro lado, también se analizó si el notario puede dejar de aplicar una norma jurídica por considerarla inconstitucional o inconveniente, concluyendo que solo los jueces locales están obligados a realizar el control difuso, pues los notarios no pueden dejar de aplicar la norma jurídica que regula el acto jurídico que formalizan, sobretexto de que dicha disposición normativa no está conforme con el texto constitución o con un tratado internacional. (2017, p. 95)

Finalmente, muy a pesar de lo antes expuesto, no hay que negar el papel fundamental del notario en los actos jurídicos de las personas con discapacidad. Esto ha sido reconocido por la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Asamblea General de Naciones Unidas en el punto 77 cuando hace referencia a la figura del notario de fe pública. De esa manera, sostiene:

Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición jurídica romanista. En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad

20 La problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su repercusión en la función notarial

jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables. (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Derechos Humanos 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. (p.19)

Habrá que resaltar el punto de vista de la relatora, para quien el notario en el sistema latino cumple una función de vital importancia para la persona con discapacidad y, pese a no reconocer la posibilidad de aplicar el principio *pro homine*, el notariado cuenta con un sistema de principios propio y viene desarrollando su labor comprometido con los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad.

Conclusiones

Sobre la aplicación de principios en el ámbito notarial concluimos que efectivamente existe mucha literatura jurídica de destacados profesionales notarios cuyos aportes se encuentran esencialmente relacionados con la deontología notarial, sin embargo, no existe evidencia sobre ese haya tratado sobre el tema de principios y valores de los derechos humanos en el ámbito notarial relacionado a la capacidad.

En relación a la tesis de la voluntad ampliamente desarrollada por la teoría jurídica se puede advertir que tiene amplia influencia desde tiempos de la Edad Media y que efectivamente a pesar de que hicieron intentos de tener otros criterios con relación a la voluntad de las personas como la teoría del interés, sin

embargo, en el tiempos actuales todo el sistema civil se basa en la voluntad del sujeto.

La propuesta de la UINL se encuentra íntimamente relacionada a los aportes teóricos del constitucionalismo, que permite ampliar otras formas de aplicar el derecho; sin embargo, es fundamental superar la tesis que limita a otros operadores jurídicos la posibilidad de aplicar principios y valores.

En el plano teórico, respecto a la aplicación de principios y valores de los derechos humanos en la función notarial, se concluye que es el notario debe aplicar el principio *pro homine*, pues permite aplicar normas más favorables, observando los principios y valores propios de la Convención como el de no discriminación, la dignidad inherente que guardan estrecha relación con los principios y valores del notariado de tipo latino.

Desde el plano práctico, la tarea de aplicar la propuesta de la UINL sin la debida reforma legal que permita armonizar la norma interna, representa una tarea difícil, tomando en cuenta la adherencia del notariado a la seguridad jurídica entendida como el cumplimiento de la ley. Además, sobre la base de la función que cumplen de interpretar voluntades (cercana a la teoría de la voluntad,) es fundamental que este profesional cuente con la implementación de un modelo de apoyos para establecer una comunicación efectiva con las personas con discapacidad.

En relación a la función notarial, es importante el reconocimiento que las Naciones Unidas, mediante la relatora de los derechos humanos, de relevar la función que cumple el notario como apoyo a las personas con discapacidad, por

lo que es fundamental que toda reforma tome en cuenta la capacitación y la formación en materia de derechos humanos.

Finalmente, a pesar que el máximo tribunal en México sostiene que los notarios no son autoridades responsables y no puede dejar de aplicar la ley, es importante buscar, en una investigación más profunda, una apertura a otras formas de aplicar el derecho.

REFERENCIAS

- Amado, J. A. G. (2024) Reglas y principios: Revista cubana de Derecho, 4(01), 44-72.
- González, H. M. A. (2019) Principio ‘pro persona’, como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos: Ius Comitialis, 2019: 70-92.
- Arias M. O. (2023) La deontología y la función del notario Ensayo de Ética Aplicada: Lima Perú: La Fe Pública Editores E.I.R.L.
- Atienza, (2022) M. Sobre la Dignidad Humana. España: Editorial Trotta.
- Avila, H. (2011) Teoría de los principios: Argentina : Marcial Pons
- Bariffi, F. J. (2014) El régimen Jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Getafe Madrid
- Castán, M.L.M. (2014) En torno a la dignidad humana como fundamento de la declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO: Revista de bioética y derecho Pag. 17-37.
- Cavallé C. A. (2023). Fundamentos de Deontología Notarial. Lima Perú: La Fe Pública Editores E.I.R.L.

- Ciuro C. M. Á. (2003) Estudio sobre lecciones de filosofía del derecho privado. Rosario Argentina: Fundacion para las investigaciones juridicas.
- Comanducci, P. (2002) Formas de neoconstitucionalismo: Un analisis metateorico: Isonomia
- Cosola, S. J. (2016) La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial. Revista Notarial, 471-533.
- Cosola, S. J. (2008) Interpretación iusfilosófica de los principios notariales: Revista Telemática de Filosofía del Derecho 295-312.
- Courtis, M. A. C. (2004) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Buenos Aires Argentina: Impresiones sud américa.
- Garcia M. E. (2009) Positivismo juridico, realismo sociologico y iusnaturalismo. Mexico: Editorial Fontamara.
- Guastini, R. (2003) La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano: Trota
- Hierro, L. (2016) Derechos humanos una concepcion de Justicia. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales.
- Mora V. H. (2016) La funcion notarial. San Jose Costa Rica: Investigaciones juridicas SA
- Nino, C. S. (1989). Etica y Derechos Humanos Un ensayo de fudamentación. Buenos Aires : Astrea
- Orozco, G. P. (2017) La problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su repercusión en la función: Perspectiva Juridica 79-99.
- Palacios A., Francisco Bariffi. (2007) La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Madrid: Ediciones Cinca,

- Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2013) La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo: Ediciones Olejnik.
- Pellegrini, L. R. D. (2023) Fundamentos teórico-conceptuales de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas: La teoría de los derechos humanos y el modelo social de discapacidad: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 391-424.
- Sánchez B. J. A. (2023) La incapacidad y la discapacidad en la función notarial. A propósito del amparo en revisión 702/2018: Revista de la Facultad de Derecho de México 393-417.
- Talavera, P. F. (2018) Filosofía del Derecho. Santa Cruz: El País
- Varsi, E. y Santillan R. (2021) Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos . un estudio jurídico peruano. Actualidad Jurídica Iberoamericana. 1060-1081.