Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

La otorgación del testamento de la persona con discapacidad: un análisis crítico de la aplicación del modelo social de discapacidad basado en los derechos humanos en la función notarial

The granting of the will of the person with disabilities: A critical analysis of the application of the social model of disability based on human rights in the notarial function

Ismael Vargas Aiza[1]

Recibido el 31 de marzo de 2025
Aprobado el 4 de junio de 2025

RESUMEN

El presente trabajo analiza el testamento de la persona con discapacidad en el marco del modelo social de discapacidad basado en los derechos humanos a partir de la Convención aprobada por la ONU en 2006, en Nueva York, y que entró en vigor en 2008. La investigación se introduce dentro del paradigma hermenéutico interpretativo, busca interpretar fenómenos y conceptos mediante diferentes métodos. El objetivo es generar aporte teórico en la construcción del nuevo régimen de capacidad jurídica en la teoría del acto jurídico, relevando la figura del notariado como apoyo para la persona con discapacidad, con base en la experiencia de la reforma española**,** partiendo de la idea de que sin la aplicación del modelo social de discapacidad, basado en los derechos humanos, el notariado de tipo latino representa en la actualidad la principal barrera o limitación para que personas con discapacidad puedan otorgar un testamento en las oficinas notariales.

Palabras Claves: El testamento de las personas con discapacidad, Juicio notarial de capacidad, Teoría del acto jurídico, Constructo epistemológico.

ABSTRACT

This paper analyzes the will of a person with a disability within the framework of the social model of disability based on human rights, based on the Convention approved by the UN in New York. The research is introduced within the interpretive hermeneutic paradigm, seeking to interpret phenomena and concepts through different methods. The objective is to generate theoretical contributions to the construction of the new

1 Abogado y notario de fe pública en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Registro ORCID: https://orcid.org/0009-0001-8668-2190

regime of legal capacity in the theory of legal acts, highlighting the figure of the notary as support for the person with a disability based on the experience of the Spanish reform. It is based on the idea that without the application of the social model of disability based on human rights, the Latin-style notary system currently represents the main barrier or limitation for people with disabilities to execute a will in notary offices.

Key Words: The will of persons with disabilities, Notarial judgment of capacity, the theory of the legal act, Epistemological construct**.**

1. INTRODUCCIÓN.

La función notarial en Latinoamérica en la situación actual puede considerarse como una barrera o limitación para el ejercicio de los derechos sucesorios de la persona con discapacidad. El presente trabajo de investigación parte de esta crítica, porque desde el análisis económico del derecho el modelo de apoyos propuesto por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, representa una gran inversión para países latinoamericanos. El objetivo principal es analizar la intervención del notario de fe pública en la otorgación del testamento de la persona con discapacidad desde la experiencia española. El análisis se centra en conocer los alcances de la reforma en España, para luego ingresar al desarrollo de la teoría del acto jurídico e intentar establecer conexión con la teoría jurídica desde una perspectiva epistemológica. El alcance de la presente investigación se delimita sobre la base de la siguiente pregunta ¿Por qué se ha considerado importante la intervención del notario en la otorgación del testamento de la persona con discapacidad bajo el modelo social basado en los derechos humanos? Interrogante que permitió establecer conexión con la teoría del acto jurídico, la función notarial y la teoría del derecho.

El presente artículo es de carácter descriptivo porque permite un acercamiento a la situación actual de la normativa jurídica de la capacidad jurídica visto desde una perceptiva doctrinal; entre la metodología empleada se aplicó el método analítico y comparativo cuya técnica fue la revisión bibliográfica y documental.

2. ANTECEDENTES.

El nuevo régimen de capacidad jurídica es un concepto empleado a partir del análisis de la aplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad aprobado por las Naciones Unidas en 2006[2]. Con la vigencia de este importante instrumento jurídico y la experiencia de los Estados en la reforma de su legislación interna, está generando en el ámbito teórico un debate en torno a la forma de interpretar la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, el carácter impreciso de los términos jurídicos como apoyos y salvaguardias propuesto por la Convención**,** hace necesario buscar otra forma de interpretación de la capacidad en las relaciones privadas.

2 Véase: https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

La necesidad de adaptación a los cambios sociales y jurídicos, específicamente en lo referente a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, advierte una ruptura con la forma tradicional de realizar el juicio de capacidad por parte de los notarios que, en el Estado Constitucional de derecho, cumple un rol primordial como garante de los derechos fundamentales de las personas.

3. EL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

España, con la reforma en su legislación, ha dado pasos significativos en la consolidación del modelo social basado en los derechos humanos, lo que ha permitido en estos años sumar experiencias prácticas en la otorgación de testamento y en tal sentido De Torres sostiene:

> Precisamente el art. 665 CC nos da una de las claves para entender el alcance de la prohibición de testar del art. 663.2 CC. El primero de estos artículos refiere que la función del notario sobrepasa la de la mera fe pública registral y puede ser considerada como una medida de apoyo a la persona con discapacidad. La doctrina lo ha interpretado en el sentido de que se trata de «una persona que necesita ayuda para comprender, razonar y conformar su voluntad, sus preferencias y sus deseos». Es decir, que la ley prevé que pueda ser necesaria ayuda para que el testador realice el proceso de formación de su voluntad, sin que dicho supuesto implique que se tenga que dar lugar a la curatela representativa (De Torres 2022, 468).

El testamento en el sistema notarial latino, para su validez, debe ser otorgado ante Notario de fe pública y según observamos en la reforma en España el notario adquiere una relevancia mayor porque es considerado un apoyo para la persona con discapacidad.

Según Isidro Tamayo (2021) en su análisis sobre la reforma en España en el marco de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, sostiene en relación al otorgamiento de testamento de persona con discapacidad lo siguiente:

> Respecto a los testamentos notariales el famoso artículo 665 es objeto de un tratamiento totalmente diferente al disponer: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias” (Tamayo 2021).

Para Tamayo es fundamental el papel del notario en la otorgación del testamento de la persona con discapacidad, tanto así que realiza los siguientes comentarios:

> 1º. Que para otorgar testamento abierto notarial una persona con discapacidad, aunque respecto a ella se haya establecido curatela asistencial o representativa, no se necesita que dos facultativos respondan de su capacidad.
>
> 2º. Que ello no significa que la persona que carezca de capacidad natural para testar, en el momento de otorgarlo, pueda hacerlo.

> 3º. Pero que, cuando de testamento notarial se trate, es al notario al que le corresponde apreciar esa capacidad bajo su responsabilidad.
>
> 4º. Que la función notarial en este campo es claramente una medida de apoyo a la persona discapacitada, como antes decíamos.
>
> 5º. Que el apoyo del notario facilitando el otorgamiento del testamento con los ajustes necesarios, se exige no solo cuando existan discapacidades intelectuales, sino también cuando se trate de discapacidades físicas o sensoriales; así resulta de las modificaciones en los requisitos para la formalización notarial del testamento abierto o cerrado.

La relevancia de la figura del testamento a diferencia de otros actos jurídicos como la otorgación de una escritura pública o un poder**,** radica en que al ser un acto personalísimo el único apoyo para interpretar su voluntad es el Notario de fe pública. En esa línea Calero citado por Ferrero (2022) sostiene lo siguiente:

> Lo más novedoso del artículo 665 CC es su inciso final, conforme al cual el Notario debe procurar que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Como destaca GUILARTE MARTÍN-CALERO, en estos casos, "el apoyo será el Notario autorizante; su presencia, avalada por su prestigio, independencia y experiencia y por la confianza que la institución notarial genera como protectora de la voluntad del testador, se erige en medida de apoyo ex lege para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (Ferrero 2022, 28).

En síntesis, la figura del notario en España es altamente respetada por la sociedad y el Estado, tal es así que en la reforma y principalmente para la otorgación del testamento resulta ser fundamental.

La idea de contemplar al notario en las relaciones privadas a nivel internacional fue propuesta también por la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad**,** Consejo de Derechos Humanos periodo de sesiones, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018[3], que sostiene en su punto 77**:**

> 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 jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables.

3 Véase: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-disability

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

El informe deja establecido de forma contundente que es vital la actuación del notario**,** y los Estados tienen el deber de promover la capacitación, así lo entendió el legislador en España, confiando en este profesional para que**,** en representación del Estado en materia de discapacidad**,** contribuya en la materialización de los derechos de las personas con discapacidad en las relaciones privadas en países con tradición jurídica romanista.

4. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD.

La consideración de la necesidad de apoyo para la persona con discapacidad en la intervención notarial, pone de manifiesto la exigencia de revisar el juicio notarial de capacidad y sus implicancias o sus consecuencias jurídicas, a la hora de presentarse una duda respecto a la capacidad de una persona, así lo pone en evidencia De Torres cuando sostiene:

> Señalaba Rodríguez Guitián que en estos supuestos el juicio que realiza el notario sobre la capacidad del testador venía a reforzar la presunción iuris tantum de la capacidad del testador. A lo cual añade Vicenzo Barba que lo que ha variado ahora es el contenido del juicio a realizar por el notario. Si bien anteriormente era un juicio de valoración de la capacidad de la persona, ahora se limita a «constatar que la persona pueda conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones (De Torres 2022, 469).

La intervención notarial en el acto jurídico de la persona con discapacidad puede interpretarse como algo subjetivo y puede ser objeto de críticas, al respecto Mejía sostiene que a la hora de cuestionar el juicio notarial de capacidad habrá que tomar en cuenta que, desde el punto de vista de la lógica, el juicio favorable del notario es afirmativo, singular, categórico y asertórico y estos juicios se dan con relación a la capacidad natural y no a la capacidad legal, juicio asertórico implica lo siguiente:

> Son juicios asertóricos pues afirman una cosa (el otorgante tiene capacidad) a diferencia de los juicios problemáticos, en los que se emite una opinión o probabilidad (el otorgante probablemente tiene capacidad natural) y de los juicios apodícticos o juicios demostrativos (como el otorgante responde a todas mis preguntas con acierto). El juicio del notario se diferencia de los juicios médicos, que entran en la categoría juicios problemáticos o apodícticos. Su juicio debe ser, desde el punto de vista del notario, necesariamente asertórico y referido a una situación de hecho, en un momento concreto y determinado (Mejia 2019, 25).

La idea de revisar el juicio notarial de capacidad le da un valor significativo a la hora de la intervención de personas con discapacidad, ya que dependerá de este juicio el ejercicio o no de un derecho. Al respecto Lora Tamayo citado por Gómez (2023) sostiene en relación a los apoyos lo siguiente:

> Sin embargo, la actuación notarial puede no ser suficiente, incluso para salvaguardar la responsabilidad del notario. Habrá que buscar más apoyos. Judicialmente será difícil tenerlos, pues estamos ante una persona a quien no se le modificó la capacidad en el ámbito judicial. El certificado o el dictamen médico ayudan al juicio de capacidad, pero seguramente no es suficiente, pues servirán

> para reforzar el juicio del notario sobre la capacidad, pero no es el adecuado para formar una voluntad debidamente informada del otorgante. Si la persona discapacitada previó estos apoyos, en la forma que antes veíamos, el problema quedará resuelto, pero si no existe esa previsión creemos que el notario sólo podrá autorizar el documento si conoce suficientemente el entorno familiar o de protección que rodea al discapacitado (Gómez 2023, 134).

A decir de expertos como Lora Tamayo, reconocido notario español, el juicio notarial de capacidad se deberá tomar con mucha cautela, tomando en cuenta la responsabilidad del Notario a la hora de intervenir con personas con discapacidad.

Lo más práctico para evitarse problemas será con seguridad acudir a las otras ramas de apoyo como la medicina o la psicología a los que entiende Gómez cuando sostiene:

> (…) lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador (Gómez 2023, 135).

Comprender la voluntad de una persona es una tarea compleja, principalmente cuando no hay forma de establecer una comunicación efectiva, pero existiendo habrá que tomar en cuenta lo que afirma Torrez cuando sostiene:

> Es por ello que la función del notario será doble, por un lado, comprobar que el testador comprende las disposiciones que introduce en el testamento, y por otro evitar intromisiones o influencias ajenas a la voluntad del testador que puedan impedirle manifestar su verdadera voluntad o puedan alterarla (De Torres 2022, 470)

Es así que, ante la duda y necesidad de informe, el notario podría solicitar informes que, según Gómez, citando a De Rada, sostiene:

> (…) pese a reconocer que la labor del notario responde a un juicio jurídico, no médico, defiende que el notario podrá requerir «informes médicos, psicológicos, de asistentes sociales o análogos», los cuales no serán vinculantes, citando, a fin de avalar su posicionamiento (Gómez 2023, 137)

No hay duda que en este acto de otorgar un testamento el apoyo del notario resulta ser fundamental y siguiendo la línea de la argumentación Cobas (2022), relevando la función del notario en el ámbito sucesorio, sostiene:

> La ley facilita y regula la autonomía de la persona con discapacidad dentro de la relación jurídica sucesoria, a lo que se acompaña la participación del Notario en sede de sucesiones que adquiere mayor relevancia si cabe, y la función notarial como eje del acompañamiento de estas personas dentro del sistema de apoyos (Cobas 2022).

El modelo de apoyo basado en los derechos humanos sostiene que las personas con discapacidad pueden ejercer sus derechos al igual que otras personas y la otorgación del testamento al ser un acto personalísimo**,** depende en gran medida del apoyo que

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

pueda otorgar el notario para interpretar la voluntad misma que tiene que ser libre de toda influencia indebida.

Entre los aspectos Éticos, resulta fundamental a propósito de la reforma en España de la confianza depositada por el Legislador Español a la figura del notario, la reforma referente a la otorgación del testamento según Cobas (2022) sostiene:

> El Notario es en cualquier caso el que debe tener la convicción ética y jurídica de que la comunicación es lo más perfecta posible y que el acto por una parte cumple con los requisitos de la ley, manteniendo la pureza del negocio y por otra parte que se han agotado todas las vías posibles, dentro de lo razonable para que la persona con discapacidad pueda expresar sus deseos y ver cumplidas sus expectativas (Cobas 2022, 26).

Dejar o permitir que el notario sea el apoyo visible para la persona con discapacidad resulta ser un gran desafío para el notariado en Latinoamérica. Lo anterior supone, al mismo tiempo, grandes preocupaciones para el Notariado ya que, a pesar de contar con postulados éticos y morales como lo resalta Cavalle Cruz (2023), cuando analiza la imprescindible autoridad moral del notario resaltando:

> que los notarios deben mantener una actitud personal ética en el ejercicio de su función que dignifique su persona y la institución de la que forman parte, absteniéndose de comportamientos que conlleven la pérdida de la confianza de los ciudadanos en la institución notarial o sean contrarias a la dignidad del notariado (Cavalle 2023, 32)

La confianza es un aspecto de vital importancia para el funcionamiento de las instituciones y sobre esto descansa la figura del notario, de nada sirve la ciencia sino viene acompañado de conciencia, así lo reflejaba (Vallet de Goytisolo 1994) cuando sostenía: “si le faltara la ciencia al notariado, este podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no sería posible la función”, por lo que es fundamental los valores éticos y morales en la función notarial.

La preocupación de este juicio notarial radica, como indica Gómez (2023), en la subjetividad de parte del notario que no cuenta con conocimientos médicos y sostiene:

> (…) la doctrina y la jurisprudencia no exigían el dictamen médico ante la ausencia de incapacidad oficial, teniendo el juicio del notario, según la citada fuente, el mismo crédito que un dictamen pericial. No obstante, discrepaban de la presunción de capacidad del testamento autorizado por el fedatario público sin el dictamen del facultativo, diciendo que la presunción del testamento otorgado ante notario y los testigos constituía un “arma formidable en manos de los futuros sucesores de mala fe de una persona realmente desequilibrada pero con alguna apariencia de normalidad mental”, explicando que el notario, carente de conocimientos médicos, fácilmente emitiría un juicio favorable acerca de la capacidad del testador, a pesar de que este estuviese a merced de toda suerte de captaciones y engaños (Gómez 2023, 98).

A pesar que el notario no realiza una valoración integral se puede encontrar con situaciones en la que, a su criterio, la persona se encuentra lúcido en el momento de su

intervención, a esto la teoría lo ha denominado el intervalo lúcido y esta sostiene con relación a los efectos en el derecho civil, según Marín (2001), lo siguiente:

> La doctrina mayoritaria sostiene que la interdicción tiene como consecuencia la nulidad de los actos que se celebren durante el intervalo lúcido, ya que, según esta, la incapacidad de actuar que deriva de la declaratoria de interdicción no proviene de la enajenación mental en sí, sino de esa sentencia que declara en forma permanente la incapacidad del individuo, por lo cual, aunque se recupere la lucidez mental en estos intervalos, la incapacidad sigue existiendo. Para que los actos sean válidos, se requiere necesariamente que el estado de interdicción sea levantado. Esta es la posición seguida en este ordenamiento. Para alegar la nulidad absoluta que afecta a los actos del interdicto, solo es necesario demostrar que existe la respectiva declaración judicial, sin importar si se actuó o no durante un intervalo lúcido.

Con relación a los efectos, se tiene que si el sujeto realiza durante un intervalo de lucidez un acto, y ya había sido declarado en estado de interdicción, el hecho será absolutamente nulo; pero si no fue declarado judicialmente, dicho acto podría ser anulable, previa comprobación de la incapacidad al momento de realizar el acto o contrato (Marín 2001).

La teoría jurídica siempre ha estado preocupada por la validez del acto jurídico bajo amenaza de la sanción, lo que ha generado un formalismo al extremo en la otorgación del testamento, el notario en la tradición jurídica romanista ante la duda prefiere no intervenir. El temor a la sanción de nulidad es el fundamento más seguro a pesar de ser criticado de exegetas.

5. CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL ACTO JURÍDICO.

La teoría del acto jurídico se fundamenta en la autonomía de la voluntad que sostiene que el hombre se obliga porque actúa de forma libre y con la suficiente información manifiesta o exterioriza su voluntad. Por lo que puede celebrar actos, determinar su contenido y asumir con responsabilidad sus efectos. De esta forma se ha derivado en el concepto de acto de jurídico cuya definición es la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes; el Derecho sanciona dicha manifestación de voluntad si esta no fue libre y se demuestra la existencia del error, dolo o violencia. Por lo que para que un acto sea válido la voluntad debe exteriorizarse por medio de una declaración o comportamiento. Según Rojas Ascón (2024) habrá que tomar en cuenta lo siguiente:

> Para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y voluntad) y externos (manifestación). Con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada. La voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, y es la única que puede ser conocida por el destinatario (Rojas 2024, 226).

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

A pesar que la teoría del acto jurídico tiene una amplia aceptación, esto no ha sido siempre así ya que se conoce que hubo divergencias con relación al elemento interno voluntad, que no es de interés de la teoría jurídica y que por salvar la seguridad del tráfico jurídico se tuvo que apelar a artilugios jurídicos como el de la presunción de idoneidad que, al decir de Amado (1988):

> En la inteligencia de esta presunción de idoneidad debe tenerse en consideración que una declaración de voluntad sólo adquiere relevancia jurídica cuando es recibida por el mundo exterior al declarante. Quien recibe una declaración de voluntad la somete a un examen de razonabilidad y confiabilidad que, según las circunstancias personales, de tiempo y de lugar le permiten determinar el sentido de la intención del declarante y si la voluntad revelada puede ser razonablemente atribuida a la verdadera intención del individuo que declara. Así cuando es evidente la falta de seriedad de una expresión, será también evidente que no se trata de una declaración de voluntad (Amado 1988, 77).

Por tanto, según Amado si de la manifestación se infiere indubitablemente una voluntad jurídica razonable y confiablemente atribuible al declarante, la declaración de voluntad queda amparada por la presunción de idoneidad. Es mediante esta presunción que el Derecho supera la aparente contradicción entre el reconocimiento de la voluntad como fuente de los efectos jurídicos y la imposibilidad de conocer la interioridad del individuo.

Hay seguridad en afirmar que la teoría de acto jurídico en su construcción ha tenido varias posiciones con respecto a la relación entre la voluntad y la declaración**,** así lo pone de manifiesto Ferrada (1960) cuando en su obra señala:

> La cuestión que vamos a discutir ha sido debatida en Alemania con viveza y apasionamiento y constituye una de las páginas más hermosas de la doctrina alemana: el dogma de la voluntad expuesto a los ataques enérgicos que de todos los lados se le dirigen, empieza a agrietarse y a perder terreno, hasta tal punto que, por una parte, sus defensores más tenaces se ven obligados a otorgar concesiones aunque a su vez, la teoría contraria que, bajo la bandera de los interés del comercio, habían combatido duramente la supremacía de la voluntad, también es contradicha como una exageración reaccionaria y por otra parte se nota en ellos cierta falta de entusiasmo; y así mientras unos declaran imposible solución del problema, otros se remiten a la prudencia del juez y a las circunstancias del caso y otros finalmente, defienden sistemas intermedios que tratan de conciliar las tendencias opuestas armonizando los interés en lucha (Ferrara 1960, 2).

Según (Roque 2008, 59) en su análisis del Código Civil francés de 1804, sostiene que se acude para clarificar y considera una concepción plenamente individualista y artificial de los comportamientos de los hombres que producen consecuencias legales, la consideración de artificial es porque considera que pretende hacer creer que es en la voluntad del individuo donde reposa la esencia misma del concepto mismo de acto jurídico. La crítica al carácter patrimonialista e individualista está presente y se ve reflejada en la teoría del acto jurídico que deberá ser replanteada bajo el nuevo paradigma de la capacidad a partir del modelo social. Para Varsi (2021), además de la voluntad es fundamental analizar conceptos como la manifestación de voluntad,

los vicios del consentimiento, la representación y la invalidez del acto jurídico como elementos que requieren ser replanteados a la hora de abordar el nuevo paradigma a partir de la Convención cuando sostiene:

> Este cambio requiere replantear las teorías clásicas sobre el acto jurídico, adaptándolas a la realidad de las personas con discapacidad. Conceptos como la manifestación de voluntad, los vicios del consentimiento, la representación, así como la invalidez, entre otros, deben actualizarse para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

La manifestación de voluntad es el elemento esencial del acto jurídico, y en el caso de las personas con discapacidad, se ejerce en consonancia con su autodeterminación, la toma de decisiones, el derecho a equivocarse y el libre desarrollo de su personalidad. Su capacidad jurídica no se restringe, sino que se amplía para garantizar su plena participación en la vida jurídica.

La toma de decisiones jurídicas, sean patrimoniales o personales, debe entenderse como un proceso integral, más allá de la mera expresión final de la voluntad.

6. CONSTRUCTO EPISTEMOLÓGICO

Una teoría crítica del derecho sostiene que la filosofía jurídica no debería limitarse a describir el derecho desde un punto de vista neutral y avalorativo, sino que debe ser capaz de “generar las posibilidades de una intervención política fructífera desde el discurso jurídico en el comportamiento de la institución social” (Nuñez 2009); este enfoque permite centrar la crítica en la concepción tradicional y formalista del derecho que asocia el derecho únicamente con la ley escrita, lo que limita la capacidad de los notarios y otros operadores jurídicos para interpretar y aplicar el derecho de manera creativa. Esta visión puede considerarse el principal obstáculo para la implementación de los principios de la Convención, que requieren un enfoque más flexible y adaptativo.

La adaptabilidad se refiere a la capacidad del derecho para evolucionar y ajustarse a las cambiantes realidades sociales, culturales y económicas. Esto implica que los operadores jurídicos, como los notarios y jueces, deben ser flexibles en su interpretación de la Ley, considerando el contexto específico de cada caso y las necesidades particulares de las personas involucradas. La adaptabilidad también puede incluir la disposición a modificar o reformar las leyes existentes para que sean más efectivas en la práctica, pero sin descuidar un equilibrio reflexivo, tal como lo destaca Mendoza cuando concluye:

> Aunque la sentencia Atala Riffo fue un hito significativo, la aplicación de la interpretación evolutiva requeriría un análisis detenido, equilibrando la coherencia con los principios jurídicos y el respeto a los derechos adquiridos. En última instancia, este debate destaca la complejidad inherente a la adaptación del derecho a las transformaciones sociales y resalta la necesidad de un equilibrio reflexivo entre la evolución jurídica y la estabilidad normativa (Mendoza 2023, 31).

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

La teoría crítica, como dice Núñez, reconoce un importante papel al derecho en el cambio social, es decir, con la vigente Convención no es necesario una reforma de la Ley Civil, en el contexto de esta teoría se podría acudir a propuestas desde la ciencia jurídica como el positivismo, pero no de corte formalista, el ius naturalismo o el realismo jurídico, acudiendo a autores que pueden clarificar como (Dworkin 1989) conocido por su enfoque en los derechos individuales y su crítica al positivismo jurídico. Su teoría del derecho como integridad podría respaldar la idea de que los notarios deben interpretar y aplicar la ley de manera que se respeten y promuevan los derechos de las personas con discapacidad, en lugar de limitarse a una aplicación estricta de la ley.

De la misma forma (Perez 2024), reconocido notario cubano, sostiene que los principales cambios en materia de capacidad jurídica, dependen de la necesidad de la participación de todos los actores para superar resabios históricos en materia de discapacidad afirmando con mucha altura lo siguiente:

> La reforma legal al régimen de la capacidad de las personas en situación de discapacidad en Cuba es un desafío social sin precedentes que atañe a entidades privadas, servidores públicos, Estado, comunidades, familias y sociedad, pero sobre todo el mayor reto de este cambio de paradigmas supone el cambio de mentalidad, superar estereotipos, mitos y tabúes que la humanidad durante siglos ha ido dibujando en desmedro de ellas. El espíritu que informa los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias como pilastras esenciales del modelo social y de derechos humanos que en torno a la discapacidad introdujo la CDPD y del que hoy se hace eco dicha reforma está precisamente en potenciar el poder de decisión de las personas, la búsqueda de su voluntad para que puedan escribir su propia biografía en primera persona del singular y con ello potenciar la dignidad humana como valor supremo.

Lo fundamental en Pérez es que destaca la relación entre el derecho y la sociedad, señalando que la efectividad de las normas depende no solo de su existencia, sino también de su aplicación y de la transformación de actitudes sociales. Esto resalta la importancia de considerar el contexto social en la teoría del derecho, promoviendo un enfoque que no solo se centre en la norma, sino también en su impacto en la vida de las personas.

A pesar que inicialmente se parte de la crítica al positivismo jurídico de corte formalista, pretender una propuesta que involucre la aplicación de la Convención para la otorgación del testamento es trascendente recurrir a autores como (Hart 1963) a pesar de ser un positivista, su concepto de “reglas de reconocimiento” podría ser interpretado en el sentido de que los operadores jurídicos, incluidos los notarios, pueden jugar un papel fundamental en la interpretación de las normas y en la adaptación de la práctica legal a las necesidades sociales, como las de las personas con discapacidad.

En el análisis de la normativa interna, la crítica también se extiende a la dificultad de aplicar la Convención en un contexto donde las leyes existentes no han sido reformadas para alinearse con sus principios. Esto crea un vacío normativo que es utilizado como excusa por los operadores jurídicos para no aplicar adecuadamente los derechos de las personas con discapacidad. Algunos teóricos o doctrinarios del derecho notarial argumentan que la función notarial no debería ser vista como creadora de derecho,

sino más bien como una función que se limita a la aplicación de la Ley. Esta crítica sugiere que los notarios no tienen la autoridad para interpretar o integrar la ley, situación que podría limitar su capacidad para aplicar la Convención de manera efectiva en la práctica. La necesidad de recurrir a Hart es porque existe la necesidad de argumentar para lograr un consenso entre los operadores jurídicos sobre el papel del notariado en la creación de derecho y la aplicación de la Convención.

El modelo social de discapacidad al estar fundado en los derechos humanos complejiza de forma significativa la tarea de abordar la discapacidad, esta afirmación está confirmada por (De Asis 2014) cuando sostiene: "que cuando hablamos de los derechos humanos es necesario llevar a cabo una serie de reflexiones de índole moral, jurídica y política, o dicho de otra manera, todo análisis de los derechos que pretenda ser integral exige considerar que estamos ante figuras que poseen unos componentes éticos, jurídicos y políticos".

La presencia de teorías éticas y políticas como (Nussbaum 2006), con su enfoque en las capacidades humanas, que argumenta que el derecho debe centrarse en la promoción de la dignidad y la autonomía de las personas. Desde esta perspectiva podría apoyar la idea de que la práctica notarial debe adaptarse para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos plenamente.

Entre otras cosas al abordar la discapacidad será fundamental asumir lo que sostiene (Lafferriere 2020) cuando analiza la tensión entre autonomía y protección, las transformaciones en relación con los representantes y apoyos, y el desborde de la noción de capacidad de ejercicio asociada a los actos jurídicos, al respecto sostiene:

> Que en las personas con discapacidad la tendencia es a enfatizar la capacidad como principio, favorecida por las medidas de apoyo y adoptando excepcionalmente salvaguardias de la capacidad para la toma de decisiones, aclarando que deben responder a la voluntad y las preferencias de la persona interesada (Lafferriere 2020, 64).

Para Lafferriere, pretender una autonomía total estaría alejado de la realidad**,** que se pretenda instaurar una total autonomía para ejercer por sí todos los derechos por parte de las personas menores de edad. Tal autonomía supondría dejarlas desprovistas de adecuadas formas de protección y las mismas declaraciones de derechos perderían su sentido. Ya que reconoce que tanto los niños como las personas con discapacidad presentan diferentes tipos de vulnerabilidades. Esto genera la necesidad de un enfoque diferenciado en la regulación de su capacidad de ejercicio. La protección puede ser necesaria en ciertos contextos, pero también puede llevar a una sobreprotección que impida el desarrollo de la autonomía. La regulación civil ha estado históricamente centrada en actos jurídicos patrimoniales, lo que puede no reflejar adecuadamente la complejidad de las decisiones cotidianas que afectan la vida de las personas. La tensión surge cuando se intenta equilibrar la protección de estas personas en decisiones que son intrínsecamente personales y que deberían ser tomadas por ellas mismas.

Por otro lado, un enfoque excesivamente individualista que priorice la autonomía puede llevar a situaciones de desprotección y abandono, especialmente en contextos donde las personas pueden no tener la capacidad de tomar decisiones informadas. Esto resalta la necesidad de un enfoque equilibrado que considere tanto la autonomía como la protección.

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

Para Lafferriere, el problema se presenta con los denominados “casos difíciles”, en los que la persona no puede expresar su voluntad por ningún medio o en los que la persona pueda tomar medidas que le impliquen un daño grave (Lafferriere 2020, 64).

Por su parte Cosola, notario argentino con mucha trayectoria académica cuya actividad se encuentra dirigida por su crítica al formalismo, sostiene:

> Cumplir con el derecho formal era tarea relativamente sencilla con un código decimonónico, rígido en sus apreciaciones, defensor del orden público por sobre la voluntad individual o colectiva, limitado en teoría de la argumentación y alcanzado por la teoría de interpretación estricta que, en todo caso, ordena estudiar qué quiso decir la ley o el legislador en vez de analizar que necesita el hombre o la mujer para que el derecho cumpla con su cometido. En un código de esas centenarias características, el fundamento de la obligatoriedad de la ley es una necesidad que impone la seguridad jurídica de manera uniforme y general, aun ante quienes por ignorancia puedan desconocerla.

La crítica de Cosola[4] está orientada a generar conciencia en el notariado para transitar a otras formas de interpretación. La interpretación de los principios en la teoría jurídica ha planteado soluciones como la ponderación de principios cuyo debate aún sigue vigente pero que es bien conocida la fórmula del peso y contrapeso propuesto por un prestigioso teórico como Robert Alexi; la postura de aplicar principios y valores de los derechos humanos en la función notarial por parte de la UNIL para intervenir en casos de personas con discapacidad, parece estar fundamentada por Cosola cuando sostiene:

> 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 notaria 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. Un código de principios presenta pautas formidables de justicia, pero en ciertas circunstancias la diversidad normativa y la remisión constante a principios esenciales que se suponen más ligados a la condición de persona humana que a cuestiones técnicas de ejercicio, puede generar en algún acto específico alguna duda de aplicación jurídica concreta (Cosola 2016, 41)

La postura sostenida por Lafferriere y compartida por su Cosola, nos permite un acercamiento con teorías vinculadas a los derechos fundamentales de Alexy cuyo

4 Asumíamos entonces quienes eran los capaces, quienes los incapaces; sabíamos de clasificaciones de hecho, de derecho, lo absoluto y lo relativo en la incapacidad de hecho, pero no en la de derecho, entre otras cosas relevantes. La regla era sencilla, casi matemática. No hay lugar a dudas en la interpretación de un sistema rígido que valora al género humano por su condición negocial y no por su capacidad de esgrimir y afirmar la voluntad y la libertad.

enfoque se sostiene en la relación entre derechos y principios. Su idea de que los derechos deben ser interpretados de manera que se maximice su efectividad podría alinearse con la propuesta que los notarios deben aplicar la Convención de manera que se respete la autonomía de las personas con discapacidad.

Negar la participación activa del notario en los actos jurídicos es no reconocer lo que, para la Corte Interamericana, en el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala[5]. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, resolvió mediante una llamada de atención al país demandado con relación a la Convención de los derechos del Niño, sosteniendo que al delegar en los notarios el otorgamiento de adopciones, era responsabilidad del Estado velar por que dichas personas privadas respetaran y garantizaran.

7. RESULTADOS

De acuerdo con los aportes expuestos se puede inferir lo siguiente: 1) La reforma en España con relación a la otorgación del testamento de la persona con discapacidad, se cimienta sobre la base de la confianza del Estado en el notariado español que tiene tradición de grandes notarialistas como Juan Vallet de Goytisola entre otros. 2) La Convención de los derechos de las personas con discapacidad ha producido cambios en la teoría del acto jurídico, introduciendo principalmente en el sistema de tradición romana la figura del notario como apoyo para la persona con discapacidad, quien deberá interpretar la voluntad de los interesados respetando su voluntad. 3) En los países latinoamericanos que pretendan reformar su legislación es fundamental reconocer que implementar el modelo social es una tarea compleja que implicará analizar no solo aspectos legales, sino también, políticos, económicos, éticos y sociales.

8. DISCUSIÓN.

Numerosos aportes en la ciencia jurídica de autores notarialistas, como Joaquín Costas, Vallet Goytisolo, Mesquita del Cacho, Rafael Nuñez Lagos, Mery Muñoz, Fernández Pérez del Castillo y recientemente Cavalle, Delgado de Miguel y Sebastián Justo Cosola, desde diferentes miradas y latitudes han intentado fundamentar la importancia del notario en las relaciones privadas, principalmente en su rol preventivo (*funcion cavere)*, es decir prevenir conflictos; pese a contar con sistema notarial dotado de principios y valores la teoría jurídica le ha restado importancia. Así lo manifestó en su tiempo (Mezquita 1989) cuando sostenía “entre el espacio anatomofisiológico del derecho privado y el espacio patológico del proceso hay otro inmunológico de recurso de acción jurídica preventiva”**,** esta acción preventiva la cumple el notario como principal artífice. La figura del juez ha estado presente en la mayoría de las teorías jurídicas sean subjetivistas, objetivistas hasta emotivistas que entienden el derecho como la teoría del acto jurídico. El nuevo régimen de capacidad al otorgar la relevancia en la interpretación

5 Véase: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

LA OTORGACIÓN DEL TESTAMENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 14, Nro. 22 - Enero - Junio 2025 • Pág. 43 - 58

de la voluntad de las personas con discapacidad por parte del notario, permite sentar las bases para un reconocimiento de su aporte a la teoría jurídica.

9. CONCLUSIONES.

1. Los notarios de fe pública para la otorgación del testamento de personas con discapacidad en la tradición jurídica romana, son actores fundamentales para promover la autonomía y preferencias de la persona con discapacidad. Esta relevancia ha sido identificada en la reforma española de la legislación civil y notarial

2. Para encarar un proceso de implementación del modelo social de discapacidad habrá que tomar en cuenta aspectos éticos, políticos y sociales principalmente de capacitación a los operadores jurídicos como notarios, jueces y abogados.

3. Tal como recomendaría la relatora de la ONU, para las personas con discapacidad es fundamental reconocer la labor preventiva del notario en las relaciones privadas en el sistema de tradición romano germánico, situación que debe ser tomado en cuenta en la teoría jurídica.

10. RECOMENDACIONES.

Se debe promover la capacitación y la formación permanente de los notarios de fe pública en materia de derechos humanos, principalmente de las personas vulnerables como las personas con discapacidad.

El Estado y la sociedad deben promover espacios de sensibilización y capacitación sobre el régimen de capacidad, además de realizar campañas para mejorar la imagen del notariado

Es importante profundizar la investigación con relación a los aspectos éticos, políticos y filosóficos respecto al tema de discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIGRÁFICAS

Amado, Jose Daniel. «Las declaraciones de voluntad impropias.» *THEMIS Revista de Derecho,*, 1988: 75-80.

Cavalle, Cruz Alfonso. *Fundamentos de Deontologia Notarial.* Lima Peru: La Fe Pública Editores E.I.R.L., 2023.

Cobas, Cobiella María Elena. «Capacidad juridica y capacidad de obrar. Dos clasicos del derecho de la persona. Notas a la luz de la Ley 8/2021 de 2 de junio.» *Derecho, empresa y sociedad* , 2022: 15-32.

Cosola, Sebastián Justo. «La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial.» *Revista Notarial, 471-533.*, 2016: 471-533.

De Asis, Roig Rafael. «La incursion de la discapacidad en la teoria de los derechos:posibilidad, educación derecho y poder.» 2014: 59-73.

De Torres, Perea Jose Manuel. «La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias.» *Bloque 10 Universidad de Malaga*, 2022: 450-490.

Dworkin, Ronal. *Los derechos en serio Edición traducida por Marta Guasta Vino.* Barcelona: Editorial Ariel SA, 1989.

Ferrara, francisco. *La simulación de los negocios juridicos .* Madrid España: Editorial revista de derecho privado, 1960.

Ferrero, Gómez Aránzazu. *Otorgamiento de Testamento por Persona con Discapacidad: Nueva regulación.* Tesis de grado, Vadallolid- España: Universidad de Vadallolid, 2022.

Gómez, Valenzuela Manuel Ángel. «La Testamenti Factio Activa: Una reinvindicacion de la intervención de las medidas de apoyos en el negio testamentario.» *Revista de Derecho Civil*, 2023: 93-171.

Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho, edicion traducido por Genaro Carrio.* Buenos Aires Argentina: Abeledo Perrot, 1963 .

Lafferriere, Jorge NIcolas. «Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino.» *Revista de Derecho privado*, 2020: 51-87.

Marín, Paola Arias. *El intervalo Lucido y sus aspectos medicos, penal y civiles.* Tesis de grado , Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2001.

Mejia, Rosasco Rosalia. *La implementacion de la Convencion de las personas con discapacidad en la funcion notarial.* Lima Peru: Colegio de Notarios de Lima, 2019.

Mendoza, Pardave Leedy Milena. *Aplicación de la interpretación evolutiva del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual a hechos anteriores al caso Atala Rifo vs, Chile.* tesis, Lima : Pontificia Universidad Catolica de Peru , 2023.

Mezquita, del Cacho Jose Luis. *Teoria de la seguridad juridica en su doble proyección publica y privada .* Barcelona España: Boch Casa Editorial , 1989.

Nuñez, Vaquero Alvaro. «Teorías críticas del derecho:observaciones sobre el modelo de ciencia juridica .» 2009: 413-434.

Nussbaum, M. C. *Las fronteras de la Justicia .* Barcelona España: Paidos Iberica, 2006.

Perez, Gallardo Leonardo B. «Apoyos, ajustes razonables y salvaguardias en la dinamica de un nuevo derecho para las personas en situacion de discapacidad.» *Revista cubana de derecho*, 2024: 381- 419.

Rojas, Ascon Jose Miguel. *La interpretación del negocio juridico en el derecho peruano.* Lima Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L, 2024.

Roque, Montesillo Luz Gladys. «Teoria del acto juridico y concepto de negicio juridico.» *Revista oficial del poder judicial de Peru* , 2008: 57-74.

Tamayo, Rodriguez Isidro Lora. «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica.» *Notario del siglo XXI*, 2021.

Vallet de Goytisolo, Juan B. *Metodologia de la determinacion del derecho .* Madrid: Centro de estudios Ramon Areces SA, 1994.