MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN EFECTIVA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL.

MTRA. JOAQUINA GABRIELA RUIZ BURGOS.

1. Introducción

"El impedimento jurídico, nunca puede ir más allá del impedimento natural." (Llorens, 2007).

Es esencial para el Derecho Mexicano conocer la difícil situación en la que se encuentran las personas con deficiencias intelectuales, la incertidumbre jurídica ante la que se enfrentan y el menoscabo personal que sufren en su independencia y toma de decisiones, para así comprender su posición en la sociedad.

Es por eso que los mecanismos de participación efectiva de las personas con discapacidad intelectual con grado leve y limítrofe, deben de crearse e implementarse para que aquellos que se encuentran bajo esa condición, puedan hacer valer su voluntad y desarrollarse plenamente, para logar integrarse cada vez más a la sociedad, permitiendo que los sujetos con deficiencias intelectuales sean autosuficientes y puedan autodeterminarse de acuerdo a sus capacidades.

Al referirse a la participación efectiva se pretende que se reconozca el derecho a expresarse y ser escuchado, ser capaz de desarrollarse dentro de la sociedad, además de que su intervención y voluntad sea real y respetada, haciéndose constar jurídicamente. Se espera que la personas con deficiencia intelectual con grado leve y limítrofe adquieran mayor autonomía, tanta como su capacidad natural se los permita.

La efectiva participación de las personas con deficiencia intelectual con grado leve y limítrofe, favorece directamente a aquellos bajo esta condición, pero también a sus familiares. Es un paso más para lograr que la persona con deficiencia intelectual se integre a la sociedad al ver disminuidas sus desventajas en la comunidad, en todos

los aspectos, no solo sociales, sino jurídicos y además emocionales; al sentir, tanto la persona como la familia que el sistema jurídico y la sociedad respalda y protege a la persona con discapacidad intelectual, en este caso, su hijo, hermano o él mismo.

Por si fuera poco, también se pretende alcanzar beneficios para la sociedad que son disminuir la discriminación, ser una comunidad inclusiva, tolerante, de integración y pluralidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, misma que fue aprobada el 13 de Diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y que quedaron disponibles para firma el 30 de Marzo de 2007, reconoce la importancia para las personas con discapacidad de su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y considera que deben tener la oportunidad de participar activamente en la sociedad por lo que los Estados deberán implementar las medidas necesarias para apoyar el ejercicio de sus capacidades jurídicas.

Es necesario en México crear los cuerpos legislativos, en orden a los parámetros establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que permitan disminuir la discriminación, mejorar las condiciones de vida, el desarrollo económico, social y humano de las personas con deficiencia intelectual, así como su sentido de pertenencia, que además proteja la autonomía e independencia individual participando activamente. Corresponde a la comunidad jurídica en México voltear su atención a estas personas para crear un nuevo estado jurídico que integre y proteja a las personas con deficiencias mentales e intelectuales.

2.- Enfoque en Materia Notarial

Sin duda, el ámbito notarial nacional en este tema es de gran relevancia, ya que es ante el Notario Público que las personas acuden a hacer constar su voluntad jurídica a través de los actos que el Fedatario autoriza, sin embargo, la Legislación Mexicana

actual prohíbe que las personas con deficiencias intelectuales puedan hacer constar su voluntad, situación que se pretende cambiar cuando las capacidades de las personas lo permita de acuerdo a su grado de deficiencia, creando los mecanismos adecuados.

Toda vez que definitivamente los medios de participación efectiva concluirán haciéndose constar ante un Fedatario Público, es incuestionable el importante rol del notariado mexicano ante el reconocimiento de los mecanismos de participación jurídica para las personas con discapacidad intelectual en grado leve y limítrofe.

Por otro lado, desde el punto de vista negativo, hay que recordar que muchas deficiencias intelectuales son físicamente poco notorias, por lo que existe el riesgo de que en la actualidad el Notario Público autorice actos otorgados por personas con deficiencias intelectuales, que quizá estaban influenciados o sin entender los alcances de éste, personas que quizá debían ser asistidas. Sin embargo, tal deficiencia en ocasiones puede pasar desapercibida por el Notario o su personal.

3.- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Es la norma fundamental, esta Convención data del año 2006 y resulta del esfuerzo de la comunidad internacional para reintegrar a las personas con discapacidad, al ser conscientes de los grandes problemas que se enfrentan en todas partes, la Convención persigue el reconocimiento de las personas con discapacidad, su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y considera que deben tener la oportunidad de participar activamente en la sociedad por lo que los estados deberán implementar las medidas necesarias para apoyar el ejercicio de sus capacidades jurídicas y definitivamente pretende cambiar el papel de las personas con discapacidad en la sociedad.

Lo anterior se encuentra en la redacción literal de los Artículos: 2, 3, 12, 19, 23 y 29, de la misma Convención los cuales se creen convenientes analizar con detenimiento:

Artículo 2.- *"...Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales;*

Por "diseño universal" se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El "diseño universal" no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten."

Este artículo introduce, los llamados *"ajustes razonables"* y propone que en cada caso deberá estudiarse en lo particular, protegiendo el ejercicio en igual de condiciones. Es decir, reconoce que cada capacidad es distinta por lo que toda medida se deberá ajustar al asunto en concreto para favorecer sus Derechos Humanos, como lo son la toma de decisiones y su ejercicio. Existe tanta diversidad de enfermedades que afectan el discernimiento en tantos distintos grados, como peces en el mar.

Según el autor Carlos Marín Calero[1], explica que algunos estudiosos han concluido que los *ajustes razonables* se refiere a un sujeto individual o situación particular, mientas que el *diseño universal* se refiere a la generalidad, un diseño para todos.

El Artículo 3 de la Convención establece los principios del documento, entre los cuales se encuentran:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
Este principio es el origen del cambio en la sociedad, que de la mano con los ajustes razonables del artículo anterior, dan cabida a la participación de las personas con discapacidad en juicio de su particularidad.

b) La no discriminación;
Este principio internacional es aplicable y recurrido, no solo en el ámbito de las personas con capacidades distintas, sino en el entorno de las mujeres, personas de color, religión, etcétera, y como en todos, lo que busca es la integración y aceptación por igual de las personas, eliminar cualquier tipo de menosprecio de un humano a otro.

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
Es común sólo aceptar las diferencias, sin embargo es insuficiente para una comunidad inclusiva; es necesario incorporar a las personas con deficiencias intelectuales al sistema social. Este principio es fundamental, encierra todo el sentido de la labor que cada nación e individuo tiene hacia las personas con cualquier tipo de incapacidad, el admitir y concebir su capacidad para pertenecer a la sociedad, no solo como observadores u observados, sino como personas activas que suman a la generalidad a través de los mecanismos adecuados para ellos.

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
Este principio va de la mano con el de *no discriminación* y es un paso anterior a la plena inclusión, primero se debe lograr el respeto y aceptación a la diversidad humana; los elementos *diversidad y condición humana* pretenden desaparecer la cosificación de las personas con discapacidad, ya que su estado de salud, de cualquier tipo o grado, no los convierte en algo distinto a una persona con derechos, deberes y obligaciones, sino que por lo contrario, forman parte del gran universo de humanos que ya existen.

Por su parte el Artículo 12 de la Convención recomienda: **"Igual reconocimiento como persona ante la ley"** y reafirma que los individuos con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, admitiendo igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Este artículo es de fundamental importancia para este estudio, en el cual se reconoce su personalidad jurídica, su libertad para tomar decisiones y por tanto ejercerlas, de manera proporcional a sus propias características.

El Artículo 19, recoge todo lo anterior y estipula ciertas recomendaciones, estableciendo: *"Los Estados partes en la presente Convención reconocen el Derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad* **y su plena inclusión y participación en la comunidad".**

Por su parte el **Artículo 23,** titulado *"Respeto del Hogar y de la Familia"* decreta que las personas con discapacidad estarán en igualdad de condiciones en cuestiones de matrimonio, familia, paternidad, relaciones personales, reconociendo su derecho, contraer matrimonio, formar una familia y mantener su fertilidad; además, agrega que los Estados deberán asistir a las personas con discapacidad para el desempeño de crianza de sus hijos.

En este artículo se observa la magnitud de la Convención ya que no solo reconoce su derecho a que se le admita su capacidad jurídica prestando los mecanismos necesarios para ejercitarla, sino que propone que además sean responsables de otras vidas y agrega la responsabilidad al Estado para asistirlos en su cometido como padres, adicionando la prohibición de que la familia sea separada por razón de una discapacidad en algún miembro de la familia, ya sea hijos o padres.

Es importante recordar que esta Convención reconoce los 4 tipos de discapacidad, tanto física, mental, sensorial e intelectual, por lo que si se piensa que este artículo es solo aplicable para las personas con discapacidad física, se estaría en un grave error.

Por último el **Artículo 29**, recomienda a los Estados medidas para asegurar el nivel de vida adecuado y protección social para todas las personas con discapacidad.

A partir de dicha Convención, México ha hecho un esfuerzo, sin muchos frutos palpables aún, para aplicarla. En el 2010 se promulgó la Ley General de las Personas con Discapacidad, misma que fue abrogada en el año 2015 por la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, la cual tiene como finalidad *"promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades."* Además, a través de dicha ley se creó el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, el cual presta servicio de asistencia social. Esta ley es sin duda un inicio legislativo, en el cual se establece distintos lineamientos que las dependencias gubernamentales nacionales deben tomar.

4.- ¿Qué es la Deficiencia Intelectual en Grado Leve y Limítrofe?

Si se analiza la definición que establecen Wehmeyer, Buntinx, Lachapelle, Luckasson, Schalock, Verdugo, (2008): *"La deficiencia intelectual es una discapacidad caracterizada por las limitaciones en el funcionamiento intelectual y se traduce en la necesidad de proveer ayudas extraordinarias para que las personas participen de las actividades implicadas en el funcionamiento típico del ser humano"*; se comprende que es menester instituir los métodos de participación de las personas que se caracterizan por tener cierto menoscabo en su inteligencia, incluyendo su participación en sus propios asuntos jurídicos.

El término *"discapacidad"* significa una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la facultad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.[2]

La discapacidad intelectual (transtorno de desarrollo intelectual) es un transtorno que comienza durante el periodo de desarrollo y que incluye limitaciones de funcionamiento intelectual como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico. Se deben cumplir los tres criterios siguientes:

- A. Deficiencias de las funciones intelectuales, confirmados mediante la evaluación clínica y pruebas de inteligencia estandarizados individualizadas.
- B. Deficiencias del comportamiento adaptativo
- C. Inicio de las deficiencias intelectuales y adaptativas durante el periodo de desarrollo.[3]

De acuerdo a la guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5, elaborada por la American Psychiatric Association, estos transtornos pueden ir desde el lenguaje, tartamudeo, autismo, hiperactividad, coordinación de movimientos, tics e incluso existen transtornos no especificados.

Por otro lado, existen los transtornos neurocognitivos, que principalmente se diferencian de los anteriores por presentarse en edad madura, promedio a los 50 años de edad, y no durante el desarrollo de la persona. Sin embargo, al igual que los transtornos del desarrollo intelectual, afectan el juicio, el discernimiento y la capacidad de toma de decisiones, su lenguaje va disminuyendo, así como su coordinación motora e incluso merma su coeficiente intelectual; entre los más conocidos es el Alzheimer y el Parkinson, sin embargo dentro de esta categoría también existen los que derivan de la infección de VIH, el síndrome confesional, los inducidos por sustancias, que puede ser por consumo de alcohol o insumo de medicamentos, la degeneración del lóbulo frontotemporal, enfermedades por cuerpos de Lewy, enfermedades vasculares, traumatismo cerebral y los aún no especificados.[4]

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos define la *"discapacidad cognitivo-intelectual"*, como aquella caracterizada por una disminución de las funciones mentales superiores tales como la inteligencia, el lenguaje y el aprendizaje, entre otras, así como de las funciones motoras. Esta discapacidad incluye a las personas que presentan dificultades para aprender, realizar algunas actividades de la vida diaria, o en la forma de relacionarse con otras personas. No debe confundirse con la discapacidad psicosocial, ya que ésta deriva de una enfermedad mental, como los transtornos neurocognitivos.

Ahora bien, existen grados de deficiencia intelectual, que miden los grados de intensidad de la insuficiencia, que de acuerdo al presente estudio las que interesan son las siguientes:

I. **Deficiencia mental limítrofe:** Se caracteriza por el coeficiente intelectual que se sitúa entre 70-79, de acuerdo a los estándares de la Organización Mundial de la Salud.
II. **Deficiencia mental leve:** Se caracteriza por el coeficiente intelectual que se sitúa entre 50-69, de acuerdo a los estándares de la Organización Mundial de la Salud.

Las personas con estas características no deben tenerse como enfermas, sino que son dichos elementos los que forman su estado de salud. Lo que es de suma importancia para un cambio de concepción en la sociedad; tal y como hay personas con miopía, que puede catalogarse como una deficiencia visual y que necesitan un apoyo para mejorar su visión, como puede ser lentes, lentes de contacto, lentes bifocales o graduales, una operación láser o incluso un lente intraocular, dependiendo las características de caso en específico, en el cual se valora la forma del ojo, el nivel de miopía, la edad, etcétera, y no por eso las personas con miopía se consideran que tienen una enfermedad, sino simplemente que necesitan un apoyo para poder convivir en la sociedad de una forma más adecuada, además de por su seguridad y la de los demás.

Finalmente, es importante reconocer estas 2 distinciones entre enfermedad mental y deficiencia intelectual, además de examinar los diferentes grados de intelecto.

Según el autor Ángel Arias Domínguez, la discapacidad intelectual se centra en 3 criterios diagnósticos: deficiencia en las funciones intelectuales, deficiencias del comportamiento adaptativo e inicia en el periodo de desarrollo. Por lo contario el transtorno mental se refiere a la presencia de un comportamiento o de un grupo de síntomas que acompaña malestar y que interfiere con el comportamiento del sujeto.

Ante todo lo anteriormente expuesto, surge la interrogante: ¿Qué porcentaje de la población en México son sujetos a un medio tuitivo? A continuación, se analizarán los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en el 2014, mismo que divide entre personas con discapacidad grave o severa y personas con discapacidad leve o moderada.

En el 2014, habitaban en México alrededor de 120 millones de personas, según dato de la ENADID, en ese año 6% de la población padecía de una discapacidad grave o severa, lo que significa 7.1 millones de personas, **mientras que 15.8 millones de personas que tienen dificultades leves o moderadas para realizar alguna de las actividades evaluadas, representan el 13.2% del total de la población.**

En Jalisco, de acuerdo al CENSO 2010 la población es de 7,351,000 personas y de acuerdo a las estadísticas del INEGI 2014, en este Estado cada 145 personas de 1000 tienen discapacidad leve o moderada, eso equivale a **1,065,895 personas. Ahora bien, de la gráfica 3 y 4 se desprende que los tipos de discapacidad intelectual "aprender, recordar o concentrarse" y en "problemas emocionales o mentales", se presenta un 25.8% y un 8.5%, respectivamente, lo que suma un 34.30% de la población de Jalisco equivalente a 365,601 personas con discapacidad intelectual leve o moderada en este Estado.**

Del análisis anterior resulta, que en México 2,591,200 personas son sujetos de algún medio tuitivo por causa de discapacidad intelectual leve o moderada.

De manera comparativa, los 2,591,200 de personas con discapacidad intelectual leve, son más que la población de Tabasco, que según datos del INEGI 2015 contaba con 2,359,444 habitantes; por su parte las 365,601 personas que suma Jalisco, representa el número de habitantes de la capital del mismo estado, Villahermosa.

5.- Legislación Actual en México

En México, la legislación entorno a la capacidad jurídica es competencia de cada entidad federativa, al ser regida por la materia civil, esto significa que tenemos treinta y dos Códigos Civiles en la República Mexicana, por ende la capacidad jurídica de las personas podría regirse en 32 formas distintas en el país; sin embargo, todos los códigos civiles regulan de manera similar dicha materia.

El *Estado de Interdicción* en México, es el proceso judicial que tiene por objeto modificar el estado civil de la persona, su finalidad es declarar si carece de la capacidad intelectual o mental para ejercer sus derechos por sí sola; esta confirmación la realiza el Juez, apoyándose de 2 dictámenes periciales, escuchando a los familiares y al mismo sujeto sometido a dicho juicio; una vez confirmada y declarada la discapacidad, como consecuencia se nombra un tutor, quien es el responsable de la toma de decisiones tanto personales, como patrimoniales de su tutelado y llevar a cabo todos los actos jurídicos en su nombre; es un medio tuitivo enteramente de sustitución. Se restringe la capacidad de ejercicio en un 100% cien por ciento y es el tutor quien ejerce toda acción.

Una vez declarado el Estado de Interdicción y nombrado el tutor, se debe hacer la anotación correspondiente en el Registro Civil, además de dar aviso al Colegio de Notarios, con el objeto de disminuir las probabilidades que el incapaz otorgue cualquier tipo de acto jurídico.

En la actual legislación del país, basta la simple lectura de los artículos relativos del Código Civil Federal, para observar la forma de conducirse, así como los conceptos peyorativos que se utilizan:

Título Primero "De las Personas Físicas"
Artículo 23.- *"La minoría de edad, el Estado de Interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes...."*

Título Noveno "De la Tutela", que dice:
"Capítulo I.- Disposiciones Generales.- Artículo 450.- *Tienen incapacidad natural y legal: - ... II. Los mayores de edad* **disminuidos o perturbados en su inteligencia,** *aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."*

Artículo 464.- *"El menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere la Fracción II del Artículo 450, estará sujeto a la tutela de los menores, mientras no llegue a la mayoría de edad. Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores...."*

Capítulo XVI "Del Estado de Interdicción".- Artículo 635.- *"Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la Fracción IV del Artículo 537. ..."*

Artículo 637.- *"La nulidad a que se refieren los artículos anteriores, sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ellas."*

En los artículos anteriores, el Legislador es absolutista, *"incapacita"* por igual a todos los posibles sujetos de estos artículos. El Artículo 637 es el único que de alguna forma reconoce a la persona la capacidad de refutar algún acto cometido por él mismo, concediendo así una pequeña participación jurídica.

El Código Civil de Estado de Jalisco, a diferencia de otros cuerpos legislativos de la república el estado de Jalisco, se refiere a la personalidad jurídica, separándolo en capacidad de goce y capacidad de ejercicio:

Artículo 19.- *"La personalidad jurídica es uno de los atributos de la persona física, se adquiere por el nacimiento viable y se extingue por la muerte, pero desde el momento en que el ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos legales que señala este Código."*

Artículo 20.- *"Sólo a la ley le corresponde regular la capacidad e incapacidad de las personas, tanto de goce, como de ejercicio:*

I. Hay capacidad de goce cuando se tiene la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; y
II. Hay capacidad de ejercicio cuando se tiene aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones."

Artículo 21.- *"La capacidad jurídica es la regla y la incapacidad puede ser natural o legal, en los términos que dicte ley."*

Artículo 22.- **"***La minoría de edad y el Estado de Interdicción, son restricciones a la capacidad de ejercicio."*

En el **Artículo 604** del Código Civil del Estado de Jalisco, se establece que la tutela se ejercerá sobre las personas mayores de edad que tengan capacidad legal o natural que no puedan gobernarse por sí mismos.

En este capítulo se contemplan distintos tipos de tutela:

- Legítima: Cuando no exista quien ejerza la Patria Potestad podrá nombrarse a los hermanos o los demás colaterales hasta cuarto grado.
- Dativa: Es el tutor que se nombra cuando no existe designación testamentaria o no haya a quién le corresponda la Tutela Legítima. En la Fracción III del Artículo 640 del Código Civil del Estado de Jalisco, se establece, además como Tutela Dativa aquella que el mayor de edad designe mediante instrumento público para el caso de que a éste se le declare Estado de Interdicción.
- Testamentaria: Es aquel Tutor que se nombre mediante testamento y se ejerce a falta de ambos padres o cuando éstos no puedan ejercer la Patria Potestad.
- La Tutela Legítima del mayor incapacitado: Una vez modificado el estado civil respecto a la capacidad, deberá ser Tutor el cónyuge o los padres en caso de que la persona sea soltero.

En algunos Estados, también se contempla la Tutela Voluntaria, como en el caso de Hidalgo y Morelos. En todos los casos se trata de una Tutela Absoluta de sustitución en todos los ámbitos.

El siguiente **Artículo 605** del mismo ordenamiento establece que: *"tienen incapacidad natural y legal las personas que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio, sin usar palabras ofensivas o enunciados peyorativos."*

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, en el Título Décimo Tercero de la Jurisdicción Voluntaria, en el Capítulo II, De la Declaración de Estado, en los Artículos 967 y 974, establece:

Artículo 967.- *"La declaración de interdicción o su modificación, podrá pedirse:*

I. Por el propio incapaz;
II. Por el cónyuge;
III. Por los presuntos herederos legítimos;
IV. Por el ejecutor testamentario;.

V. Por el Agente de la Procuraduría Social;
VI. Por el Sistema DIF estatal o municipal;
VII. Por aquel que tenga conocimiento de que existe un documento público de Tutela Voluntaria en donde se le designa como tutor; y
VIII. Por sus ascendientes y parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo."

En la primera fracción, observamos otra oportunidad para el "incapaz" de ejercer sus derechos, si lo cree conveniente.

En el **Artículo 968**, Fracción III, inciso d) El Legislador realizó un intento por atenuar el sistema absolutista de la tutela en México, y seguir los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estableciendo:

"d) De ser procedente, **establecerá los actos en los que el incapaz goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica** *y en qué otros deberá intervenir un Tutor para asistirlo;"*

Sin embargo, en nuestro país estas 2 líneas no cobran ninguna relevancia, como lo veremos mas adelante.

Curiosamente estas líneas se repiten mas adelante de forma idéntica en el Artículo 974; tal vez lo podemos interpretar como un doble intento fallido de nuestro cuerpo jurídico. Además, en este artículo se obliga a dar publicidad a los puntos resolutivos de dicha sentencia, estableciendo que se deberán publicar en el Periódico Oficial del Estado de Jalisco.

Nuestro ordenamiento continúa con la sección de "Nombramiento de Tutores y Curadores", en el cual se estipula:

Artículo 975. *"Ninguna tutela podrá conferirse sin que previamente se declare el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella."*

Es importante tener en mente el presente artículo, para lo sucesivo de la presente investigación, ya que se aprecia como el objeto del procedimiento es la declaración de la incapacidad, para poder consecuentemente proteger mediante la tutela.

Continúa el capítulo hasta el Artículo 1013, imponiendo reglas al Tutor respecto a la cuentas patrimoniales.

En México, son pocas las personas que recurren a tramitar el Estado de Interdicción, por diversas razones, su uso y su recurrencia es prácticamente sólo cuando hay bienes de por medio, como en los supuestos marcados por las fracciones III y IV del Artículo 967, perdiendo de vista a la persona en sí, ya que lo único que se pretende es resolver la situación de los bienes y que éstos no sean dilapidados.

En el resto de las fracciones se otorga bastante amplitud para que sea cualquier persona interesada por el bienestar de la otra persona, otorgando facultad hasta a entidades públicas, las cuales tienen por objeto la integridad y protección de los más vulnerables.

En el mismo ordenamiento se establece el proceso que deberá seguirse, requiriendo evaluaciones de médicos especialistas, lo que para algunas personas realizar tal erogación representa un gasto extraordinario difícil de cubrir, por lo que esto puede ser otra de las razones de la falta de recurrencia.

Por último, analizamos el Capítulo Segundo del Título Segundo del Código Civil Federal, titulado "De la Capacidad para Testar":

Artículo 1306.- *"Están incapacitados para testar:*

I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;
II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio."

Artículo 1307.- *"Es válido el testamento* **hecho por un demente** *en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes."*

Artículo 1308.- *"Siempre que* **un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez***, el Tutor y en defecto de éste, la familia de aquel, presentará por escrito una solicitud al Juez que corresponda. El Juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El Juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar."*

Artículo 1309.- "Se hará constar en acta formal el resultado del reconocimiento."

Artículo 1310.- "Si éste fuere favorable, se procederá desde luego a la formación de testamento ante Notario Público, con todas las solemnidades que se requieren para los testamentos públicos abiertos."

Artículo 1311.- "Firmarán el acta, además del Notario y de los testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y su constancia, será nulo el testamento."

Artículo 1312.- "Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento."

Se observó ya detenidamente la legislación de Jalisco y la del Código Civil federal; sin embargo, es importante analizar de manera breve la legislación del resto de las entidades federativas para conocer la situación a nivel nacional; a continuación, se muestran dos tablas comparativas de los 33 Códigos de la República:

En dicho análisis se buscó conocer la forma en que cada legislación define la *"incapacidad legal y natural"*, así como las que usaban un lenguaje apropiado, y las que se apegaban a la Convención sobre los Derechos para personas con Discapacidad,

tanto en el tema del desarrollo familiar, como en el de la asistencia y participación en la sociedad. Uno de los objetivos más fuertes era encontrar si algún ordenamiento civil de nuestro país contemplaba algún sistema tuitivo distinto al de la entera representación.

De lo cual se desprendió que 15 ordenamientos de los 33 que existen en nuestro país utilicen las palabras: *imbécil o idiota* para referirse a las personas con discapacidad intelectual, de estos sólo 10 usan el Título: "DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS *DEMENTES, IDIOTAS, IMBECILES*, SORDOMUDOS, EBRIOS Y DE LOS QUE HABITUALMENTE ABUSAN DE LAS DROGAS ENERVANTES", lo que significa que 5 Estados modificaron dicho título, pero olvidaron el cuerpo del articulado.

En algunos casos, como es el de Jalisco, no se utilizan esas palabras ofensivas, pero se definen como: *personas perturbadas o enajenadas en su inteligencia.*

Además, el 100% de los Códigos Civiles consideran la *discapacidad intelectual* como impedimento para contraer matrimonio y causa por la cual se suspende la Patria Potestad, lo que definitivamente contraviene a la Convención. Lo anterior, concediendo que las palabras *demencia, idiotismo, imbecilidad, perturbación en la inteligencia e incluso locura y transtornos mentales,* todas éstas se refieran a la discapacidad intelectual.

Por ejemplo, el Código del Estado de México, en el Artículo 4.7, considera como impedimento para contraer matrimonio, los *transtornos mentales*, entonces debemos suponer que sólo se refiere a discapacidad mental y no a la discapacidad intelectual; esto se analizará más adelante para conocer que es muy distinto una de la otra. En estricto sentido en el Estado de México, las personas con autismo o síndrome de Down sí pueden contraer matrimonio, pero las personas con bipolaridad o esquizofrenia, no.

En ese mismo código, en su exposición de motivos se explica que se suprimen las disposiciones relacionadas con el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, toda vez que en la praxis no se ha presentado algún caso en este sentido.

Lo que deja ver lo poco eficiente que es nuestra legislación y en el limbo legislativo en el que desampara a las personas con discapacidad intelectual.

En algunos Estados como Coahuila, Guerrero, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí y Zacatecas, cuentan con un ordenamiento legislativo en materia familiar, por lo que las disposiciones relativas a la capacidad, matrimonio y Patria Potestad fueron derogadas de los ordenamientos civiles, para ser migrados a la materia familiar.

Ahora bien, de manera extraordinaria se encontró que en 5 entidades de la República en lugar de usar las expresiones peyorativas ya mencionadas, de manera acertada y notable utilizan lo correcto que es: *discapacidad intelectual*. Además 3 de ellos, no solo reformaron sus expresiones, sino que agregaron una definición para la mejor comprensión y aplicación.

Vale la pena analizar estas legislaciones:

- **AGUASCALIENTES**
  Artículo 472.- "Tienen incapacidad natural y legal:

  II.- Las personas mayores de edad con *discapacidad intelectual*; **aún cuando tengan intervalos lúcidos. Por discapacidad intelectual se entenderá privación o disminución de la razón que provoque inseguridad propia o ajena, o impida expresar clara e inequívocamente la voluntad;**
  Observamos como este ordenamiento jurídico utiliza el término *discapacidad intelectual* y nos da una definición de ésta, además lo separa de la fracción que habla de los alcohólicos y drogadictos."

- **COLIMA**

Artículo 450.- "Tienen incapacidad natural y legal:

II.- El mayor de edad con algún tipo de **discapacidad intelectual**, aunque pudiera tener momentos de lucidez, o motriz cuando no puedan conducirse por sí para contraer obligaciones o para manifestar su voluntad por cualquiera de las formas por las que ésta pudiera ser manifestada."

Aunque no establece una definición, utiliza este término otras 2 ocasiones, para referirse al impedimento de contraer matrimonio y en referencia a la tutela de los menores cuando el padre cuente con una discapacidad intelectual.

- **CIUDAD DE MÉXICO**

Este Código Civil contempla los 4 tipos de discapacidad que la Convención establece y a su vez agrega el tipo de *discapacidad emocional,* mismo que no está previsto en dicha Convención, por lo que este ordenamiento dispone que tienen incapacidad natural y legal:

III. "Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de **discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental** o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla."

Además, este Código establece:

Artículo 2.- "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, **discapacidad o estado de salud**, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, **ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos."**

En este párrafo observamos cómo se empieza a reconocer la discapacidad como un estado de salud, no necesariamente como un defecto, aunque en esta disposición habla de no restringir derechos, se contrapone con el resto del ordenamiento toda vez que si se restringen los derechos de las personas con discapacidad intelectual de contraer matrimonio, el ejercicio de la patria potestad y no contempla un sistema tuitivo de asistencia, restringiendo su ejercicio de manera arbitraria.

- **DURANGO**

En el caso del Estado de Durango, se establece que tendrán incapacidad natural y legal, las personas disminuidas o perturbadas en su inteligencia, además, dispone esto en la misma fracción que los adictos a distintas sustancias; sin embargo, en el artículo que se refiere a los impedimentos para contraer matrimonio sí habla de las personas con discapacidad intelectual; así como en el Título de Tutela:

"De la Tutela de los que sufren discapacidad cognitiva, intelectual, auditiva o física y de los que habitualmente abusan del alcohol o cualquier tipo de drogas enervantes."

Además, en lo relativo a la capacidad para testar, se suplió la palabra *demente*, por *discapacidad intelectual*, permitiendo y esclareciendo que estas disposiciones no son solo para personas de edad avanzada, sino que se están considerando a todas las personas con discapacidad intelectual, aunque se condiciona al mismo *intervalo de lucidez*.

- **QUINTANA ROO**

Este Código es un caso bastante particular, ya que, aunque no se usa correctamente el término de *discapacidad intelectual*, se reconoce un esfuerzo por reformar las expresiones despectivas y utiliza la *incapacidad intelectual*. Además, igual que el Código Civil de la Ciudad de México, reconoce los 4 tipo de discapacidad establecidos por la Convención, agrega uno y separa de fracción a las personas con discapacidad sensorial, aunque los menciona en la fracción que antecede; denota que existió cierta confusión al momento de reformar.

Además, sólo reformó el artículo que a continuación se estipula y olvidó el resto de los artículos, ya que en el cuerpo del ordenamiento aún sigue habiendo distintas palabras ofensivas para referirse a las personas con discapacidad intelectual.

Artículo 529.- "Son incapaces:

...

II.- Los mayores de edad enumerados en los siguientes incisos de esta fracción;

a).- Que por causa de enfermedad reversible, o por su estado particular de **incapacidad**, *ya sea de carácter* **físico, sensorial, intelectual, emocional, mental** *o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla;*

b).- Los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito o mediante intérprete, por el lenguaje mímico en que se imparte instrucción escolar a los de su clase;..."

A pesar de este ánimo por usar el lenguaje correcto, el cual no tuvo mucho éxito, en el Código Civil de Quintana Roo, se anula la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad intelectual y sensorial, así como a los niños.

Artículo 383.- "La manifestación de la voluntad no existe si quien la emite es:

a. Un niño menor de siete años de edad;
b. Una persona **privada de inteligencia por locura, idiotez o imbecilidad, aunque tenga intervalos lúcidos, salvo en este último caso, disposición de la ley;**
c. **Un sordomudo** que no sepa leer ni escribir ni darse a entender mediante intérprete por el lenguaje escrito o mímico en que se imparte instrucción escolar a los de su clase;
d. Las personas que no sepan leer ni escribir, **ni conozcan el idioma** en que pudiera aparecer haber contratado."

Ahora bien, en cuanto a los tipos de los medios tuitivos, que se estudiaran más adelante, 32 de 33 ordenamientos legales de nuestro país sólo consideran la representación, es el Estado de Coahuila de Zaragoza el que más ha implementado

medidas y avanzado en este tema, aunque no usa el concepto de discapacidad intelectual, ha logrado un avance colosal, toda vez que ha derogado la frase, que el resto de los Códigos del país utilizan que es: "Son incapaces" o "tienen incapacidad natural y legal" y lo ha sustituido por determinar quién requiere asistencia o representación, por lo que no solo implementa la asistencia como medio tuitivo, sino que además cambia el punto de gravedad a determinar quién necesita apoyo y no a declarar quién es incapaz, lesionando la dignidad de las personas, lo que también se analizará más adelante.

Lo anterior es es contemplado en la Ley para la Familia de dicho Estado, y establece:

Artículo 12.- "Requieren asistencia o, en su caso, representación para el ejercicio de su capacidad jurídica:
...
II.- Los mayores de edad con deficiencias en sus funciones o estructuras corporales, siempre que debido a la deficiencia **presenten una disminución o desventaja significativa para el ejercicio de sus derechos, para obligarse por sí mismos o para manifestar su opinión."**

Además, en ese mismo artículo explica:

"Las funciones corporales son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales, dentro de las que se encuentran: **funciones mentales, funciones sensoriales, funciones de la voz y el habla, funciones neuromusculoesqueléticas** y relacionadas con el movimiento.

Las estructuras corporales son las partes anatómicas del cuerpo tales como los órganos, las extremidades y sus componentes."

Continúa el artículo estableciendo, primeramente, la importancia de decretar el grado de asistencia, expresando el tipo de actos para los cuales se tendrá plena autonomía y para los cuales se necesitará asistencia; segundo, considera tanto el

ámbito patrimonial como el personal, tema que también se estudiará más adelante, y por último establece que será en un caso particular y extremo que se impondrá un Tutor de Representación.

"... La autoridad judicial, determinará el grado de asistencia requerida por las personas que se encuentren en los supuestos de las fracciones II y III, conforme a los estudios, diagnósticos y opiniones especializadas que solicite y sean necesarios, formulados por médicos, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, abogados u otros expertos de cualquier campo del conocimiento, así como la opinión de familiares, amigos y de la propia persona cuya asistencia es valorada. **La Autoridad Judicial también establecerá, cuando proceda, en qué tipo de actos la persona gozará de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica. La delimitación de actos atenderá de forma mínima a los siguientes ámbitos: patrimonial, relativa a la administración y dominio de sus bienes; adaptativa e interpersonal, relativa a la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria; y personal, en torno a la posibilidad de mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas. Cuando sea imposible que la persona pueda externar su voluntad u opinión por ningún medio, la autoridad judicial determinará que el Tutor o Tutriz tendrá la obligación de representarlo y proteger sus derechos, procurando el mayor beneficio de aquel."**

No obstante, el Legislador del Estado de Coahuila se ocupó de reivindicar a las personas con capacidad jurídica y reafirmar a la sociedad su dignidad y su ejercicio de derechos:

Artículo 47.- "Las incapacidades establecidas por la ley son simples restricciones o limitaciones a la personalidad jurídica, que **no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia,** pero las personas pueden, **mediante la asistencia de sus tutores** o de quien ejerza la Patria Potestad, **o por medio de sus legítimos representantes, ejercitar sus derechos, cumplir sus obligaciones, celebrar negocios jurídicos y comparecer en juicio."**

En los siguientes artículos se reafirma la coexistencia de 2 modelos tuitivos, el de asistencia y el de representación.

Artículo 53.- *"Son nulos los actos y negocios jurídicos realizados por las personas mayores de edad que requieren* **asistencia o representación** *para el ejercicio de su capacidad jurídica conforme al Artículo 13 de la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, antes del nombramiento del Tutor, si la causa de la deficiencia en sus funciones o estructura corporal eran patentes y notorias al momento de realizarse el acto o negocio e impactaba directamente en su capacidad de decisión."*

"Título Noveno de la Tutela.- Capítulo Primero
Disposiciones Generales.
Artículo 443.- *Deberán ser tutelados:*
...

II. El mayor de edad que requiera de **asistencia o representación** *para el ejercicio de su capacidad jurídica."*

Artículo 444.- El objeto de la tutela es:

I. La atención, como dispone el Artículo 13 de esta **ley de las personas que requieren de asistencia para el ejercicio de sus derechos.**

II. La **representación o asistencia** *en los casos que señala esta ley."*

En el año 2015, se derogan varias disposiciones del Código Civil, para crear la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

6.- Medios Tuitivos

El Derecho creó la representación como la institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio, es a través ésta que el incapacitado hace valer sus derechos y realiza actos jurídico en su nombre. El representante del incapacitado, ejecuta el acto jurídico en

nombre y a cuenta del representado, por lo que la relación jurídica se establece con el incapacitado, a través del representante.[5]

El autor Rojina Villegas, refiere en su libro al autor, Julián Bonnecase, quien establece lo siguiente: *"Las dos directrices fundamentales en que se basa la organización de la incapacidad: noción de representación y de asistencia"*; además refiere, que el Legislador se encuentra ante el siguiente problema "¿A qué organización debe recurrirse para permitir a la persona que se encuentra afectada por una incapacidad de goce?" Concluye diciendo, que será según la causa de incapacidad y su grado, si se le impone al incapaz un representante para que actúe en su nombre o si se permite que obre por sí mismo, pero con la colaboración y el control de un organismo, es decir, se recurre a la asistencia.

Por lo que se dividen en dos categorías de instituciones, las de **representación**, por ejemplo: la Patria Potestad, la Tutela; y las de **asistencia**, que pueden ser: asesor judicial o autoridad facultada.

A los sujetos de la investigación, la capacidad de goce nunca se les ve coartada, sin embargo, la de ejercicio, es anulada en cuanto el sistema jurídico tiene conocimiento a través de la figura conocida en el sistema jurídico como *"Estado de Interdicción"* que es la condición jurídica que afecta a aquellos individuos que no tienen capacidad de tomar decisiones por sí mismos en razón de una deficiencia intelectual o transtorno mental.

Se dice que la tutela es una consecuencia de la declaración del Estado de Interdicción, ya que es necesaria la declaración judicial para que una persona sea jurídicamente incapacitada y se le sea nombrado un Tutor, la incapacitación debe identificarse con la protección de la persona. No es lo mismo en lo que se conoce como la *"guarda de hecho"*, en la cual no existe una declaración judicial, ni un Tutor nombrado.

La guarda de hecho, en España, se conoce al acto que ejerce una persona de cuidar y atender, así como asistir en sus decisiones, a una persona con discapacidad intelectual, sin que intermedie un nombramiento de Tutor o un estado judicial de incapacidad. Aunque legalmente no se considera como una figura tutelar, toda vez que no está contemplada como tal en el Código Civil Español. Sin embargo, ha sido el resultado de facto que se ha creado toda vez que los familiares de las personas con discapacidad intelectual no han deseado someterlos a un Juicio de Incapacitación o de declaración de Estado de Interdicción. La guarda de hecho es en muchos sentidos un buen modelo a seguir, casi lo más cercano a la verdadera y justa solución del ejercicio propio de sus derechos por parte de la persona con discapacidad intelectual.[6]

"En el mundo jurídico, ningún organismo, ninguna autoridad o funcionario debe tener tal competencia de incapacitar a una persona, ni Juez, ni Ley..."[7] A esto el autor agrega que sería so pena de incumplir los compromisos adquiridos en la Convención.

Marín realiza una comparación histórica, en la que se refiere que en actualidad la mayoría de los ordenamientos jurídicos declaran incapaces a las personas con discapacidad intelectual, utilizando diferentes vocablos o definiciones como ya lo vimos en los capítulos anteriores, sin embargo, esos mismos ordenamientos en otro momento histórico, declaraban, o no consideraban capaces a las mujeres; tan evidente es el caso, que la mayoría de los Códigos Civiles de México en sus primeros artículos hacen la aclaración expresa que tanto el hombre como la mujer se consideran con capacidad jurídica, como si eso no fuera ya evidente. Además, también se consideró como incapaces a las personas esclavas o por su color de piel.

De los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se reconoce la importancia de crear los mecanismos de participación y protección de las personas con deficiencia intelectual.

"Si el denominador común es el sistema de protección, centremos la categoría en éste y no en el expediente que conduce a su adopción". **Se trata de desplazar el centro de gravedad a la protección y no de mantenerla en el ámbito de la incapacidad.**[8]

La tutela debe ser tan variada como diversas son en realidad las limitaciones de las personas, se trata de un traje a la medida; además, es necesario que sea una figura evolutiva, es decir que se modifique de acuerdo al desarrollo de la persona, por último debe determinarse bajo que esferas operará, entre el ámbito personal y patrimonial.

Con lo anterior se propone que sea a través de un proceso judicial que se declare los alcances de la capacidad jurídica de una persona, no la declaración de la incapacidad. Es decir, que sea un proceso con determinaciones positivas en lugar de negativas

"La función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos."

Es decir, la tutela debe ser complementaria a la persona, un apoyo para su pleno desarrollo y participación, como se dijo, se trata de ser los anteojos de una personas con miopía.

Además, citando a María José García Alguacil, en relación al Artículo 12 de la Convención, el cual establece el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de los apoyos necesarios, *"no existe justificación para que a través de depende qué mecanismos, se acabe restringiendo o eliminando la voluntad de la persona con discapacidad"*; no existe coherencia con lo apuntado por la Convención, al modificar el estado civil de la persona a *"una persona incapaz"*; sino por el contrario, la Convención habla de reconocerles su capacidad jurídica.

García Alguacil, explica que los mecanismos del sistema de incapacitación, en el cual a la persona se le limita su capacidad a través de una sentencia constitutiva y se le modifica su estado civil, agrede la dignidad del individuo. Además, agrega que en los casos extremos o absolutos, en los que la persona presenta una discapacidad grave, será el mismo principio del mayor interés de la persona con discapacidad el que se convertirá en el límite para promover su autonomía.

Es decir, no se debe pensar que lo que se pretende es dar capacidad a las personas que por su condición de salud les es imposible, ya que es su mismo estado el que requerirá ser protegido y por ende no dará cabida a otorgar mayor participación.

7.- Distintas Aplicaciones Jurídicas. Percepciones Internacionales

Una vez ubicados los dos ámbitos de las personas con discapacidad intelectual que deben ser objeto de protección:

i) El personal y
ii) El patrimonial

Es importante comprender que se debe lograr un doble equilibrio, según explica el autor Carlos Martínez de Aguirre, primero, entre la autonomía de la persona y su protección frente a los riesgos de esa autonomía y segundo, entre autonomía y seguridad jurídica, refiriéndose en este caso a los terceros que intervengan. En la práctica notarial, interesa más el ámbito patrimonial, aunque sin duda habrá situaciones en que las decisiones personales podrán ser ratificadas ante el Notario Público.

De acuerdo a la Convención de 2006, en su Artículo 3 se establece el respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, la independencia de las personas y el derecho a participar plena y efectivamente en la sociedad.

Es aquí donde el Fedatario Público tiene un amplio ámbito de aplicación, ya que ante éstos se da fe de las voluntades de las personas.

Por su parte, el Artículo 12, reconoce la capacidad legal en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad, y la obligación de los Estados para adoptar las medidas necesarias.

"12.3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their **legal capacity."**

Es de conocimiento que esta Convención es aplicable para los 4 tipos de discapacidad, los cuales, 2 de ellos (física y sensorial), no representan problema al gremio notarial, mientras se cumplan con los requisitos que la ley ya establece, como lo son: la comparecencia de testigos o la designación de una persona de la confianza del otorgante para que en voz alta de lectura al documento.

En cuanto a la discapacidad mental habrá que vigilar que la persona se encuentre en un momento de lucidez; además se ha abierto la puerta en México a los poderes de voluntad anticipada, que son sin duda otro tema de tesis, ya que éstos los otorgan personas en pleno uso de su capacidad jurídica y de su capacidad intelectual para que surtan efectos en un futuro, cuando por cuestiones de edad o salud se vean disminuidas sus capacidades.

La cuarta discapacidad es la intelectual, como hemos estudiado a lo largo de éstas páginas es este estado de salud el que realmente afecta la posibilidad de tomar decisiones convenientes, libres e informadas; dentro de este ámbito existe la discapacidad intelectual grave, misma que deja sin situación al notariado toda vez que por su condición no es factible tomar algún tipo de decisión, aún con asistencia, por lo que todas las decisiones son tomadas por representación; y la discapacidad intelectual en grado leve y limítrofe, la cual es la que más retos crea frente a la práctica notarial.

"Los seres humanos tomamos diariamente decisiones y esto supone una actividad intelectual, emoción y volitiva"[9]. Es claro, que para esta toma de decisiones es necesario una condición mental, la cual en algunos casos estará mermada por alguna enfermedad o transtorno, o bien, limitada por una falta de desarrollo, lo que hace imprescindible determinar el tipo de acciones que cada persona puede realizar, resultando una incapacidad parcial y progresiva la medida de cada individuo.

Para Almudena Castro-Girona Martínez, *"el Notario no sólo es el Fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias y el consejero prudente de los individuos y de las familias".*

La función notarial se rige bajo los valores superiores y corresponde al gremio velar por la libertad, igualdad, justicia, seguridad jurídica y verdad de las personas y en especial las vulnerables.

La Notario Almudena Castro-Girona Martínez considera que la administración pública debe centrarse en garantizar los servicios (salud, educación) y en promover los instrumentos jurídicos necesarios que doten de medios a la persona vulnerable para que pueda actuar por ella misma desde su libertad y agrega, *"en este ámbito la institución notarial es una pieza esencial".*

Es indudable la evolución de la sociedad, por lo que el gremio notarial debe estar siempre a la vanguardia, dando respuesta a los retos que se presentan día a día. La Notario Almudena Castro-Girona Martínez, detecta que un caso común que se presenta son los padres con hijos caracterizados por alguna discapacidad intelectual, preocupados por el futuro de su descendencia una vez éstos fallezcan, ya que a pesar de los esfuerzos por la inserción en escuelas, vida social e incluso laboralmente, son conscientes de que necesitarán del apoyo para el ejercicio de su capacidad, sin embargo esa protección, significa la "anulación civil" es por eso que buscan *"vías alternas a ese drástico procedimiento que combine el desarrollo personas y la seguridad jurídica".*

Es importante observar que se debe tutelar el equilibrio entre dos principios de la Convención, la autonomía y la seguridad jurídica que en el ejercicio de sus derechos les corresponde, esto se pretende lograr con las instituciones de "asistencia o apoyo" o de *"sustitución"*, de lo que deriva otros dos principios de la Convención: la mínima intervención y el de favorecer el autogobierno.

8.- Conclusiones

Primero, para eliminar todas las palabras ofensivas o frases discriminatorias, que lejos de definir a una persona, les disminuye su dignidad, resultando totalmente violatorio de Derechos Humanos, además de a todas luces ir contra los principios de la Convención y contra la honorabilidad de cualquier persona; mostrando la falta de interés de la sociedad mexicana, además del nivel de segregación que las personas con discapacidad intelectual viven en México, y la idiosincrasia mexicana de estigmatizar por considerarse superiores a otras personas.

Segundo, cambiar desde la redacción el punto de gravedad, tal y como lo proponen Cristina Guilarte Martín-Calero y Javier García Medina.

Tercero, reconocer en la legislación el medio tuitivo se asistencia, y no sólo la representación.

Por todos los motivos ya expuestos en el presente trabajo, en el entendido que, existen distintas capacidades intelectuales que hacen a una persona capaz de realizar ciertos actos; por lo que la legislación debe apoyar a esas personas, que hasta donde sus capacidades intelectuales se los permita, puedan ejercer sus derechos, participar, ser autónomos y desarrollarse plenamente. Es la labor del Derecho abrir las posibilidades y opciones para que las personas con discapacidad intelectual puedan vivir sus propias decisiones.

Particularmente, para el caso de una incapacitación parcial o un *"estado de protección moderado"*, es conveniente, en respuesta a todo lo antes estudiado, que sea totalmente admisible que una persona con discapacidad intelectual acuda ante el Notario Público por sí mismo a otorgar los actos que según su constancia, de aceptarse la institución propuesta o la sentencia del órgano jurisdiccional, le permita realizar; o en su caso se le admita en compañía de su *"Tutor de asistencia"*, donde ambas personas expresan su consentimiento. Por lo que la legislación en materia notarial deberá prevenir dichos supuestos.

De ser viable la creación de la institución planteada en las páginas anteriores, sería maravilloso que el Fedatario Público tuviera acceso a un sistema electrónico que contenga una base de datos donde se pudiera conocer el estado jurídico, el sentido de la declaración de facultades y el nombre del Tutor, de manera que el Fedatario pueda cumplir con su labor y asesoramiento de la mejor manera; sin mencionar que las decisiones serían directamente tomadas por las personas expertas en el discernimiento humano y en la vida jurídica.

Notas al pie:

1 *Guilarte Martín-Calero. "Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre Discapacidad", Primera Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, España, 2016, p. 141.*
2 *Organización de los Estados Americanos, 1999.*
3 *American Psychiatric Association, 2014.*
4 *Ibidem*
5 *Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, 2012.*
6 *Marín Calero, Carlos. "El Derecho a la Propia Discapacidad, El Régimen de la Discapacidad de Obrar", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 2013.*
7 *Ibidem pp.546*
8 *Guilarte Martín-Calero, Cristina; García Medina, Javier. "Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre Discapacidad", Primera Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, España, 2016, pp. 77.*
9 *Martínez de Aguirre, Carlos. "La protección de las Personas Vulnerables", Academia Notarial Europea Jornadas CAE de la UINL, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 2016, p.27.*

Bibliografía:

- *Asociación Sociohumanitaria Mental, ACEPSA. (s.f.). "La Discriminación Social hacia el Enfermo Mental".*
- *Carrión García de Parada, Pedro; Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; Medallo Muñiz, Jordi; Castro-Girona Martínez, Almudena; Alegret Burgués, María Eugenia. "La Protección de las Personas Vulnerables", Academia Notarial Europea Jornadas CAE de la UINL, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 2016.*
- *Código Civil del Estado de Aguascalientes.*
- *Código Civil del Estado de Coahuila.*
- *Código Civil del Estado de Colima.*
- *Código Civil del Estado de la Ciudad De México.*
- *Código Civil del Estado de Durango.*
- *Código Civil del Estado de Jalisco.*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.*
- *Código Civil del Estado Federal.*
- *Código Civil del Estado Quintana Roo.*
- *Guilarte Martín-Calero, Cristina; García Medina, Javier. "Estudios y Comentarios Jurisprudenciales sobre Discapacidad", Primera Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, España, 2016.*
- *García Alguacil, María José. "Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad", Primera Edición, Talleres Editoriales Cometa, S.A., Zaragoza, España, 2016.*
- *INEGI, "Discapacidad en México", consultado 27 de Mayo de 2016. http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/discapacidad.aspx?tema=P*
- *INEGI, 2015, consultado 05 de Diciembre 2017. http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/AEGPEF_2015/702825077297.pdf*
- *Llorens, Luis. "La Falta o Disminución del Discernimiento, ¿Constituye una Incapacidad?, Buenos Aires, Argentina, 2007.*

- *Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, 2012.*
- *Marín Calero, Carlos. "El Derecho a la Propia Discapacidad, El Régimen de la Discapacidad de Obrar", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 2013.*
- *Organización de los Estados Americanos. (07 de Junio de 1999). Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.*
- *Wehmeyer Michael L. "La Deficiencia Intelectual", Center for International Rehabilitation Research Information and Exchange (CIRRIE), 2010, consultado el día 01 de Diciembre de 2016: http://cirrie.buffalo.edu/encyclopedia/pdf/es/la_deficiencia_intelectual.pdf*

COLEGIO DE NOTARIOS
DEL ESTADO DE JALISCO