

## Capítulo IV

# Adecuaciones del Derecho venezolano al modelo convencional en materia de capacidad de ejercicio

Precisados los presupuestos teóricos de los diferentes modelos de tratamiento de las personas con discapacidad, el modelo social en la Convención y su aplicación concreta en el ordenamiento español en lo que se refiere a la capacidad de ejercicio –como estudio comparado que nos ha permitido cotejarlo con el nacional y efectuar una síntesis–, corresponde ahora escudriñar en profundidad el Derecho venezolano a los fines de explicar cómo se debe implementar la adecuación de la Convención en materia de capacidad de obrar de las personas con diversidad funcional, en una reinterpretación del Código Civil y demás instrumentos legales, y así garantizar la prevalencia normativa que la Constitución determina en el caso de los tratados sobre derechos humanos que contengan normas más favorables que las internas.

Con tales propósitos se examinará la prevalencia constitucional del artículo 12 de la Convención y sus consecuencias, entre ellas el nuevo tratamiento de la capacidad de obrar en las personas con discapacidad, las medidas de apoyo, sus diferentes modalidades, las salvaguardas, los efectos procesales y las adecuaciones a otros derechos que se imponen con el nuevo paradigma en materia de capacidad. Todo ello desde una aplicación concreta en el Derecho venezolano a los fines de lograr la adecuación de la Convención, mientras se avanza en la reforma legislativa necesaria en esta materia.

### I. EFECTOS OPERATIVOS DE LA PREVALENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CONVENCIÓN

Corresponde ahora afrontar el tema hermenéutico de la convivencia de dos modelos conceptualmente antagónicos –decimonónico *vs.* convencional

o modelo médico *vs.* modelo social– y como coordinar la aplicación de las normas prevalentes constitucionalmente hablando sobre las normas parcialmente desplazadas, para así garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales, fundamentales o humanos –según la naturaleza y enfoque– de las personas con discapacidad.

Recuérdese que el escenario planteado no es ni novedoso ni exclusivo, ello en razón de que ya ocurrió cuando se ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño por la República y tardó el parlamento una década para hacer la adecuación legislativa del Derecho interno<sup>369</sup> y, como se explicó en el capítulo precedente (III), en España, por ejemplo, la adecuación del Derecho interno al Tratado ha esperado más de una década.

Los antecedentes son relevantes, pues, al igual que con los ejemplos aludidos, se aspira a un cambio de paradigma y con ello una nueva visión sobre el asunto.

Ciertamente, para garantizar el completo cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no es suficiente con cambios cosméticos o terminológicos, se demanda llevar a cabo una reforma integral del sistema, lo cual compete al Poder Legislativo, que debe estar acompañada de la inversión de recursos y, lo más importante, de una modificación de la forma como los operadores jurídicos y los ciudadanos, en general, visualizan a las personas con discapacidad.

Es decir, urge pasar de una visión meramente paternalista –que además ha demostrado ser ineficaz en la práctica– a una concepción de respeto a la autonomía personal, promoción de la dignidad y al ejercicio directo de los derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad.

---

<sup>369</sup> Concretamente, la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en 1989 y la Ley aprobatoria del tratado es de 1990, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es de 1998, pero entró en vigencia en el 2000.

Lo ideal, a los efectos de la transición normativa surgida con la aprobación por Venezuela de la Convención (2009), hubiera sido que el parlamento con prioridad atendiera la tarea de avanzar en una reforma completa e integral que no deje cabos sueltos ni resquicios a una interpretación conservadora tendiente a mantener el modelo que se pretende sustituir. Empero, los hechos han demostrado que el Poder Legislativo nacional ha tenido otras prioridades en su agenda, no obstante que ha sancionado, recientemente, unas leyes que tratan en su contenido, parcialmente, el tema de los derechos de las personas con discapacidad<sup>370</sup>.

En todo caso, hay que advertir que los anteriores instrumentos legislativos proyectados o promulgados no poseen un verdadero encuadre con la Convención y menos aún con su artículo 12<sup>371</sup>, lo que quiere decir que no incorporan medidas de apoyo para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, como se verá *infra*.

También es cierto que la Ley para las Personas con Discapacidad, aunque es previa a la Convención, sigue en cierto sentido el modelo social o al

---

<sup>370</sup> *Exempli gratia*: Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad de 2023; Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6744 extraordinario, de 24-04-23–. También, se discute actualmente un Proyecto de Ley de Atención Integral a las Personas Sordas y con Discapacidad Auditiva, con 22 artículos, que aspira a garantizar «el derecho a la accesibilidad a través de las adaptaciones, adecuaciones o ajustes razonables», aprobado en primera discusión el 23-05-23, [www.asambleanacional.gob.ve](http://www.asambleanacional.gob.ve). Por otra parte, aunque la Ley de la Comisión para la Garantía de Justicia y Reparación de las Víctimas de Delitos contra los Derechos Humanos –*Gaceta Oficial* N.º 6678 extraordinario, de 27-12-21–, menciona expresamente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Exposición de motivo no regula específicamente ningún derecho asociado a este sector.

<sup>371</sup> BERNAD MAINAR: ob. cit. («La tutela y la curatela...»), pp. 4 y 5, recuerda que en España «la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por la que se llevó a cabo una actualización de determinadas leyes imbricadas con las personas» con discapacidad, si bien no regula el tema de la capacidad, sí se fija el deber de preparar «un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención» (Disposición adicional séptima).

menos posee una terminología y estructura más acorde al modelo que promociona el Tratado. Pero aun así, no logra tener una plena y adecuada concordancia, de allí que se han preparado varios proyectos para actualizar la materia, aunque se reitera, es más que discutible si con los fines de realizar una verdadera recepción del nuevo paradigma<sup>372</sup>.

Entonces, en lo que se refiere al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aspecto medular o central del nuevo modelo<sup>373</sup>, no se aprecian avances significativos en el campo legislativo, incluso la doctrina nacional y la jurisprudencia no han efectuado las adecuaciones necesarias –reinterpretativas del Código Civil– que permitan abonar en el camino de la aplicación de la Convención y el cumplimiento de la obligación de adecuar el Derecho interno.

---

<sup>372</sup> Existe un proyecto de «Ley Orgánica para la Protección de Personas con Discapacidad» aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional en fecha 13-04-21, [www.asambleanacional.gob.ve](http://www.asambleanacional.gob.ve). Recientemente, se ha informado que en la segunda discusión del referido proyecto de «Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad» (*sic*) se han aprobado 22 y 30 artículos de un total de 112 (01-08-23 y 26-09-23), [www.asambleanacional.gob.ve](http://www.asambleanacional.gob.ve). Sobre el referido Proyecto, SPÓSITO CONTRERAS: ob. cit. («Panorámica iberoamericana...»), p. 188, comenta que incluye «algunas novedades de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero sin alterar en lo esencial la estructura de la referida Ley de 2007». Esto último es ratificado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Bolivariana de Venezuela» (2022), [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org), cuando expresa su preocupación ante la discusión del referido proyecto, por tanto, «recomienda al Estado parte que asegure que cualquier revisión de su legislación esté en conformidad con los principios consagrados en la Convención y en consonancia con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos y que contemple de forma transversal los derechos de las personas con discapacidad» (párrafos 5 y 6).

<sup>373</sup> *Cfr.* BENAVIDES LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos de capacidad...*), p. 50, «Para el modelo, la capacidad, es un elemento transversal a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde los derechos sustantivos contenidos en ella, no tendrán ninguna eficacia, sin el reconocimiento de esta nueva concepción de capacidad. El objetivo del modelo, es que a través de la promoción del ejercicio de los derechos, se logre la plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social».

No se entiende tal postura, más allá de la posición reacia a los cambios, propia de mentes conservadoras. Después de casi quince años de aprobada la Convención por Venezuela, se juzga que ha transcurrido tiempo suficiente para que los operadores jurídicos hubieran asimilado el paradigma convencional e impulsado las transformaciones necesarias, o al menos parciales y, sin embargo, es escasísima la doctrina<sup>374</sup> y prácticamente inexistente la jurisprudencia con este enfoque<sup>375</sup>.

Lo anterior, dice mucho de la crisis institucional que se vive en el país, donde además de un abandono de los estudios del Derecho Civil en

---

<sup>374</sup> Salvo nuestros aportes difundidos en varios opúsculos citados a lo largo de este trabajo, la mayoría de la doctrina publicada en Venezuela sobre este tema alude al Derecho foráneo y es escrita por autores extranjeros, siendo escasa –por no decir nula– las reflexiones sobre la capacidad de obrar de las personas con discapacidad en el Derecho nacional.

<sup>375</sup> No logramos ubicar una decisión del máximo tribunal que aplicará la Convención, únicamente la menciona para no aplicarla, por ejemplo: TSJ/SCC, sent. N.º 496, de 08-08-16, [www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve), donde resuelve un asunto relacionado con la prescripción breve para reclamar indemnización por los daños y perjuicios proveniente de un accidente de tránsito que originó una discapacidad física regulada en la Ley de Transporte Terrestre (artículo 196). La anterior decisión fue sometida a revisión constitucional confirmando el fallo, TSJ/SC, sent. N.º 328, de 09-11-19, [www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve). Este fenómeno no es del todo nuevo, así GONZÁLEZ, Lissette y RICHTER, Jacqueline: «La legislación nacional frente a la Convención sobre los Derechos del Niño». En: *De los menores a los niños una larga trayectoria*. UCV. Caracas, 1999, p. 108, comentaban en relación con el cambio de paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño que «el principal obstáculo para la aplicación de la Convención por nuestros jueces es su dificultad para visualizar la diferencia de concepción entre la Ley Tutelar del Menor y la Convención. Muchos jueces están convencidos de que ambos textos expresan los mismos principios. A esta percepción se le suma el hecho de que los jueces son generalmente renuentes a aplicar las normas internacionales y tienden a basar sus sentencias solo en la legislación nacional. Esta situación afecta –también– a los abogados en ejercicio, quienes pocas veces utilizan en sus escritos argumentos basados en normas internacionales. Así, la práctica forense del país es una barrera de considerable peso que limita la difusión y aplicación de la Convención».

Venezuela, oportunamente denunciado<sup>376</sup>, se aprecia un claro desinterés por ofrecer un tratamiento digno a las personas con discapacidad.

No se visualiza el mismo comportamiento en otros ordenamientos jurídicos, como se ha revelado en el caso de España con profundidad –capítulo III– o en otras naciones de la región: Brasil<sup>377</sup>, Colombia<sup>378</sup> o Perú<sup>379</sup>, parcialmente Argentina<sup>380</sup>, por solo mencionar los más representativos.

<sup>376</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La importancia del Derecho Civil hoy». En: *Derecho y Sociedad*. N.º 17. Universidad Monteávila. Caracas, 2021, pp. 55 y ss.; VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La necesidad de una Cátedra en Derecho Civil». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 17. Caracas, 2021, pp. 291 y ss.

<sup>377</sup> Vid. Ley N.º 13 146, de 06-07-15, *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*, que de entrada señala: «Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência» (artículo 1, parágrafo único), sobre medidas de apoyo véase artículos 84-86, así como las disposiciones transitorias (artículos 114, 115, 116 y 123) en donde se modifica el Código Civil para establecer: «São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos», eliminando las demás causas de incapacidad (artículo 3, también se modifican los siguientes: 4, 228, 1518, 1550, 1557, 1767, 1769, 1771, 1772, 1775-A, 1777), añade un capítulo sobre toma de decisiones con apoyo (artículo 1783-A) y se derogan varias disposiciones del mismo (artículos 1548 inciso I, 1776 y 1780).

<sup>378</sup> Vid. Ley 1996 de 2019, de 26 de agosto, «por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad».

<sup>379</sup> Vid. Decreto Legislativo que Reconoce y Regula la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en Igualdad de Condiciones –publicado en *El Peruano* de 04-09-18– y que modifica el Código Civil pasando su artículo 42 a establecer: «Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad». En consecuencia, incorpora ajustes razonables y apoyos para el ejercicio de su capacidad (artículos 45, 45-B, 659-A al 659-G).

<sup>380</sup> Vid. Código Civil y Comercial argentino (Ley 26 994 de 2014), se indica parcialmente, pues, aunque se introducen los apoyos y la promoción de la autonomía, se mantienen los supuestos de «incapacidad» por decisión judicial (artículos 23, 24.c y 31-43).

Lo cual, en definitiva, debe generar una reflexión<sup>381</sup> sobre el sentido de suscribir un tratado tan importante como lo es, sin duda, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y no tomar los recaudos indispensables para garantizar su cumplimiento en el Derecho interno.

Pero más allá de una posición lastimera y de crítica a las instituciones públicas, educativas y sociales que han sido cómplices por abandono, indolencia u omisión en el cumplimiento, estudio o difusión del paradigma de la Convención, urge transformar la realidad presente y esta investigación aspira a coadyuvar en dicho sentido.

Aprendiendo del pasado, se puede transformar el presente. La Exposición de motivo de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998, ante un escenario muy similar al que actualmente existe, con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, señalaba lo siguiente:

A partir del momento en que Venezuela ratifica la Convención, se vive en el país una realidad jurídica anómala: la vigencia simultánea de dos leyes, la Ley Tutelar de Menores y la Convención totalmente antagónicas entre sí regulando el mismo tema. Para superar esta situación y para honrar los compromisos internacionales que asumió, Venezuela se ve ante la necesidad de ajustar su legislación interna a los principios y normas contenidas en el mencionado tratado internacional.

Las anteriores afirmaciones son parcialmente ciertas, pues la verdad es que en un sistema jurídico que por naturaleza es calificado como hermético y coherente no existen disposiciones jurídicas contradictorias que sean al mismo tiempo aplicables. El sistema corrige tal situación por medio de

---

<sup>381</sup> Advertía BARIFFI, Francisco J.: «La perspectiva de la discapacidad en las relaciones de cooperación entre la Unión Europea-América Latina-Caribe». En: *Revista Nuevo Mundo*. Año 1, N.º 2 (Nueva época). USB. Caracas, 2008, p. 10, «la Comunidad Internacional, y particularmente los países Iberoamericanos, deban emprender un proceso de diálogo y reflexión en torno a la Convención».

la jerarquía o prevalencia de cada norma, además de los principios de interpretación, como el sostener que no existen lagunas en el Derecho, sino en todo caso en la ley y la posibilidad, en consecuencia, de recurrir a la integración como fórmula para llenar los vacíos.

En el caso del paradigma de la protección integral aludido por la Exposición de motivo de la Ley Orgánica e, igualmente, para el supuesto actual del denominado «modelo social», producto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no se puede sostener que exista la aplicación de dos leyes antagónicas, sino la prevalencia constitucional de una sobre otra que queda desplazada en todo aquello en lo cual sea contraria a la que deba preferirse en su aplicación<sup>382</sup>.

En otras palabras, hoy en día el operador jurídico debe aplicar la Convención directamente por mandato constitucional y reinterpretar las normas legales –entre ellas, el Código Civil– bajo los principios y mandatos que se deducen del texto de la Convención<sup>383</sup>, para así mantener la coherencia del

---

<sup>382</sup> Así, la doctrina era clara en sostener la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr.* GUERRA, Víctor Hugo: «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) y su relación con el ordenamiento jurídico venezolano. Especial referencia al Derecho Internacional Privado». En: *De los menores a los niños una larga trayectoria*. UCV. Caracas, 1999, pp. 179-181, la Convención «al consagrar derechos, no lo hace en forma programática, sino que, por el contrario, lo hace en forma directa y de inmediata aplicación por parte de las autoridades nacionales e internacionales (...) Así, las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño relativas a los derechos de los niños, que como hemos señalado no tienen un contenido programático, pueden, en Venezuela, ser exigidas por estos o por sus representantes, ante las respectivas autoridades, incluso en ausencia de ley interna que las reglamente».

<sup>383</sup> En similares términos, se expresan PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis y VEGA CARDONA, Raúl José: «Discapacidad y Derecho Civil y de Familia». En: *El Derecho Civil, de Familia y Agrario al alcance de todos*. Editorial Oriente. E. PANADERO DE LA CRUZ, y R. PAVÓ ACOSTA, coords. Santiago de Cuba, 2014, pp. 63 y 64, cuando advierten que Cuba es signataria de la Convención por lo que «si bien aún no ha sido incorporada a nuestro Derecho interno mediante la promulgación de leyes específicas, su ratificación por parte del Estado cubano conducirá

sistema normativo venezolano<sup>384</sup>. Ello, hasta tanto se avance en una ley especial o reforma del Código Civil que efectúe la tan ansiada adecuación del Derecho interno al Tratado<sup>385</sup>.

---

necesariamente a que nuestras normas jurídicas sean interpretadas a la luz de los preceptos que emanan de la Convención». *Cfr.* DÍAZ CARCASÉ, Minarsis y RAMÍREZ RODRÍGUEZ, Lisbet: «Medidas asegurativas en procesos civiles y familiares relacionados con la discapacidad. Posibilidad y necesidad». En: *Abogacía y Derecho: gestión de conflictos jurídicos*. Ediciones ONBC. A. MANTECÓN RAMOS, director. La Habana, 2015, p. 64, «La incorporación formal de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad al Derecho interno tendrá un importante impacto en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, obligando a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge».

<sup>384</sup> Como recuerda DE SOLA, René: «La lengua y el Derecho». En: *Summa. Homenaje a la Procuraduría General de la República, 135.º aniversario*. PGR. F. PARRA ARANGUREN, coord. Caracas, 1998, pp. 356 y 359, «No dejó de observar el constituyente, sin embargo, que las palabras no tienen un valor permanente e inmutable. Concepto este que sirve de base para la interpretación progresiva de los textos legales, conforme a la evolución de las instituciones y las nuevas necesidades de la vida social. Tal criterio se desprende del siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de la Constitución vigente (1961): “Pensó también la Comisión que la semántica en la vida política y jurídica no tiene un contenido inmutable. Los vocablos se entienden, no solo por su significación literal, sino por el ambiente histórico y las circunstancias dentro de las cuales se han realizado los valores que representan”, por tanto, «la interpretación gramatical no debe entenderse como el deber de darle a cada palabra una significación inmutable a través de los tiempos. Sin violentar el texto legal, las nuevas realidades sociales permiten una interpretación gramatical de acuerdo con el genio de idioma y que resulte más amplia de la que en el pasado se le atribuía».

<sup>385</sup> En cuanto a la referida reforma ha recomendado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales» sobre Venezuela (2022), que: «a. Garantice que la nueva norma jurídica respete la Convención, incluyendo la eliminación de las restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y asegure que dicha norma reemplace los sistemas de adopción de decisiones sustituida que niegan la capacidad jurídica, incluidas la tutela y curatela, con sistemas de apoyo para la toma de decisiones; tome todas las medidas para el apoyo individualizado; informe adecuadamente a las personas con discapacidad sobre tales alternativas, y capacite al personal involucrado; b. Asegure que el proceso de reforma cuente con la participación efectiva e independiente de las personas con discapacidad a través de las organizaciones que las representan» (párrafo 23).

Recuérdese que las normas de la Convención resultan más favorables que incluso las normas constitucionales, y es por ello que se demanda su preferente aplicación, pero desconocer dicha jerarquía en las fuentes es una acción inconstitucional, pues desconoce meridianamente el artículo 23 de la Constitución<sup>386</sup>.

Entonces, a los fines de no caer en un escenario contrario a la Constitución, corresponde hacer un análisis de los instrumentos jurídicos –principalmente, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Código Civil<sup>387</sup>– para garantizar la supremacía constitucional

---

<sup>386</sup> Vale comentar que esta afirmación se ve ratificada en la Exposición de motivos de la Ley de la Comisión para la Garantía de Justicia y Reparación de las Víctimas de Delitos contra los Derechos Humanos, la cual señala: «La Constitución (...) asume los derechos humanos como un eje central, consagrando el respeto de tales derechos como un valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado. Además, de acuerdo con el Texto Constitucional, el Estado tiene la obligación de promover, respetar y garantizar el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna (...) Estas disposiciones normativas de la Constitución (...) recogen a la perfección lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, los cuales son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, en los términos definidos por la Constitución y la jurisprudencia. Entre los instrumentos internacionales ratificados por Venezuela en esta materia se encuentran (...) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad...». También, previo a la Constitución de 1999, un sector de la doctrina consideraba de aplicación preferente las normas internacionales, *cf.* GUERRA: ob. cit. («La Convención de las Naciones...»), pp. 184 y 185, quien indicaba que los tratados vigentes «se encuentran en una jerarquía superior a las normas contenidas en las leyes de la República. En otras palabras, las autoridades venezolanas deben aplicar preferentemente la norma internacional a la norma interna. De tal manera que las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, como tratado internacional que es, son de primera aplicación antes que cualquier ley interna en la materia, siendo deseable, o al menos aconsejable, la armonía de las soluciones consagradas en una y otra fuente».

<sup>387</sup> Así, por ejemplo, al comentarse las restricciones en la graduación de las modalidades de «incapacitación» del Código Civil –interdicción o inhabilitación– sostienen DOMÍNGUEZ GUILLÉN y TORREALBA SÁNCHEZ: ob. cit. («Régimen legal...»), p. 42,

y su mandato según el cual las convenciones sobre derechos humanos ratificados y «que contengan normas sobre goce y ejercicio más favorables» a las contenidas en la Constitución u otras leyes «son de aplicación inmediata y directa por los tribunales» (artículo 23)<sup>388</sup>.

Por tanto, según comentan de pasada DOMÍNGUEZ GUILLÉN y TORREALBA SÁNCHEZ:

Ello a tono con el citado artículo 12 de la Convención que señala que los ordenamientos internos precisan adecuar su normativa. Si la Constitución da primacía a los tratados internacionales, cada ordenamiento debería adaptar su normativa, o en el caso de los jueces sus decisiones, a la Convención, lo que se denomina el control de la convencionalidad<sup>389</sup>.

---

«Tal vez el abanico jurídico es escaso, posiblemente antiguo o en desajuste con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual predomina por imperativo constitucional».

<sup>388</sup> Cfr. CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 90, «la implantación del sistema de apoyo en la toma de decisiones requiere una reforma legal comprometida, profunda y valiente. Pero además, el nuevo enfoque en el tratamiento de la capacidad jurídica puede y debe adelantarse en sede de aplicación judicial en cumplimiento de los artículos 96 y 10.2 de la Constitución española. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es, desde su publicación y entrada en vigor, en virtud de lo establecido en el artículo 96 de la Constitución española, parte del orden jurídico interno y sus disposiciones deben aplicarse con carácter preferente a las normas nacionales que se enfrenten con su contenido»; ELIZARI URTASUN: ob. cit. («Adopción de decisiones...»), p. 342, «los derechos y libertades reconocidos a las personas con discapacidad deben interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en la Convención (artículo 10.2 de la Constitución española), y, por otro lado, se verán desplazadas todas aquellas disposiciones del ordenamiento interno que contradigan lo dispuesto por aquella (artículo 96.1)».

<sup>389</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN y TORREALBA SÁNCHEZ: ob. cit. («Régimen legal...»), p. 43. Vid. VALDIVIESO-DURÁN, Jorge Efraín *et al.*: «Tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad intelectual desde el control de convencionalidad». En: *Iustitia Socialis*. Vol. v, N.º 1 (Edición especial). Fundación Koinonia. Santa Ana de Coro, 2020, p. 237, «el control de convencionalidad debe ser entendido, no solo, en la interpretación que hace el órgano jurisdiccional de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado a la luz de las disposiciones

El referido control debería llevar a una integración en la cual los principios, derechos, institutos y terminología que se desprende de la Convención se acoplen en cuanto a su interpretación y aplicación con las normas tradicionales vigentes, de forma tal que se garantice de manera efectiva e inmediata los derechos, garantías y deberes de las personas con discapacidad conforme con el Tratado y la Constitución. Concluía FERNÁNDEZ al revisar la Constitución de 1961 y contrastarla con los derechos de las personas con discapacidad:

El Estado democrático y social de Derecho configurado en la Constitución venezolana requiere de aplicación en la realidad. No basta con enunciados formales si no se transforman las verdaderas estructuras institucionales que existen y lo más importante, el comportamiento humano de quienes integramos el país. En otras palabras, para que cesen las discriminaciones contra los ciudadanos con algún tipo de incapacidad, deben reformarse tanto el Estado como la sociedad<sup>390</sup>.

Han pasado décadas y el planteamiento sigue vigente. La Constitución en conjunto con la Convención ofrecen un soporte normativo suficiente para la aplicación actual del modelo social, empero la traba es operativa en cuanto a los operadores del Derecho que no terminan de hacer las adecuaciones necesarias, como las que a continuación se describen:

## 2. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU CAPACIDAD DE EJERCICIO

El ordenamiento jurídico venezolano previo a la Convención –representado por el Código Civil– parte de la posibilidad de que las personas mayores

---

contenidas en la Convención Americana y otros tratados, protocolos y convenciones que integran lo que se denomina el bloque de convencionalidad, sino también, en la posibilidad que tienen las autoridades de los Estados partes de abstenerse de aplicar aquellas normas que sean contrarias a los derechos humanos recogidos en el *corpus juris* interamericano, con el fin de evitar graves vulneraciones a estos derechos».

<sup>390</sup> FERNÁNDEZ: ob. cit. («El Estado democrático...»), p. 88.

de edad o el menor de edad emancipado que no puedan «proveer a sus propios intereses» por «defecto intelectual» serán sometidos a una interdicción o «incapacidad» y provistos de una tutela con fines a su «protección» (artículo 393 del Código Civil)<sup>391</sup>. Lo que además implica que, con el pronunciamiento judicial de interdicción, se genere una imposibilidad jurídica de que la persona pueda ejercer directamente sus derechos (artículos 48, 262, 837.2 y 1144 del Código Civil).

La doctrina patria, surgida después de ratificada la Convención, tampoco ha reparado en la necesidad de reflexionar sobre el impacto del Tratado en las instituciones tradicionales del Código<sup>392</sup>. Así, por ejemplo,

---

<sup>391</sup> En la doctrina nacional véase sobre este modelo decimonónico: JAIMES G., Yolanda: *La interdicción*. 3.<sup>a</sup>, UCV. Caracas, 1999, p. 22, «La interdicción es la privación de la capacidad negocial originada por un defecto intelectual grave (...) el entredicho queda sometido, de manera permanente, a una incapacidad negocial general, total y uniforme»; DE SOLA, René: «Representación del entredicho después del decreto de interdicción provisional». En: *Opinión jurídica*. UCV. Caracas, 1960, p. 112, «es necesario concluir que el indiciado de demencia pierde su capacidad procesal una vez decretada su interdicción provisional; deja de ser persona legítima, y se impone (...) que necesariamente debe ser representado por su tutor». GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis: «La administración de la comunidad conyugal en situaciones de incapacidad de los cónyuges». En: *Libro homenaje a José Mélich Orsini*. Vol. I. UCV. Caracas, 1982, p. 514, «La enfermedad por sí sola, no influye en la capacidad pero si debido a ella se causan perturbaciones en las facultades intelectuales alterando las funciones normales de la voluntad, y ello conduce a que el sujeto se incapacite para cuidar de su persona y atender sus negocios, es en este sentido que puede considerarse como causa modificativa de la capacidad». El razonamiento que subyace en la doctrina tradicional, según CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 64, es que «la limitación de la capacidad jurídica y la sustitución en la toma de decisiones se orientan a proteger a la propia persona incapacitada. Este fundamento claramente proteccionista explica la *vis* expansiva de la incapacitación que irradia, como luego se verá, en diferentes ámbitos y la opción preferente, en la práctica, por la sustitución total de la persona en todas sus esferas de actuación».

<sup>392</sup> En síntesis, se pudiera decir que se sigue en esta materia la posición decimonónica fijada por la manualística civil, donde destaca como iniciador AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil i (personas)*. 13.<sup>a</sup>, UCAB. Caracas, 1997, pp. 305-314. A él le siguen manteniendo la misma posición: LA ROCHE, Alberto José:

PEÑARANDA QUINTERO señala: «La interdicción civil consiste en el estado de una persona que ha sido judicialmente declarada entredicha, es decir, incapaz, por lo cual se le priva de ciertos derechos»<sup>393</sup>.

Por su parte, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, quien definitivamente es en la doctrina venezolana la autora que más ha examinado la institución<sup>394</sup>, también mantiene, en principio, la anterior perspectiva:

La interdicción propicia un régimen de representación que es la tutela, mientras que la inhabilitación da lugar a un régimen de asistencia que es la curatela.

---

*Derecho Civil I*. 2.ª, s/e. Maracaibo, 1984, p. 205, «La interdicción trata del régimen de protección de los alienados; es decir, de los enajenados mentales: los que sufren de defecto mental grave y permanente que les incapacita para proveer a sus propios intereses; y en consecuencia, así como el menor de edad ha de estar provisto de un representante legal que provea a sus intereses cuando se encuentre en las condiciones y circunstancias que le califiquen jurídicamente hablando como un alienado, como un enajenado mental»; MARÍN ECHEVERRÍA, Antonio Ramón: *Derecho Civil I personas*. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 1998, pp. 190 y 191, la interdicción «podemos definirla como el estado de una persona a quien se le ha declarado incapaz de los actos de la vida civil por causa habitual de mentecatez o demencia (...) privándola en consecuencia del manejo y administración de sus bienes y negocios, para cuyo cuidado se le nombra un tutor»; HUNG VAILLANT, FRANCISCO: *Derecho Civil I*. 2.ª, Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2001, p. 407; OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Derecho Civil I: Personas*. UCAB. Caracas, 2006, pp. 671 y ss.

<sup>393</sup> PEÑARANDA QUINTERO, Héctor: *Derecho Civil I Derecho de Personas*. 2.ª, LUZ. Maracaibo, 2012, p. 59. *Cfr.* LEAL RANGEL, Jorge: «La interdicción». En: *Manual de Derecho Civil: Personas*. 2.ª, FUNDESDE. San Cristóbal, 2013, pp. 357 y ss.

<sup>394</sup> *Vid.* además de sus libros y artículos citados, los siguientes: «Diferencia entre incapacitación absoluta y relativa». En: *Revista de Derecho*. N.º 30. TSJ. Caracas, 2009, pp. 97-132; «La capacidad laboral de los incapaces de obrar». En: *Sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2009, pp. 317-338; «La incapacitación en el Derecho venezolano». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año VII, N.º 2. La Ley. Buenos Aires, 2015, pp. 143-168.

La interdicción judicial es la privación de la capacidad de obrar en razón de una sentencia dada la existencia de una afección intelectual grave, habitual y actual<sup>395</sup>.

Lo expuesto sería correcto si únicamente se aplicara como fuente jurídica el Código Civil actualmente vigente, pues, ciertamente, la doctrina expuesta es acorde con las disposiciones del Derecho común, que téngase en cuenta son decimonónicas, pues, sigue las influencias del *Code Napoléon* de 1804 y del *Codice Civile* de 1865 de Italia<sup>396</sup>. El problema que se observa es que con la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se añade un nuevo instrumento normativo que debe sumarse a la interpretación de las instituciones sobre ejercicio de la capacidad y donde sus normas prevalecen sobre el Código Civil por mandato constitucional.

Así pues, aunque DOMÍNGUEZ GUILLÉN no hace la completa adecuación al «modelo social», sí advierte del posicionamiento gradual y tenue de una nueva doctrina, que hay que recordarlo, en España solo llega a consolidarse legalmente en lo referente al artículo 12 de la Convención, a través de la Ley 8/2021 de 2 de junio<sup>397</sup>; previamente, existió una jurisprudencia que trató de establecer un puente de transición entre el Derecho común y el Tratado<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Derecho Civil I...*), pp. 326 y 434.

<sup>396</sup> Recuerda SPÓSITO CONTRERAS: ob. cit. («Panorámica iberoamericana...»), p. 181, «El artículo 324 del Código Civil italiano de 1865 (...) contiene la norma que sirvió de modelo a nuestro artículo 393 del Código Civil, en materia de capacidad e interdicción civil».

<sup>397</sup> Publicada dos meses antes de que la Dra. DOMÍNGUEZ GUILLÉN falleciera repentinamente para desconsuelo de la comunidad científica.

<sup>398</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ: ob. cit. («Análisis de la adaptación...»), pp. 699 y ss., comenta que, previo a la reforma de la legislación civil para su adecuación a la Convención, el Tribunal Superior español había construido una doctrina jurisprudencial a los fines de adecuar los tradicionales institutos –tutela, curatela, guarda de hecho y defensor judicial– como medidas de apoyo. *Vid.* TS, sents. N.ºs 282, 29-04-09; 421, de 24-06-13; 341, de 01-07-14; 244, de 13-05-15; 557, de 20-10-15; 298, de 16-05-17

En efecto, parafraseando a PÉREZ GALLARDO, señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN que el autor «refiere que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagra el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ello podría replantear la noción de incapacitación, pues la Convención utiliza el término “medidas de apoyo”»<sup>399</sup>. Más adelante reitera a título de síntesis:

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagra el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y se afirma que dicho instrumento introduce un cambio de paradigma que obligaría a reinterpretar la legislación interna a favor de integrar al incapaz en la toma de decisiones sustitutivas de voluntad<sup>400</sup>.

---

y 522, de 11-10-17. En todo caso, ha sido un trayecto lento, pues, como subrayaba antes de la Ley 8/2021 CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 63, «los jueces y tribunales nacionales tampoco han mantenido, con algunas excepciones, una actitud suficientemente activa en la implementación del modelo de apoyo por el que aboga el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el nivel aplicativo. Además, de los pronunciamientos que se han producido en ambos contextos –legislativo y judicial– parece desprenderse que los poderes públicos españoles no terminan de ser plenamente conscientes del calado y del alcance de las modificaciones normativas que es necesario llevar a cabo para instaurar un auténtico sistema de apoyo en la toma de decisiones que garantice a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica, sin discriminación alguna, en “todos los aspectos de la vida”».

<sup>399</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. CENLAE. Caracas, 2019, p. 122, cita la conferencia dada por PÉREZ GALLARDO en 2016, [www.youtube.com](http://www.youtube.com). Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Notas sobre la capacidad en el Derecho venezolano». En: *Jurisprudencia Argentina*. N.º 2019-I, Fasc. 11. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2019, p. 28.

<sup>400</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Instituciones fundamentales...*), p. 137. Para MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 293, «De este modo, la premisa de la plena capacidad jurídica conlleva dejar de centrarse en las deficiencias personales del individuo para poner el acento en el establecimiento de medidas de apoyo que permitan a las personas ejercitar y desarrollar sus capacidades, eliminando las barreras que limitan la toma de las propias decisiones. Por ello, la pregunta que procede plantear ante los supuestos de discapacidad psíquica ya no es si la persona tiene aptitud mental para ejercer su capacidad jurídica, sino qué tipo de apoyos son necesarios para que pueda ejercerla».

Entre las eventuales adecuaciones, sostiene DOMÍNGUEZ GUILLÉN: «Ello supondría incorporar la participación del incapaz en sus propias decisiones, no obstante su incapacidad, lo cual no siempre será fácil. Pero ejemplo de ello lo constituye la figura de la autotutela»<sup>401</sup>.

En efecto, si se parte que para las personas con discapacidad es más ventajoso el reconocimiento de su capacidad objetiva en todos los casos y que en el supuesto de que la diversidad funcional represente un obstáculo para el real ejercicio de los derechos se le provea de apoyos que consideren siempre su voluntad, deseos o preferencias, no hay lugar a duda de que dicho esquema es muy superior al que se deduce del Código Civil venezolano.

En palabras llanas, el Derecho común se limita a calificar a la persona con discapacidad –psíquica, que afecte proveer su interés– como «entredicho», «incapaz» o «incapacitado» y como efecto establece una restricción «plena», «total», «absoluta» o «general» para el ejercicio personal de los derechos de que es titular para que los mismos sean exclusivamente ejercidos por un «tutor», «representante» o «sustituto» que no está obligado a inquirir o a ponderar la voluntad, deseos o preferencias que el titular pudiera expresar, así sea en «intervalos lucidos», o que sea presunta según una exteriorización previa, su estilo de vida o su forma de ser.

Resulta evidente que, al cotejar tales modelos no se puede sostenerse que el del Código Civil, por muy tradicional y práctico que resulte para los operadores jurídicos, sea más favorable desde una perspectiva desde los derechos humanos. Más cuando la propia Constitución declara, en términos categóricos, «Toda persona con discapacidad (...) tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades...» (artículo 81). Por tanto, no debe ser ni la ley, ni el juez el que restrinja el ejercicio de los derechos de las personas por razones de discapacidad, como es, ciertamente, el objetivo de la interdicción, sino que el ejercicio directo, personal o autónomo debe depender de la situación fáctica concreta –«capacidades» dice la Constitución; en Derecho

---

<sup>401</sup> Ídem.

Civil se alude a «capacidad natural»– y esto último es lo que se aspira con el modelo de la Convención.

Si se incorpora en el análisis el enfoque de igualdad y no discriminación, se observa que al dividir las personas entre capaces e incapaces partiendo únicamente de que aquellas no manifiestan una diversidad funcional –psicológica– y se les reconoce que pueden ejercer sus derechos, en contraste con las otras que por poseer una discapacidad –psicológica– son limitadas en el ejercicio de los derechos, es claro que subyace una discriminación palpable que resulta contraria al principio de la igualdad, ya que el trato distinto en este caso únicamente obedece a la diversidad psicológica que no implica, de suyo, imposibilidad para ejercer los derechos y que además hoy en día no resulta tal distingo ni racional ni objetivo.

Es decir, no es racional, en el sentido de que existen otras vías para garantizar el disfrute de los derechos por este sector vulnerable sin necesidad de decretar una «incapacidad» absoluta y, no es objetivo, en razón a que atiende únicamente a que por la discapacidad psicológica supuestamente no puede la persona atender a sus intereses y no establece el mismo tratamiento a otros individuos que no atienden a sus intereses motivados a que no lo desean, por ejemplo. Se recuerda: «No se permitirán discriminaciones fundadas en la (...) condición (...) que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el (...) ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona» (artículo 21.1 de la Constitución)<sup>402</sup>.

---

<sup>402</sup> BARIFFI: ob. cit. («La perspectiva de la discapacidad...»), p. 14, apunta que el objetivo de la Convención «no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad». De allí que, como comentan VALDIVIESO-DURÁN *et al.*: ob. cit. («Tutela judicial...»), p. 236, «el artículo 4 de la Convención (...) establece como objetivo lograr el pleno ejercicio de sus derechos, evitando que sean discriminadas mediante la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas que sean necesarias para retirar los obstáculos que les impida ejercer sus derechos, reconociendo al mismo tiempo su

Pero si se entra en el plano de los principios como la dignidad humana –uno de los fines esenciales del Estado según la Constitución (artículo 3)<sup>403</sup>–, sería más cónsono con la misma suprimir la posibilidad de ejercer los derechos de que se es titular a través de una declaración judicial que le atribuye a un tercero el obrar en sustitución, o promocionar el ejercicio directo, personal y autónomo de los derechos ofreciendo apoyos en el caso concreto de que el titular lo requiera y fijar salvaguardas para limitar la posibilidad de abusos. Es cristalino –como agua de manantial–, que el modelo convencional al respetar la autodeterminación en lo máximo posible, según la situación concreta, es el más respetuoso de la dignidad humana (artículo 81 de la Constitución).

Por todo lo expuesto, el resultado correcto –constitucionalmente hablando– a que debe arribar el intérprete sería que, ante una solicitud de interdicción o «incapacitación», corresponde aplicar el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ratificar que toda persona con discapacidad –así sea que posean una diversidad funcional que lo afecte en lo psicológico– tiene capacidad de obrar, la cual no puede suprimirse por medio de una declaración legal o judicial, y lo que se debe hacerse es ofrecer medidas de apoyo en ejercicio de la capacidad si fueren necesarias.

El artículo 12 de la Convención representa un verdadero derecho humano<sup>404</sup>, que posee toda persona a que no se le desconozca su capacidad

---

personalidad jurídica (artículo 12), al garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica mediante la implementación de apoyos que salvaguarden sus derechos».

<sup>403</sup> Vid. SOSA GÓMEZ, Cecilia: «La dignidad humana en la Constitución venezolana de 1999». En: *Homenaje a José Getulio Salaverría Lander*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. J. C. CARMONA BORJAS, coord. Caracas, 2023, pp. 34 y 36, «Es la dignidad humana el valor supremo, el principio jurídico fundamental y la columna vertebral del orden constitucional» y su influencia hace que la legislación civil incorpore «la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra toda forma que la vulnere».

<sup>404</sup> Sostiene BARIFFI: ob. cit. («La perspectiva de la discapacidad...»), pp. 10 y 11, «Este nuevo instrumento supone importantes consecuencias para las personas con

de obrar, incluso si posee una diversidad funcional, y el Estado y sus operadores a tenor de la Constitución deben garantizar su universalidad e indivisibilidad (preámbulo), preeminencia (artículo 2), progresividad (artículo 19), prevalencia (artículo 23) e indemnizar su violación (artículo 30), así como toda persona debe defenderlo y evitar su menoscabo (artículos 132 y 350).

Es lo que proponen VALDIVIESO-DURÁN *et al.* al comentar el ordenamiento ecuatoriano que mantiene la interdicción en el Código Civil (artículo 367) y no ha efectuado su adecuación interna, tal *studio*:

... conlleva que tengamos que proponer una alternativa de solución diferente a la que nos plantea nuestra legislación actual con la declaratoria de interdicción, en virtud de que no resultaría la medida más apropiada, al privar a las personas de su capacidad para ser sujeto de derecho y limitar una parte de su capacidad jurídica, específicamente su capacidad de obrar, lo que nos conduce a proponer una alternativa que gire en torno a la necesidad de dotarlas de un sistema de apoyos que remplace la interdicción<sup>405</sup>.

Como se observa, lo primero, a los fines de la transición y el cumplimiento de la preferencia de la Convención por mandato constitucional, es partir conceptualmente de que ya no se puede limitar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, lo que desde un punto de vista práctico implicaría suprimir los institutos dirigidos a restringir el obrar jurídico de los individuos.

En concreto, ya no podrá someterse a interdicción a un individuo, declararlo «incapaz», «entredicho» o «incapacitado», ni someterlo a un régimen

---

discapacidad, y entre las principales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas».

<sup>405</sup> VALDIVIESO-DURÁN *et al.*: ob. cit. («Tutela judicial...»), pp. 239 y 240.

de «tutela», «representación legal» o de «sustitución» como respuesta judicial ante la existencia de una diversidad funcional psicológica, pues tales respuestas no son cónsonas con los principios que subyacen en esta materia a partir del modelo social, es decir, tal forma de proceder es contraria a la dignidad humana, los derechos humanos, la igualdad, el respeto y promoción a la libertad y a la autonomía que a toda persona se le debería garantizar.

Lo expuesto bajo ningún concepto implica que la persona con discapacidad va a quedar desasistida a su suerte; al contrario, implica ofrecer y poner a disposición otros mecanismos que, reinterpretados bajo el nuevo esquema, persigan fortalecer los anteriores elementos axiológicos –dignidad, igualdad y libertad– manteniendo siempre bajo el foco las necesidades reales y concretas de la persona con discapacidad, como advierten varios doctrinarios, diseñando un «traje a la medida» que se ajuste al individuo y promocióne al máximo el ejercicio personal de los derechos. Es lo que ocurriría en concreto por medio de un rediseño de la curatela como medida de apoyo. Véase:

### 3. LAS MEDIDAS DE APOYO

Una vez que los jueces, fiscales, defensores y demás sujetos que intervienen en la dinámica jurisdiccional alcancen a asimilar el impacto que la Convención tiene en el tema de la capacidad de obrar, en el sentido de que la misma no puede suprimirse en las personas con discapacidad por el solo hecho de poseer una diversidad funcional –incluso psicológica–, deben los operadores jurídicos dirigir sus esfuerzos –hasta tanto se impulse una reforma legislativa que realice la adecuación del Derecho interno– en delinear que institutos de los ya existentes deben aplicarse con la respectiva reinterpretación para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a contar con apoyos que les permita ejercer personalmente los derechos y cumplir con sus deberes, todo según su voluntad, deseos o preferencias.

El modelo social no exige para su implementación un borrón y cuenta nueva, una tabla rasa, lo que demanda es que se entienda cómo funciona actualmente la mecánica que rodea a las personas con discapacidad, las cuales, si bien poseen una diversidad funcional, no es ella en sí misma la que se convierte en un obstáculo para una vida plena, sino la percepción que sobre la diversidad se tiene desde la sociedad partiendo de estereotipos, prejuicios o taras mentales, considerando que por poseer una diversidad funcional ya no se puede hacer tal cosa, cuando la verdad es que si se realiza un diseño universal que pondere las diversidades que los sujetos puedan presentar, además de ajustes razonables, los impedimentos iniciales quedan superados, o al menos minimizados significativamente, para la inmensa mayoría de los individuos.

En materia de capacidad de ejercicio ocurre algo similar. La sociedad entendía que, cuando un individuo poseía una enfermedad mental o una debilidad intelectual, la única solución factible era impedirle que actuara personalmente en el mundo jurídico y, en consecuencia, había que nombrarle un tutor que se encargará de su persona –incluyendo la posibilidad de su internamiento– y de sus bienes. Empero, las diversidades funcionales de carácter psicológico son tan variadas y disímiles que la anterior receta estándar en muchos casos limitaba los derechos sin necesidad y, en todo caso, no se hacía ningún esfuerzo para que la propia persona que se pretendía proteger interviniera en su propia vida o al menos en tratar de captar su voluntad, deseos o preferencias, simplemente era erradicado del escenario jurídico<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> Sostenía oportunamente CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 59, «Rápidamente surge la impresión de que no se puede actuar en su favor, sin que en el fondo de alguna manera se actúe contra ellos, pues toda protección de los alienados en algún sentido los aliena por el simple hecho de que los supone extraños al universo razonable. La legislación protectora, por más que proceda con las mejores intenciones, no hará otra cosa que incrementar el aparato represivo con que las sociedades modernas, con hipocresía variable, rechazan de su seno a los que poseen mecanismos mentales disidentes».

Ahora bien, entendiéndose que las personas con discapacidad pueden presentar dificultades para ejercer sus derechos o cumplir con sus deberes, la respuesta razonable sería establecer medidas que auxilien o complementen –muy excepcionalmente sustituyan<sup>407</sup>– al titular para que él, con el apoyo ofrecido, ejerza sus derechos según los dictados de su voluntad, deseos o preferencias<sup>408</sup>.

En el Código Civil, se regulan unos «mecanismos de protección» tradicionales, a saber: interdicción e inhabilitación, los cuales instituyen un régimen de tutela –representación– o de curatela –asistencia–, respectivamente<sup>409</sup>. Aunque tales fórmulas no están pensadas bajo el enfoque del modelo social de la Convención, sí pueden adecuarse a través de una reinterpretación integradora según los principios y normas que se deducen del Tratado<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> La excepcionalidad es tanto cualitativa como cuantitativa. En cuanto a lo primero, solo se sustituiría cuando no exista otra opción menos invasiva. En cuanto a lo segundo, en realidad el universo de personas con discapacidad ronda alrededor del 10 % de la población; sin embargo, solo llegan normalmente a los juzgados venezolanos los casos donde se pretende establecer una representación como respuesta, los cuales no deben llegar ni siquiera al 1 %. Quedando normalmente el grueso del universo en la sombra y a su suerte.

<sup>408</sup> MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 293, «El modelo de apoyos implica que cuando persistan dificultades para la toma de decisiones por la propia persona con discapacidad se le ofrezca asistencia para ello. Ahora ya no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes necesarios –que pueden consistir en el apoyo de un tercero– para poder tomar sus decisiones».

<sup>409</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 66, «Los regímenes de incapaces están referidos a la forma o manera en que la ley tiende a la protección de los incapaces. Existe toda una normativa en este sentido, que tiende a garantizar la protección de incapaz y la intervención de sujetos distintos del incapaz en la celebración de los negocios jurídicos. Las legislaciones modernas prevén en líneas generales la incapacidad civil como medida protectora de la persona incapaz».

<sup>410</sup> Por otra parte, en caso de existir un elemento de extranjería también debe ponderarse este aumento de capacidad de ejercicio producto de la Convención a los fines llegar a soluciones coherentes en materia de Derecho Internacional Privado. Esto

Esta revisión y reinterpretación integradora debe sustentarse en varias premisas básicas:

i. Ningún apoyo puede partir de una declaración o consideración de «incapacidad», sino que responde a medidas que se ofrecen para que la persona con discapacidad ejerza personalmente sus derechos y cumpla con sus deberes de acuerdo con sus designios con los apoyos que tenga disponibles.

ii. El rol del sujeto que participa como apoyo siempre será el de facilitar que la persona con discapacidad ejerza directamente sus facultades y cumpla con sus obligaciones y para ello debe atender a la voluntad, deseos o preferencias<sup>411</sup>.

iii. La persona con discapacidad puede delimitar, modificar y ampliar los apoyos que requiera y su voluntad, deseos o preferencias, en tal sentido, deben respetarse, salvo que entren en contradicción con la dignidad humana o sus derechos fundamentales.

iv. Toda medida de apoyo deberá estar acompañada de salvaguardas –voluntarias, legales o judiciales– que eviten cualquier tipo de abuso, daño o influencia indebida.

Con motivo a la reforma del Código Civil francés en materia de tutela de adultos, CARBONNIER, siempre adelantado a su tiempo, en un lejano 1968 sentenciaba como oráculo:

---

se ha planteado en otros escenarios de modificaciones de las reglas de capacidad como destaca HERRERA MENDOZA, Lorenzo: *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*. El Cojo. Caracas, 1960, pp. 272 y ss.

<sup>411</sup> MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 293, «Es cierto que ello implica que un tercero intervenga en la esfera de la autonomía de la persona, pero tal intervención no tiene como objetivo la sustitución, sino la promoción y el refuerzo de la autonomía de la persona. Es decir, que el tercero no decidirá por la persona, sino que pretende ayudar a decidir, acompañar a la persona, de modo que se adopte la decisión con la persona y para la persona con discapacidad».

Es difícil saber si una legislación civil de la locura puede evitar la acusación de paternalismo. Acaso algún día se dibuje y se haga aceptar un análisis de punta en que los administradores, tutores y curadores, en lugar de aparecer como protectores (*in locum parentum*), se presenten como intérpretes neutros, como fríos intermediarios, que van y vienen entre las dos porciones del mundo mental, la mayoría y la minoría, y traducen a cada uno recíprocos mensajes. Entonces, más que un estatuto de la persona enferma, tendríamos tipos de normas de conflicto para resolver las cuestiones de Derecho que surjan entre ella y las gentes con buena salud. Sería paradójico, en efecto, que el Derecho de la locura tuviera su centro de gravedad no tanto en el loco como en los demás, pues si el loco estaba solo, ¿qué necesidad tenía de Derecho?<sup>412</sup>

El vaticinio parecer haberse cumplido y el intérprete es el curador asistente que media entre el autor y los demás a los fines de facilitar las interrelaciones jurídicas.

### 3.1. Apoyos voluntarios

El Derecho decimonónico, por tener como fundamento el limitar la capacidad de obrar como medida de protección –tutela generalmente pensada más en el aspecto patrimonial y los intereses sucesorios del asunto que en el débil jurídico que era despojado de su libertad en muchos casos incluso con su abandono en centros psiquiátricos–, restringe enormemente la participación del sujeto en esta materia, salvo la obligación de que en el transcurso del procedimiento sea entrevistado por el juez a los fines de que este se forme un criterio sobre su condición psíquica y decidiera la pretensión de incapacitar –interdicción o inhabilitación– o que solicite la revocatoria de medida de protección (artículo 407 del Código Civil)<sup>413</sup>.

<sup>412</sup> CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 60.

<sup>413</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 510 y ss., se manifestaba a favor de que la propia persona solicite su interdicción (de la misma autora: «Algunos problemas de interpretación en materia de tutela». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, 1998, pp. 257-306).

La doctrina advirtió que la anterior posición, incluso bajo un modelo que modificaba –rectifico: suprimía– la capacidad judicialmente, era exageradamente limitante<sup>414</sup>, pues podrían darse casos en los cuales a las personas deberían permitírseles prever que ante una contingencia futura, de discapacidad psicológica, reglar algunos aspectos asociados con el régimen de protección que se instituya una vez se dé tal eventualidad.

Así, se ha posicionado la tesis que sostiene que tanto los mandatos o poderes preventivos como la denominada «autotutela» son figuras que deberían reconocerse, superándose así la posición conservadora que se manifestaba por su prohibición.

Hoy en día, partiendo de que la Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad de obrar, no existe ningún obstáculo

---

En los antecedentes nacionales, el Proyecto de 1853 curiosamente contemplaba una figura similar: «... Cuando un individuo se siente demasiado débil para dirigir sus negocios, puede solicitar por sí mismo que se le ponga bajo tutela» (artículo 2, ley única, título XLL, libro I). Véase: VISO: ob. cit. (*Proyecto de Código...*), p. 105.

<sup>414</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La delación en los regímenes de incapaces». En: *Studia Iuris Civiles. Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 194, se pregunta: ¿Puede la propia persona cuando es capaz designar tutor previendo el supuesto de su incapacidad?, a lo que responde: «Lo primero que viene a la mente de quien realiza superficialmente una lectura de las normas relativas a delación de la tutela de mayores es señalar que dicha posibilidad no está prevista por nuestra normativa. Sin embargo, si se piensa en la naturaleza y fundamento de la delación, inmediatamente asoma la idea de permitir la posibilidad de que el principal interesado pueda designar tutor previendo su propia incapacidad». Apunta RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 118, uno de los pioneros en impulsar la autotutela en el Derecho español, «el acto de exteriorizar la voluntad, reflejándola sobre sí, vertiéndola sobre uno mismo, debe considerarse, por lo que afecta al organismo tutelar, perfectamente válido». Cfr. DE LA CUESTA Y AGUILAR, Joaquín: *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*. Bosch. Barcelona, 1994, p. 59, apuntaba antes de que se regulara la figura en España: «Nos hallamos ante un vacío del Derecho positivo (...) y dado que hay identidad de razón, creemos que puede admitirse la autotutela, aplicando, por analogía, la delación testamentaria hecha por los padres».

normativo para que las personas de forma voluntaria establezcan disposiciones que regulen en el futuro, si lo requieren, las medidas de apoyo que empleen en ejercicio de su capacidad.

Desde el punto de vista del Derecho común, se aprecia como eventuales obstáculos los siguientes:

i. El Código Civil no establece expresamente la intervención de la voluntad de los sujetos «protegidos» en materia de tutela o curatela. Esta afirmación, si bien es cierta y coherente con el modelo de limitar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, lo es solo parcialmente, pues la doctrina considera que el que se encuentra bajo curatela puede intervenir en la designación de su curador<sup>415</sup>, así como también para el caso de la interdicción se permitía que los progenitores acordarán cuál de ellos ejercería la tutela cuando el pupilo no estaba casado o el cónyuge se encontraba impedido para ejercer el cargo (artículo 398), e incluso a falta de los anteriores, el padre o la madre podían nombrar «tutor por testamento o por escritura pública previendo el caso de interdicción del hijo» (artículo 399).

Bajo ese razonamiento, si se permite que los padres tomen previsiones para el caso de que los hijos requieran apoyo en el ejercicio de su capacidad, cómo podría prohibírsele al propio interesado.

---

<sup>415</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La delación en los regímenes...»), p. 191, la «selección definitiva de la persona del curador debería a nuestro entender contar con la aprobación del inhabilitado. Recordemos que el inhabilitado tiene el libre gobierno de su persona y su incapacidad de obrar es relativa por contar con un cierto grado de discernimiento. En virtud de ello, creemos que es esencial contar con la aprobación del propio incapaz a los fines de designarle curador. Ello es una simple consecuencia de la autodeterminación y libertad de la persona en el ámbito de los regímenes de incapaces relativos o parciales». Véase de la misma autora: «Diferencia entre emancipación e inhabilitación». En: *Revista de Derecho*. N.º 31. TSJ. Caracas, 2009, p. 23, «la naturaleza de la participación activa del inhabilitado en el régimen de curatela, permite sostener la necesidad de opinión o aprobación de este en la designación del respectivo curador».

ii. El mandato regulado en el Código Civil se refiere a un contrato que por su naturaleza tiene por objeto prestaciones de carácter económicas y no está pensado para el ámbito personal del sujeto, en el cual la autonomía de la voluntad está más restringida. Aquí lo discutido es la forma y tiene dos ribetes: primero, en el ámbito patrimonial y donde la persona con discapacidad prevea que su patrimonio se administre de determinada forma por el curador que le preste apoyo, algunos desprevenidos podrían alegar en contra que la ley establece que el mandato se extingue por «interdicción» del mandatario (artículo 1704.3 del Código Civil).

Empero, el anterior argumento se cae por su propio peso, pues la persona con discapacidad que prevea por mandato ciertas instrucciones ante una eventual necesidad de apoyo no será objeto de «interdicción», pues dicha declaración se encuentra proscrita por el artículo 12 de la Convención; en consecuencia, tal mandato no se puede extinguir de pleno derecho por la circunstancia de que se acuerden apoyos por vía judicial, salvo que sea revocado por el mandante o por el juez si observa que el mismo se ha ejecutado abusivamente o ante la necesidad de fijar otra medida de apoyo más completa según las circunstancias concretas que demande la persona con diversidad funcional.

Segundo: en lo referente a la naturaleza de las previsiones y si estas se pueden referir a aspectos de carácter personal, hoy en día no se observan obstáculos en muchos ordenamientos donde se han regulado estos aspectos, e incluso en el ordenamiento venezolano –que posee atrasos considerables en varias materias– se permiten algunas manifestaciones de voluntad sobre el ejercicio de derechos personalísimos, como, por ejemplo, negarse a ser donante de órganos, disposiciones sobre el destino del cadáver, dar consentimiento informado en materia de tratamientos médicos<sup>416</sup>, entre otros.

---

<sup>416</sup> *Vid.* Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores, donde se establece: «artículo 18.- Las personas adultas mayores tendrán los siguientes derechos en los servicios de la salud: 1. Recibir información en términos comprensibles referidos a su estado de salud, al tratamiento de su condición

Pues, en definitiva, la manifestación de voluntad que efectúe el titular de un derecho sobre apoyos, instrucciones, cuidados, cargas y condiciones cae dentro del libre ejercicio de la personalidad<sup>417</sup>. De allí que la Convención en su preámbulo reconoce «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

Por tanto, se opina que es perfectamente viable que cualquier persona tome recaudos ante una eventual necesidad de apoyo y que, por ejemplo, por declaración notariada deje expresada su voluntad, deseos o preferencias para tales eventualidades.

El profesor RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE lo admitía hace ya 70 años, con mayores razones se aceptaría hoy cuando el panorama del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad ha cambiado sustancialmente para hacerlo más garantista y humano:

Por todo esto, no vemos inconveniente alguno para que la designación del tutor pueda hacerse por actos *intervivos*, mediante lo que pudiéramos calificar mandato tutelar, que no sería contractual, sino unilateral, porque siendo la tutela institución obligatoria y de orden público, la designación se impondría sin necesidad de aceptación del llamado, salvo las causas de excusa señaladas por la ley; pues, independientemente de que dicho acto no podría ser otorgado más que por personas mayores de edad y de que surtiría efectos jurídicos en vida del que lo realizó, por lo demás guardaría grandes similitudes con la designación testamentaria del tutor<sup>418</sup>.

---

de salud y enfermedad, a fin de dar su consentimiento libre e informado ante las opciones diagnósticas y terapéuticas...».

<sup>417</sup> Así, BERNAD MAINAR: ob. cit. («La tutela y la curatela...»), p. 40, refiriéndose a la autocuratela sostiene que es «una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos en el artículo 10 de la Constitución española».

<sup>418</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 121. Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La delación en los regímenes...»), p. 199, «siendo consecuentes

Verificado que los obstáculos aludidos son simplemente aparentes, se pasa a analizar el funcionamiento de las medidas de apoyo de carácter voluntaria:

### 3.1.1. Mandatos preventivos

En previsión a la necesidad de contar con apoyos para el ejercicio de la capacidad, cualquier persona puede tomar recaudos entre los que resaltan los mandatos como figura contractual que podrían ser perfectamente aplicables con las adecuaciones del caso a este escenario.

En efecto, aunque el mandato es una institución muy tradicional que está pensada para la gestión o administración de negocios y bienes sobre los cuales el mandatario asume ciertas obligaciones de carácter patrimonial, no existe impedimento para reconocer la posibilidad de que el mandato tengan por objeto, además de aspectos económicos, otros de carácter personal<sup>419</sup>, en tanto no sean contrarios a la ley, el orden público y a las buenas costumbres que fijan el crisol de cómo se debe medir la autonomía de la voluntad (artículo 6 del Código Civil)<sup>420</sup>.

Por lo indicado, desde hace tiempo los autores han tratado de construir una doctrina que, superando la posición estrictamente patrimonialista, de cabida a los negocios familiares y a otro tipo de manifestaciones de voluntad que interactúen en el segmento extrapatrimonial del Derecho Civil. Más aún cuando se pondera que los códigos decimonónicos no se

---

con las ideas de autodeterminación de la persona, el fundamento de la delación y el exclusivo interés que impregna a favor del incapaz los regímenes de protección, pensamos que la posibilidad de delación voluntaria, en principio, debe ser válida porque debe dársele prioridad a la voluntad del principal interesado cuando este era plenamente capaz».

<sup>419</sup> Así, por ejemplo, MARÍN ECHEVERRÍA, Antonio Ramón: *Contratos*. Vol. III. ULA. Mérida, 1998, p. 154, apunta que «consideramos que el objeto del mandato puede constituir en la gestión de negocios que revistan el carácter de jurídicos o simplemente económicos».

<sup>420</sup> Sobre este último aspecto véase: VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil* l...), pp. 148 y ss.

incorporaron disposiciones expresas sobre los derechos de la personalidad que hoy nadie discute, y que justamente en muchos supuestos reclaman la manifestación de voluntad del titular o la representación voluntaria por medio de poder o mandato para su adecuado ejercicio. ZANNONI plantea de entrada:

Se trata de saber si una persona capaz puede válidamente ordenar disposiciones o hacer estipulaciones en previsión de su futura y eventual incapacidad, a fin de que esas disposiciones o estipulaciones se cumplan si sobreviene tal incapacidad (...) En síntesis (...) si es dable reconocer a una persona, hoy plenamente capaz, el derecho a prever para su incapacidad un régimen de protección a su medida, personalizado, que lo atienda en su integridad<sup>421</sup>.

TAIANA DE BRANDI y LLORENS concluyen con la necesidad de reconocer: «a. El derecho de la persona capaz a designar su curador (...) b. La vigencia del mandato –y aun poder– de autoprotección (...) c. El derecho de la persona capaz a impartir directivas de salud al curador o mandatario para el cuidado de su persona o el manejo de todo o parte de su patrimonio...»<sup>422</sup>.

Negar lo anterior por fuerza de la tradición es renunciar a la necesidad de adecuar las instituciones a los nuevos tiempos y de que el Derecho como sistema hermético responda a las necesidades de los ciudadanos.

Los derechos fundamentales que son progresivos abogan en el sentido de permitir que, por manifestación de la voluntad, se puedan establecer estipulaciones en relación con las eventuales medidas de apoyo que se requieran, pues la libertad, entendida como libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 20 de la Constitución), unido a que las personas

---

<sup>421</sup> Vid. Eduardo A. ZANNONI: «Prólogo», en: TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Astrea. Buenos Aires, 1996, pp. VII y VIII.

<sup>422</sup> TAIANA DE BRANDI y LLORENS: ob. cit. (*Disposiciones y estipulaciones...*), p. 7.

con discapacidad tiene derecho a la autonomía, independencia y libertad de tomar sus propias decisiones (Preámbulo de la Convención, literal n), reafirman esta interpretación.

Ratifica la anterior posición la Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores, su importancia es capital en esta materia a raíz de que se sabe que las personas mayores pueden comúnmente presentar diversidades funcionales que las hagan requerir de apoyos en el ejercicio de su capacidad<sup>423</sup>. En concreto, este instrumento legal resalta en diversas disposiciones la obligación de garantizarles a las personas adultas mayores su autonomía e independencia (artículos 1, 2.1, 3.1, 25.3 y 27.9, en concordancia con el artículo 80 de la Constitución). Así, por ejemplo, se señala en su artículo 4:

... 6. Autonomía: Es la capacidad que tienen todas las personas adultas mayores para tomar sus propias decisiones, garantizando su independencia, dignidad, reconocimiento de su capacidad jurídica de ejercicio, bienestar, buen vivir, calidad de vida y envejecimiento activo, así como su desarrollo personal y comunitario.

Artículo 12.- Todas las personas adultas mayores tienen derecho a su autonomía e independencia. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, garantizará este derecho mediante la dignificación, asistencia, y tratamiento especializado, debido a los cambios asociados al envejecimiento, en virtud de la falta o pérdida de la capacidad física,

---

<sup>423</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La protección jurídica...»), p. 57, «las enfermedades y afecciones que suelen acompañar a la vejez pueden dar lugar a alguna deficiencia, discapacidad o minusvalía. De allí que las personas de edad avanzada se coloquen entre aquellas categorías de seres humanos que requieren especial atención». Véase también AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Bases jurídicas...*), p. 83, advierte que es un «error de considerar que la vejez es una enfermedad en sí misma, es fácil atribuirle efectos que no son producto de la edad sino de enfermedades o trastornos precisamente porque en la ancianidad el individuo es más vulnerable frente al *stress* y a muchos agentes patógenos».

psíquica o intelectual que requieren atención y ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria. En consecuencia, deberán: 1. Respetar su autonomía en la toma de decisiones y actos jurídicos de forma libre y consciente...

Como se aprecia nítidamente, si a los adultos mayores se les garantiza tal ámbito de actuación y el respeto de sus actos jurídicos por medio de los cuales toman sus decisiones libre y conscientemente, no existen razones para negárselo a otros grupos vulnerables o incluso a toda persona sin ningún tipo de distingo.

Ahora bien, en cuanto a los asuntos sobre los cuales pueden converger los mandatos preventivos o estipulaciones en previsión de apoyo para el ejercicio de la capacidad, existe bastante amplitud, ello en razón de que las restricciones se limitan a prohibiciones expresas como las que dimanen de la Constitución, a saber: «los derechos de los demás y el orden público y social» (artículo 20).

Entonces, puede la propia persona prever el tipo de apoyo a utilizar, según determinados supuestos, el nivel o intensidad de intervención del asistente, la designación de la persona o personas, exclusión o sustitución, los controles y salvaguardas a que estaría sometido, particularidades sobre su cuidado, forma de vida que desea que se respete, lugar de habitación, dieta, tratamientos médicos, etcétera.

En cuanto a la forma en que se va a recoger esta manifestación de voluntad, se exigiría que la misma se expresara de manera indubitable y para ello sería prudente que se realizará ante un funcionario que pudiera darle fe pública al acto jurídico, como sería el notario (artículos 68 y 75 de la Ley de Registros y Notarías<sup>424</sup>). También, puede ser una declaración incidental dentro de un documento público dirigido a otra finalidad, pero donde quede clara la

---

<sup>424</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6668 extraordinario, de 16-12-21.

manifestación de voluntad del otorgante. En todo caso, sería prudente que tales manifestaciones se remitieran al Registro del Estado Civil, a los fines de su inserción en el expediente civil del otorgante y poder constatar su existencia a la hora de analizar la necesidad de apoyos judiciales.

### 3.1.2. Autocuratela

Particular especificación corresponde hacer cuando la previsión se refiere a reglamentar la eventual curatela como apoyo al ejercicio de la capacidad, ya que ella será la principal medida judicial que se aplicará en el interregno hasta que se avance en una adecuación del Derecho interno a la Convención por vía legislativa.

Como ya se indicó, la previsión ante una eventual necesidad de apoyo es coherente tanto bajo el esquema de la Convención como incluso según las normas decimonónicas que lo permitían para los padres que avizoraban la eventual necesidad de protección del hijo.

Ahora bien, siendo que por su naturaleza la figura que más se ajusta a los apoyos judiciales es la curatela –por las razones que se ampliaron *infra*– es perfectamente viable que cualquier persona libremente pronostique que si en un futuro requiere de apoyos judiciales a través de la constitución de una curatela, la misma se desenvuelva en la práctica conforme a las reglas que fijó conscientemente en el momento en que exteriorizó su voluntad.

La relevancia de instituir expresamente esta figura, con amplio apoyo doctrinal, como se observó *supra*, se ubica en que con ella se refuerza la posibilidad de que se respete la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad, pues los ha exteriorizado antes de que requirieran el apoyo, por lo que no puede objetarse que el mismo no corresponda a su autoría, querer y entender, salvo casos excepcionales de fraude a la voluntad.

Ahora bien, estas estipulaciones están dirigidas tanto al curador que le corresponda prestar la asistencia como al juez que en su actuación debe

cuidar principalmente de que no se desconozca su contenido. Empero, como no existen derechos absolutos y esta no es la excepción, las regulaciones que fije la persona en el marco de la autotutela no podrán en ningún caso ni afectar derechos legítimos de terceros ni contradecir el orden público o las buenas costumbres, tampoco podrán contradecir la dignidad humana como valor superior del ordenamiento ni los derechos fundamentales.

Lo anterior ha generado que, por ejemplo, en España se permita excepcionalmente al juez alejarse de aquellas estipulaciones que efectúe la propia persona en la autotutela cuando existieran circunstancias graves desconocidas o alteraciones de las causas presupuestas que seguramente hubiera tenido en cuenta la persona al tomar sus disposiciones. En un caso hipotético, imagínese que la persona ha designado a un eventual curador; sin embargo, posteriormente se comprueba que el designado cometió abusos de confianza que de conocerlos la persona requirente del apoyo los hubiera tenido presente para excluirlo de la responsabilidad de la tutela.

En lo referente al contenido de las estipulaciones que se pueden establecer por medio de la autotutela, tampoco hay demarcaciones definidas; por lo tanto, la persona otorgante del documento público que las contenga tendrá libertad para reglar todos aquellos aspectos que el juez pudiera decidir en el procedimiento respectivo de tutela. *Exempli gratia*, motivos particulares para que se active la medida de apoyo, designación del curador o curadores, exclusión de determinados sujetos, sustitución, así como el orden, nombramiento de curadores *ad hoc* para puntuales asuntos, división de las responsabilidades o distribución de las mismas, formas de gestión del patrimonio, así como de representación voluntaria, retribuciones, cuidado personal, incluyendo especialidades sobre estilo de vida, habitación, salud, atención, indicación de las salvaguardas y controles que juzguen convenientes, entre otros.

### 3.2. Curatela

Esta figura de corte tradicional<sup>425</sup>, con una regulación muy básica en el Código Civil y de escasa incidencia forense<sup>426</sup>, aunque no está pensada originalmente bajo un enfoque social como el que se promociona en la Convención, resulta ser la más compatible con este último, pues la verdad es que las medidas de apoyo que se ofrecen como idóneas para las personas con discapacidad que requieran de las mismas son aquellas que impliquen «asistencia», y curador por definición es un «cuidador» que en el ordenamiento venezolano «asiste»<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> Recuerde que, como se indicó *supra* (capítulo 1), este instituto se encontraba regulado en el primer Código Civil venezolano de 1862 y se aplicaba a los adultos «en estado habitual de demencia» –artículo 1, ley VII, título XII del libro I–, además al pródigo, sordomudo y ausente. Véase: ob. cit. (*La codificación de Páez*), t. I, pp. 71 y ss.

<sup>426</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces». En: *Revista de Derecho*. N.º 11. TSJ. Caracas, 2004, p. 279, quien después de destacar la «sencillez» del régimen de curatela, sostiene «tal vez esa sea la razón por la que en el plano de la incidencia práctica se aprecia más procedimientos de interdicción que de inhabilitación». Lo cual, además, no es exclusivo del sistema patrio, sino que se replica en varios ordenamientos, como podría mencionarse el Derecho español, véase: CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 67, «la curatela por toda una serie de razones, entre las que destaca su percepción como un mecanismo demasiado blando, su escasa regulación legal, y su consideración –errónea– como una institución exclusivamente patrimonial es escasamente utilizada».

<sup>427</sup> Vid. CAPITANT, Henri *et alter*: *Vocabulario jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 179, «curador: latín jurídico *curator*, derivado de *curare*, cuidar»; COUTURE, Eduardo J.: *Vocabulario jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1976, p. 193, curador: «Dícese de quien tiene a su cargo cuidar la persona y administrar los bienes de algún mayor de edad que no puede hacerlo por sí mismo»; COUTURE: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), t. III, p. 213, «En la asistencia, no hay sustitución de personas, sino acompañamiento (...) se necesitan, pues, dos voluntades concordes para producir efectos jurídicos válidos»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil*. Panapo. Caracas, 2009, p. 51, «el curador es la persona que subsana la incapacidad de obrar de los incapaces relativos en el ámbito negocial, patrimonial y procesal, mediante la asistencia en el respectivo acto. La asistencia supone una actuación simultánea con el incapaz en la realización del acto».

No ocurre lo mismo en la tutela, la cual resulta diametralmente incompatible como medida de apoyo, por cuanto su diseño en el Código Civil está concebida para sustituir a la persona con discapacidad –psicológica– a la cual se le designaba un tutor con funciones de representación<sup>428</sup>. De allí que, como se ha advertido en otras oportunidades, actualmente la tutela debe ser tratada únicamente como una medida de protección de menores de edad que conjuntamente con la colocación familiar fungen como modalidades de familia sustituta<sup>429</sup>.

En cuanto a la curatela actualmente regulada en el Derecho común, la doctrina nacional ha señalado que por medio de dicha figura se persigue asistir al titular de los derechos en su ejercicio, de allí que se sostenga que implica acompañar.

---

<sup>428</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Reflexiones sobre la representación...»), p. 275, «la incapacidad absoluta impide que el sujeto tenga participación alguna en la realización del acto de que se trate y de allí que su representante legal pueda realizar actos jurídicos en su nombre sin precisar de su opinión o autorización. Tal representación legal (...) parte de que el sujeto incapaz no tiene en principio el discernimiento o la capacidad legal necesaria para confiarle una actuación jurídica a través de su propia voluntad». *Cfr.* CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 67, refiriéndose al Derecho español antes de la Ley 8/2021, «la incapacitación total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, limitándose en estos casos la sentencia a señalar, con carácter general, que el incapaz queda privado de capacidad de obrar tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, actuando el tutor como representante que sustituye a la persona incapaz en la toma de sus decisiones en estos dos ámbitos», con la circunstancia agravante de que «las sentencias de incapacitación, incumpliendo claramente el mandato legal, no suelen contener una determinación detallada de las áreas o los actos sobre los que se proyecta la limitación de la capacidad y responden a fórmulas genéricas y a pronunciamientos estereotipados». Como se aprecia con nitidez de los caracteres de la «incapacitación» y la consecuente constitución de una tutela –por sus efectos, representación o sustitución–, resulta diametralmente contraria al paradigma que se promueve desde la Convención; de allí que sea difícil, por no decir imposible, su convivencia en un modelo coherente que promueve la no limitación de la capacidad de obrar y el respeto de la autonomía –voluntad, deseos o preferencias–.

<sup>429</sup> Véase los comentarios efectuados al «Proyecto de Ley de Tutela Civil» del 2022 en: VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La tutela*), pp. 69 y 70.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN apunta: «La asistencia, por su parte, supone una actuación conjunta y simultánea con la del incapaz, de tal suerte que quien complementa la capacidad de este no se sustituye en el acto, sino que lo acompaña en la realización del mismo»<sup>430</sup>. Teniendo, por tanto, el titular del derecho que se «protege», por medio de la curatela, un mayor grado de participación e intervención en la gestión de sus negocios y derechos, pues conserva la iniciativa, y su voluntad es esencial para toda actuación jurídica.

Por las razones aludidas se considera que la curatela tradicional se acerca más al objetivo que se aspira a satisfacer con las medidas de apoyo, aunque también debe advertirse que se reclamaría un reenfoque en cuando a su dimensión y propósito, pues ya no puede responder a una limitación de la capacidad de obrar –aunque parcial–, ni tampoco ajustarse a una visión médica-asistencial del asunto, sino que la curatela –o asistencia– que se demanda es aquella en la cual se persigue ofrecer posibilidades de apoyo a la persona con discapacidad para que esta siga manteniendo su autonomía, ejerza sus derechos y cumpla con sus deberes según los dictados de su voluntad, deseos o preferencias. Todo ello ocurre porque el sujeto, en razón de la diversidad funcional, se enfrenta a barreras sociales adicionales que, por medio del apoyo, se pueden sortear y superar, finalidad última de la Convención. Como comentan DÍAZ CARCASÉ y RAMÍREZ RODRÍGUEZ:

El cambio de paradigma que confirma la Convención puede ser así aprovechado para modificar ciertas prácticas normativas, algunas de ellas de gran tradición jurídica y ciertamente consolidadas en algunos sectores del ordenamiento. Y ello difícilmente podrá hacerse de manera inmediata, por lo que debemos ser conscientes de que se nos presenta un largo camino por recorrer, de ahí que deba configurarse la curatela, entendida desde los presupuestos del modelo de apoyo y asistencia (...) como el mecanismo al que el juez debe acudir como regla general a la hora de

---

<sup>430</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Reflexiones sobre la representación...»), p. 274.

articular medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar<sup>431</sup>.

En efecto, como se ha apuntado a lo largo de la investigación, el gran reto se cierne en lo actitudinal, en la posibilidad de lograr un cambio de percepción en los operadores jurídicos, la sociedad e instituciones sobre lo que las personas con discapacidad pueden hacer directamente en ejercicio de sus derechos y no tanto en las limitantes que con apoyos, diseño universal y ajustes razonables se pueden atenuar o disminuir.

### 3.2.1. La flexibilidad de la curatela

De entrada se puede afirmar que la curatela puede, con algunas condiciones, ser perfectamente conforme con las exigencias de la Convención, ello en el sentido de que, como se indicó por definición y desde una perspectiva práctica, al curador le corresponde la «asistencia» de la persona titular de los derechos (artículo 409 del Código Civil)<sup>432</sup>.

Pero para que funcione como medida de apoyo y sea coherente con el modelo social que se promueve, es indispensable que el instituto sea bastante maleable, así como también lo son las diversidades funcionales que presentan las personas con discapacidad. Ciertamente, no es el sujeto el que debe adecuarse a la receta que ha dictado el legislador, sino la medida —en este caso la curatela— la que debe ajustarse a las necesidades de apoyo que demanda el sujeto<sup>433</sup>.

<sup>431</sup> DÍAZ CARCASÉ y RAMÍREZ RODRÍGUEZ: ob. cit. («Medidas asegurativas...»), p. 64.

<sup>432</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La delación en los regímenes...»), p. 190, el curador «simplemente asiste al inhabilitado en la realización de ciertos actos». Cfr. MIGUEL GONZÁLEZ, José María: «Apéndice: Derecho comparado». En: *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. UAM. Madrid, 1975, 260, «La función del curador es la de aconsejar y controlar al incapaz (...) Efectivamente, se realizará por medio de la asistencia del curador a los actos que el incapaz realice. Esta asistencia se concretará en la concurrencia a dichos actos, a su redacción y a su firma».

<sup>433</sup> ELIZARI URTASUN: ob. cit. («Adopción de decisiones...»), p. 352, refiriéndose al Derecho español antes de la Ley 8/2021, comentaba: «Algunos autores, en efecto,

Ahora bien, con la anterior afirmación tampoco se está adulterando el instituto, pues la verdad es que, aunque la curatela siempre ha tenido una escasa regulación en el Código Civil, de sus exiguas disposiciones se deduce que, ciertamente, la misma se modula para acomodarse a las necesidades del sujeto titular de los derechos<sup>434</sup>.

Así, por ejemplo, el propio artículo 409 del Código refiere algunas actuaciones para las cuales el titular debía hacerse acompañar en la manifestación de voluntad por el curador, normalmente asuntos que por su naturaleza son calificados de disposición –celebrar transacciones, intervenir en préstamos, liberaciones, enajenar o gravar, etcétera–, por lo que el denominado «inhabilitado» conservaba la plena libertad sobre aquellos actos que se denominan de «simple administración».

Empero, la referida disposición también reconoce que por razones de «necesidad» podría alterarse dicha regla general a los efectos prácticos que toda actuación del titular –administración y disposición– se realice en conjunto con el asistente. Se ve entonces, como el propio legislador da

---

consideran la curatela una institución lo suficientemente flexible como para permitir un amplio nivel de autonomía, al tiempo que evita perjuicios significativos para la persona con discapacidad.

<sup>434</sup> Siendo oportuno hacer memoria que en el modelo de «curatela del demente» del Código Civil de 1862 se estipulaba: «artículo 10.- En la sentencia puede el juez, según los casos y circunstancias, declarar la interdicción absoluta del incapaz o prohibirle únicamente ciertos actos, como litigar, tomar prestado, recibir capitales impuestos a interés, transigir, enajenar, u otros que se han de mencionar expresamente en la misma»; «artículo 11.- En la sentencia se ha de expresar también si, para el otorgamiento de los actos exceptuados, es necesaria la autorización del consejo de familia, o la del juez, o el consentimiento de un consultor; y en este último caso la sentencia debe contener su nombramiento» –ley VII, título XII del libro I; véase: ob. cit. (*La codificación de Páez*), t. I, p. 72–; el Código de 1867, establecía: «artículo 238.- Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes por sí mismo»; «artículo 243.- El tribunal podrá según los casos y circunstancias, declarar la interdicción absoluta del incapaz, o prohibirle únicamente ejecutar ciertos actos» –*cf.* ob. cit. (*Leyes y decretos de Venezuela*), t. IV, p. 617–.

pie para que el juez, según la necesidad concreta, pueda decretar que la medida pueda «extenderse» a otros ámbitos patrimoniales y, por supuesto, también a asuntos extrapatrimoniales<sup>435</sup>.

En el caso de la curatela, en su reinterpretación conforme con el artículo 12 de la Convención, debe asegurarse que solo operarán cuando la persona con discapacidad la necesite en ejercicio de su capacidad y en tal caso deben ser «proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona».

Bajo tales cánones es evidente que la dinámica de la curatela para que sirva de medida de apoyo debe variar; ello en el sentido de que no pueden emplearse fórmulas genéricas a los fines de delimitar el ámbito de asistencia del curador, sino, todo lo contrario, debe elaborarse un «traje a la medida» –frase acuñada en el Derecho español–. ¿Qué quiere ello decir? Pues, que el juez a través de su fallo y ponderando la diversidad funcional, el grado de participación, las medidas voluntarias que el propio titular hubiera tomado o previstos, su voluntad, deseos o preferencias, el estilo de vida, las necesidades tanto personales –cuidados– como patrimoniales, fijará los

---

<sup>435</sup> Recuerda CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 69, «que aunque la limitación de la capacidad jurídica y la sustitución en la toma de decisiones afecta no solo a la esfera económica, sino también a esferas políticas, civiles, ciudadanas y personales, el sistema español de incapacitación se centra en exceso –como consecuencia del tratamiento de la capacidad jurídica desde los principios propios del Derecho Civil– en la protección de los aspectos patrimoniales, a los que se refieren la práctica totalidad de los preceptos del Código Civil que regulan el funcionamiento de las instituciones de guarda y protección que casi no contienen previsiones relativas a intereses de índole personal del incapacitado y descuidan las demás esferas, lo que puede generar una desprotección de las personas en estos ámbitos. Ciertamente, la restricción de la capacidad jurídica en el ámbito civil irradia en todo el régimen de ejercicio de los derechos en la medida en que afecta no solo a la capacidad general para prestar consentimiento en este y otros ámbitos, sino también a la capacidad procesal, a la capacidad para celebrar contratos de trabajo, a la capacidad para asociarse, a la capacidad para votar etc. que, en el sistema jurídico español –como en otros muchos– se hacen depender de ella».

asuntos en los cuales el curador acompañará a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos<sup>436</sup>.

En efecto, según las circunstancias particulares de la persona con discapacidad, puede que el juez determine que el curador solo intervendrá como asistente en puntuales asuntos patrimoniales o que, al ser aquellos escasos el apoyo, se requiere más en temas asociados al cuidado médico o asistencia para administrar el hogar, como lo sería contratación de servicios básicos, reclamaciones, acompañamiento ante entidades públicas y privadas, etcétera<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> *Cfr.* DÍAZ CARCASÉ y RAMÍREZ RODRÍGUEZ: ob. cit. («Medidas asegurativas...»), p. 64, «Esto implica concebir la curatela como un mecanismo graduable y abierto en función de las necesidades de la persona con discapacidad y de las circunstancias concretas en la que requiera apoyo en la toma de decisiones».

<sup>437</sup> Una visión de apoyos con miras asistencial o de «seguridad social», puede observarse tímidamente en la Ley para las Personas con Discapacidad: «... El Estado facilitará formas apropiadas de asistencia y apoyo, tales como: guías, cuidadores, cuidadoras, traductores o traductoras, intérpretes de lengua de señas, como parte de la atención integral a las personas con discapacidad...» (artículo 14); la Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores, aunque no se refiere a aquellos dirigidos al ejercicio de la capacidad: «... 12. Garantizar su acceso progresivo a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, así como evitar su aislamiento o separación de esta» (artículo 12); también se alude a «atención domiciliaria» (artículo 19), los cuales descansarán en los denominados «cuidadores» (artículos 27.3 y 29). Véase la Ley de Sistemas de Cuidados para la Vida, donde se desarrolla «programáticamente» el rol de las «personas cuidadoras». Por su parte, la Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad también alude expresamente a «apoyo integral» para ciertas personas con «discapacidad intelectual de bajo nivel de funcionamiento» en el ámbito laboral; sin embargo, en nuestra opinión, su terminología no resulta ser la más apropiada para el desarrollo del modelo que promueve la Convención, pues su rol es el de «supervisión, inspección y vigilancia» a la entidad de trabajo y «orientar» a las partes (artículo 13, en concordancia con la Ley para las Personas con Discapacidad artículo 29) y no el de ofrecer acompañamiento y asistencia para garantizar la selección, contratación, empleo, continuidad, mantenimiento o retorno en condiciones seguras, saludables,

También, podría ocurrir que solo se requiera para unos asuntos tan limitados y puntuales que el asistente actuara como el denominado curador *ad hoc*, es decir, para un asunto en particular y cada vez que se repita tal supuesto en el futuro<sup>438</sup>.

Tampoco es indispensable que las funciones de asistencia recaigan en un solo sujeto, pues la pericia del curador puede influir en que sea adecuado para determinado aspecto y no para otros; de allí que se admita la posibilidad de pluralidad de curadores si las circunstancias de la persona con discapacidad lo demanda<sup>439</sup>.

En todo caso, el juez deberá hacer una evaluación de las circunstancias concretas, escuchar a la persona con discapacidad (artículo 3 de la Convención) a los fines de captar directamente su voluntad, deseos o preferencias, auxiliándose de dictámenes integrales periciales<sup>440</sup>, a los fines de

---

justas, favorables y con los ajustes razonables (artículo 27 de la Convención). Véase también, la reforma de la Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micromisiones, que alude a servicios de «7. Ayudas técnicas para personas con discapacidad» (artículo 11) –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6666 extraordinario, de 11-11-21–.

<sup>438</sup> El Código Civil de 1862 establecía: «Curador especial es el que se nombra para un negocio particular» (artículo 7, ley I, título XII del libro I). Véase: ob. cit. (*La codificación de Páez*), t. I, p. 52.

<sup>439</sup> Lo anterior tampoco es que sea una novedad, así, por ejemplo, el Código de 1862 lo permitía expresamente (artículo 8, ley I, título XII del libro I); «Si se nombran dos o más curadores al demente, puede confiarse el cuidado inmediato de la persona a uno de ellos, dejando a los otros la administración de los bienes» (artículo 9, ley VII, título XII del libro I) y el Código de 1867 reglaba: «Cuando el juez lo crea conveniente, nombrará curador adjunto el cual tendrá las mismas facultades que el protutor» (artículo 251) –*cf.* ob. cit. (*Leyes y decretos de Venezuela*), t. IV, p. 617–. También contempla la pluralidad la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para el supuesto del representante de la colocación familiar (artículo 399) y el Proyecto de Ley de Tutela Civil (2022) lo regula expresamente para la tutela de menores de edad (artículo 15). Véase nuestro comentario a esta última en: ob. cit. (*La tutela*), pp. 107 y 110.

<sup>440</sup> Para estos fines, lo ideal sería que el tribunal que conozca de estos asuntos contara con un equipo multidisciplinario integrado por «profesionales de la medicina

precisar el nivel de apoyo que debe ofrecerse a la persona con discapacidad y, de acuerdo con el cúmulo probatorio, decidir de forma motivada el régimen de asistencia o «traje» que se pondrá a disposición de la persona, así como las salvaguardas que de forma proporcional se acuerden<sup>441</sup>.

### 3.2.2. Curatela con funciones representativas

Hasta ahora, se ha sido suficientemente claro en resaltar que la Convención promociona medidas de asistencia para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas con discapacidad que las requieran. Dentro de dicho esquema, además de las medidas voluntarias que por su naturaleza son autodeterminadas por el propio sujeto, pues, como se ha precisado, no se encuentra limitado en su capacidad de obrar, se suman los casos específicos donde se da la necesidad de acordar medidas de apoyo judiciales, en las cuales resalta la curatela por su carácter eminentemente de cuidado o asistencia.

Pero, como se indicó en el epígrafe anterior, el instituto para acoplarse demanda mucha ductilidad, ya que no responde a una concepción «médico-paternalista» del asunto, según la cual, si el sujeto padecía una diversidad funcional psicológica y no podía cuidarse a sí mismo, se le imponía como única respuesta una tutela o una curatela. Esa visión del asunto se encuentra superada por la Convención y el modelo social que la sustenta,

---

psiquiátrica, de la psicología, del trabajo social, del derecho y, en las zonas en que sea necesario, de expertos interculturales bilingües en idiomas indígenas» (artículo 179 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). El Proyecto de Ley de Tutela Civil alude, a los fines de los criterios para la designación de los tutores de los menores de edad: «... Se ordenará la práctica de un informe técnico integral de las personas solicitantes y de quienes vayan a ser sujetos a tutela, dirigidos a conocer las circunstancias bio-psico-social y legal relevantes para adoptar la decisión...» (artículo 17).

<sup>441</sup> DÍAZ CARCASÉ y RAMÍREZ RODRÍGUEZ: ob. cit. («Medidas asegurativas...»), p. 66, comenta: «Lo cierto es que la institución en estudio tiene como fin inmediato defender los intereses de carácter patrimonial del curatelado; pero ello no quita que en determinados supuestos el mismo demande atenciones en la esfera personal y que el curador esté privado de asistirle, teniendo en estos casos un contenido personal».

en el sentido de que no es la diversidad en sí la que determina la reacción jurídica, sino las barreras del entorno que imposibilitan que las personas con discapacidad obren en el mundo jurídico y para las cuales se ofrecen apoyos mediante los cuales se asiste, se acompaña, se instruye o se aconseja para así lograr que se ejerzan directamente los derechos o se cumpla con los deberes por el titular.

La Convención expresamente reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras» sociales y que además las discapacidades responden a una abundante «diversidad» (Preámbulo literales e y i).

Ante tan ingente variedad de escenarios puede ocurrir que la persona con discapacidad requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad, por presentar una diversidad funcional –física, sensorial o psicológica– que le complica actuar, exteriorizar o comprender determinados aspectos técnicos o formales y los obtenga de familiares, organizaciones sociales, comunitarias o públicas que los ofrezca, todo en una red de apoyo que debe impulsarse. En este caso, si es la propia persona con discapacidad la que los ubica y emplea, no habría ninguna complejidad, ya que no hay necesidad de judicializar tales apoyos. Ocurriría igual que cualquier persona que busca asesoría con determinado experto para la realización de una actuación para la cual no se siente cómodo para actuar sin soporte profesional.

El asunto adquiere otro cariz cuando se acude a los juzgados en requerimiento de apoyo, pues cuando esto ocurre es en razón a que median ciertos intereses, ya sea del propio titular de los derechos, que desea que el tribunal homologue el apoyo solicitado o complemente determinados aspectos, o que la solicitud provenga de terceros que consideran que la persona con discapacidad requiere de apoyos en complemento de su capacidad de ejercicio.

Dentro de la anterior escena se suma la discusión sobre si excepcionalmente se pueden acordar, por vía judicial, apoyos «sustitutivos», pues si

son producto de la exteriorización consiente de una voluntad de la persona con discapacidad no existen obstáculos para la representación voluntaria.

Ya se vio que en España, por ejemplo, la doctrina está dividida entre su prohibición total, tomando como argumentos el paradigma de la Convención y la Observación general N.º 1 sobre el artículo 12, y otros que la consideran procedente para supuestos excepcionales cuando se requiera «apoyos más intensos» (Preámbulo literal j, de la Convención), tesis que terminó acogiendo la Ley 8/2021, como se relató *supra* (capítulo III)<sup>442</sup>.

En todo caso, independiente de la posición que se siga, lo que sí es cierto es que tales facultades de representación no podrían tener como fin una tutela, ya se ha advertido que en su constitución la institución tutelar responde a una supresión de la capacidad de obrar y ello no puede tolerarse bajo el nuevo paradigma<sup>443</sup>; distinto es el caso del curador que principalmente debe asistir y se le pueda asignar facultades representativas limitadas para casos puntuales que determinará el juez razonadamente en el fallo que las acuerde<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> *Cfr.* ELIZARI URTASUN: ob. cit. («Adopción de decisiones...»), p. 354, sostiene: «Las exigencias del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se satisfacen mediante el establecimiento de las garantías necesarias para que las medidas sustitutivas de la capacidad de obrar se adopten solo en los supuestos estrictamente necesarios, y mediante la previsión de salvaguardas que aseguren que se adoptan en el beneficio de la persona con discapacidad».

<sup>443</sup> *Cfr.* CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 73, «el reemplazo del sistema de sustitución por el sistema de apoyo en la toma de decisiones resulta crucial para la plena materialización del cambio de paradigma que la Convención impone en el tratamiento de la discapacidad, esto es, el paso de la consideración de las personas con discapacidad como objetos de cuidado, de tratamiento médico y de atención a su contemplación como auténticos sujetos de derechos capaces de ejercerlos por sí mismos, con la asistencia adecuada».

<sup>444</sup> Como, por ejemplo, recuerda MIGUEL GONZÁLEZ: ob. cit. («Apéndice: Derecho...»), pp. 248 y 249, al comentar la reforma del Código Civil francés de 1968: «En medio se sitúa la curatela, en la que el protegido puede realizar los actos de administración, pero no los de disposición. Pero, a su vez, dentro de él cabe que sean aumentados o restringidos los poderes del incapaz. Cabe, asimismo, que la curatela, que es un régimen de asistencia, se transforme en sistema de representación».

Lo dicho no implica que el curador actúe como si fuera un «tutor», jamás debe el curador ignorar, omitir, limitar o impedir que la persona con discapacidad exprese su voluntad, deseos o preferencias, por más equivocada que le resulte, sino que sigue comportándose como un cuidador potenciador del ejercicio directo de los derechos, pero con puntuales facultades de representación, lo que lo obliga a tomar en cuenta la voluntad, deseos o preferencias que la persona con discapacidad exteriorice y, ante la imposibilidad de su manifestación actual, deberá ponderar la voluntad, deseos o preferencias «presuntos», los cuales reconstruía según el estilo de vida, cosmovisión, creencias y valores que han formado parte de la biografía de la persona con discapacidad<sup>445</sup>.

Entonces, la clave se ubica en la proporcionalidad que debe existir entre el nivel de apoyo que requiere la persona con discapacidad en ejercicio de sus derechos y el nivel de intervención del curador, entre más apoyo requiera el sujeto titular mayor será la participación de asistente, llegando incluso a tener que construir una voluntad «presunta» en los casos donde la diversidad funcional no permite a la persona expresarla por sí misma, caso en el cual se dotará al curador de facultades de representación tasada, puntuales y justificadas<sup>446</sup>, además del establecimiento de las debidas salvaguardas que eviten cualquier tipo de abuso.

---

<sup>445</sup> MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 301: «cuando esta voluntad no pueda ser concretada de otro modo, el que presta el apoyo deberá reconstruirla, tomando para ello en cuenta la trayectoria vital, las creencias y valores de la persona con discapacidad, así como los factores que hipotéticamente esta habría ponderado para adoptar la decisión de que se trate. No debe acudir al interés superior de las personas con discapacidad, como se ha señalado anteriormente, sino que debe acudir a la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de dicha persona».

<sup>446</sup> *Cfr.* CUENCA GÓMEZ: ob. cit. («El sistema de apoyo...»), p. 74, se exigiría que «la determinación de las medidas que incidan en este ámbito se tome en consideración la situación global de la persona –los factores individuales y contextuales– y no únicamente el diagnóstico clínico (...) los mecanismos de sustitución que, en todo caso, deberán establecerse con carácter puntual y revisable y no de manera abstracta, general y permanente y nunca por razón de discapacidad».

En todo caso, debe recordarse que los casos en los cuales se llegara a conceder funciones representativas en el curador son reducidos, en relación con los supuestos de curatelas ordinarias o *ad hoc* que se lleguen a constituir. Esto de por sí representaría un gran cambio, en el entendido de que en la práctica forense normalmente se recurre a los tribunales justamente cuando se quiere constituir una tutela y, como consecuencia, ejercer una representación legal.

Finalmente, se puede sostener este modelo en el hecho de que el Código Civil permite la representación y la asistencia según una ponderación cuantitativa de la capacidad –según la doctrina, incapacidad absoluta o relativa– que efectuaba el juez. Según ella, si se solicitaba la interdicción de una persona, el juez podía acordarla si existía motivos suficientes o declararla improcedente, pero también podía considerar que los supuestos fácticos encuadraban en una inhabilitación y acordarla (artículo 740 del Código de Procedimiento Civil).

Lo que aquí se plantea no es otra cosa que la modulación de la medida de apoyo según la realidad y el criterio de la proporcionalidad a que alude directamente el artículo 12 de la Convención<sup>447</sup>. Además de otros elementos como no limitar la capacidad de obrar, necesaria ponderación de la voluntad, deseos o preferencias, así como precisión de salvaguardas oportunas e igualmente proporcionales.

El resultado es una verdadera integración entre los institutos vernáculos tradicionales del Código Civil –curatela y asistencia– en lo que es adaptable

---

<sup>447</sup> Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: ob. cit. («La incapacidad de los locos...»), p. 261: «No debemos, por otra parte, olvidar a estos efectos que el Derecho es una forma de vida social directa e inmediatamente dirigido no solo a regular las relaciones humanas, sino también a facilitar estas en la medida de lo posible, acomodando su estructura a la realidad y a las exigencias de la sociedad. Evitar, por tanto, la acomodación del Derecho positivo a esa realidad psíquica implicaría no solo un desconocimiento criticable de los principios de la justicia conmutativa y de la política jurídica, sino también de la equidad y de la interpretación funcional de las normas».

y los principios y disposiciones de la Convención que sean de aplicación preferente por contener normas sobre derechos humanos más favorables a las comprendidas en la Constitución.

#### 4. LAS SALVAGUARDAS

En el sistema de doble bisagras que se contempla en la Convención es tan importante ofrecer apoyos adecuados y proporcionales para el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad como el dotar el anterior mecanismo de las debidas garantías y controles que eviten que los apoyos se desvirtúen en la práctica y terminen sustituyendo la voluntad, deseos o preferencias de los titulares por los del asistente.

Uno de los grandes problemas que existieron con las medidas decimonónicas de protección que trae el Código Civil, como lo es la tutela, se ubica en que, aunque dotada de ciertas garantías en su constitución, una vez decretada la «incapacitación», la persona perdía el control de su vida, al menos desde un punto de vista jurídico, y el tutor y los operadores judiciales –juez, fiscal o defensor– actuaban a sus anchas o, al menos, sin tomar en cuenta al titular de los derechos gestionados. Tal escenario excluyente era de suyo intolerable y diametralmente contrario a la dignidad humana. La Convención transforma esa visión atávica de las diversidades funcionales como taras incapacitantes y reconoce que las personas con discapacidad poseen siempre capacidad de ejercicio, aunque en algunos casos deberá contar con apoyo para cristalizar el obrar.

Por lo anterior, urge incorporar verdaderas salvaguardas que eviten abusos del asistente que ofrece el apoyo. Ahora bien, se podría presentar una arbitrariedad del curador, cuando el mismo no persiga potenciar la capacidad de ejercicio en la persona con discapacidad, actúe a espaldas de la voluntad, deseos o preferencias, persiga simplemente sustituir originando ciertamente conflictos de intereses o influencias indebidas.

El modelo del Código Civil parte de que limitando la actuación del que declara «incapacitado» se le protege, nada más alejado de los hechos; al contrario, cuanto más se le dota al sujeto de autonomía, existe mayor posibilidad de actuar y, en consecuencia, se acrecienta el resguardo de los derechos humanos en primer orden y los de otra categoría en la práctica.

Bajo el esquema del Código, las garantías estaban en la amplitud para promover la solicitud de interdicción (artículo 395), en escuchar a la persona y sus parientes (artículo 396) y en proteger los bienes inmediatamente a través del tutor interino. Además, el Código de Procedimiento Civil establecía la evaluación por dos facultativos (artículo 733), permitiendo que el «indiciado de demencia» promueva pruebas (artículo 734) y la consulta al superior (artículo 736). Por tanto, después de que se dictaba la sentencia, la persona incapacitada quedaba a su suerte, salvo aquellas garantías que se aplicaban por analogía de la tutela de menores de edad (artículo 397 del Código Civil), a saber: causales de remoción (artículo 340), inventario de bienes (artículo 353), caución por la administración (artículo 360), autorización judicial (artículo 365) y rendición de cuentas (artículo 376).

En tal orden de ideas, las anteriores medidas resultaban ineficaces o insuficientes en muchos casos, justamente por no contar con la participación protagónica de la persona titular. De allí que se modifique su enfoque a los fines de que el principal vigilante de la actividad del asistente sea la persona con discapacidad en el ejercicio de su autonomía. En todo caso, ya no se persigue únicamente proteger un patrimonio o que la sociedad no se vea molestada por la persona con diversidad funcional, sino lo que se ambiciona es que el curador potencie al titular del derecho en su ejercicio y cuide de tomar en cuenta su voluntad, deseos o preferencias, expresada o presunta según su historia de vida.

Según lo dicho, la Convención establece la obligación de fijar salvaguardas específicas y adaptadas a cada caso. En otras palabras, adecuadas al nivel

de apoyo que se ofrece para coadyuvar al ejercicio de la capacidad por la persona con discapacidad, fijando como principios que sean efectivas para su fin, que es impedir abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas y, sobre todo, proporcionales según la amplitud de los apoyos ofrecidos.

Dentro de dicho esquema, la Convención alude expresamente a unas salvaguardas de carácter temporal, pues buscan reaccionar ante la situación anterior según la cual, una vez que la persona era incapacitada, ese estado se mantenía permanentemente, no obstante que, por ejemplo, en el Código Civil se exhortaba al tutor a «cuidar de que el incapaz adquiera o recobre su capacidad» (artículo 401) o que la misma se pudiera «revocar» (artículo 407), supuestos que no se daban generalmente en la realidad.

Entonces, la Convención establece que las medidas de apoyo deberán aplicarse por el «plazo más corto posible» y, además, que sean objeto de «exámenes periódicos». Tales exigencias persiguen garantizar que los apoyos no se desvirtúen y mantener que los mismos se adecuen ciertamente a las necesidades de la persona con discapacidad que los requiera en ejercicio de su capacidad. Pues tiene que ponderarse que las situaciones fácticas que motivan la necesidad de contar con apoyo para el obrar son mutables y, a los fines de garantizar la proporcionalidad, deben revisarse constantemente.

Esta modulación y revisión cada cierto tiempo permitirá la evaluación de su adecuado cumplimiento, en el sentido de que el curador no se desvíe de su misión y de que cumpla con el deber de asistir, teniendo siempre en cuenta la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad. Asimismo, permitirá disminuir o aumentar el nivel de intervención según la situación real que viva la persona con discapacidad y sus necesidades concretas.

¿Qué otras salvaguardas se pueden tomar?, pues todo dependerá del tipo de medida de apoyo y el nivel de asistencia que se la asigne al curador, además de aquellas que la propia persona con discapacidad en mandato o autocratela fije. Se puede mencionar como salvaguarda el que la propia

persona con diversidad funcional participe en el procedimiento judicial que conozca sobre un asunto de su interés, con independencia de que posea curador con excepcionales funciones de representación, pues aun así conserva la autodefensa y el derecho ser oído<sup>448</sup>.

También podría resultar oportuna la intervención de los fiscales de familia en los asuntos judiciales relacionados con medidas de apoyo, establecimiento, revisión o modificación<sup>449</sup>, así como en materia de autorización judicial cuando el curador tenga excepcionales facultades representativas (artículos 397, 365, 267 del Código Civil) y, en general, cuando el juez considere que esté involucrado el orden público y las buenas costumbres<sup>450</sup>. Intervención que consistirá en consignar su opinión como órgano de buena fe y que, hay que advertirlo, a la fecha, generalmente, no se ha cumplido con el rol de veedor apropiadamente<sup>451</sup>.

En algunos supuestos, podrá el juez exigir que el curador presente informes a los fines de evaluar la actividad del asistente y verificar que la

<sup>448</sup> *Cfr.* Comité, en las «Observaciones finales» al informe de Venezuela (2022), indicó como recomendación, a los fines de cumplir con el acceso a la justicia (artículo 13): «Asegure que las personas con discapacidad sujetas a un proceso o que participen en él cuenten con una persona de su elección que las apoye en la toma de decisiones y pueda comunicarse con ellas, en línea con las salvaguardas establecidas en la Observación general N.º 1 (2014)» (párrafo 25.b).

<sup>449</sup> *Vid.* Ley Orgánica del Ministerio Público (artículos 42 y 43, numerales 1 y 24), *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 647, de 19-03-07.

<sup>450</sup> *Cfr.* DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «Comentarios sobre el procedimiento de interdicción». EN: *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. I. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 409, «Recordemos que en los procedimientos de incapacitación se deben notificar al Ministerio Público. La notificación debe ser inmediatamente después del respectivo auto de admisión»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 367, «el Ministerio Público no solo puede actuar como promotor del procedimiento, sino que su intervención es necesaria en todo el proceso».

<sup>451</sup> CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 56, «que el Ministerio Público no ha sido el ministerio activo que se soñaba que fuera, es hacer abordar un problema que no es tanto de organización como de práctica jurídica que viene de más arriba».

medida cumpla su finalidad. Además, cuando excepcionalmente se desempeñe funciones representativas por el curador, deberá presentar cuentas anuales de las mismas o cuando el tribunal lo juzgue conveniente (artículo 376 del Código Civil).

Siempre que el curador se le asigne facultades representativas y requiera efectuar un acto de disposición, deberá estar autorizado por el juez (artículo 365 del Código Civil). Esto permitirá evaluar si el acto que se aspira autorizar es conforme con la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad, ya sea expresa o presunta. Además de evitar cualquier abuso, conflicto o influencia indebida.

## 5. INCIDENCIA DEL DERECHO SUSTANTIVO SOBRE EL DERECHO ADJETIVO

Las transformaciones o reinterpretaciones que se deben hacer del Código Civil y de otras leyes sustantivas para adecuarlas a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también exigen unos ajustes en el marco del Derecho Administrativo y Procesal Civil, principalmente en lo que se refiere al otorgamiento de mandatos en previsión y en la autocratela –trámites registrales y notariales– y en lo referente a la constitución de la medida de apoyo judicial, es decir, la curatela, designación o remoción del curador, autorizaciones judiciales en los casos excepcionales que se requieran facultades representativas, revisión periódica, internamientos involuntarios, entre otros.

Aquí el reto es mucho más complejo, pues es evidente que por vía de interpretación no se pueden crear trámites, requisitos ni lapsos. Recuérdese que, en este caso, se estaría ante áreas del Derecho público que se rige por el principio de legalidad. Empero, sí se pueden hacer reinterpretaciones a los fines de adecuar la terminología empleada al nuevo modelo social, por ejemplo, y, claramente, adaptar los fallos y actos al Derecho sustantivo

integrado a partir de la Convención. Siendo lo más relevante, sin duda alguna, avanzar en la formación y concientización del nuevo modelo por parte de los operadores de justicia (artículo 8 de la Convención), sin lo cual todo lo expuesto sobre el cambio de paradigma sería estéril.

En ese orden de ideas, existen ciertos aspectos administrativos y procesales que deben ajustarse y donde las escasas disposiciones de la legislación en esta materia y algunos principios de la Convención serían perfectamente aplicables, a saber:

### *5.1. Trámites notariales para el otorgamiento de mandatos preventivos o autocuratela*

No existiendo actualmente una adecuación del Derecho interno a la Convención, no se encuentran regulados de forma específica este tipo de trámites que se dirigen a recoger la manifestación de voluntad de una persona en previsión de su eventual discapacidad. Sin embargo, dicha falencia se subsana aplicando las reglas generales que rigen la actividad de los notarios, sin mayores contratiempos, véase:

i. Trámite notarial: la Ley de Registros y Notarías establece expresamente que su finalidad es garantizar la «libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos» (artículo 2), con lo cual no existe contradicción con el otorgamiento de mandatos preventivos o autocuratelas, pues ambos actos son legales y, más bien, representan manifestaciones de la libertad para celebrar negocios jurídicos realizados por individuos con capacidad de obrar (artículo 75).

Ahora bien, para la iniciación del trámite se exige la «rogación» (artículos 4 y 72), es decir, que el interesado manifieste su deseo de suscribir tal negocio jurídico, presentando el documento –mandato preventivo o autocuratela– ante el notario.

En cuanto al contenido del documento, el mismo deberá expresar que corresponde a un mandato preventivo o a una autocuratela que el otorgante suscribe a los fines de prever la eventual necesidad de requerir medidas de apoyo en el futuro, fundando el acto en la Constitución y en la Convención que le permite en ejercicio de su autonomía y el desarrollo de su personalidad tomar medidas sobre los apoyos que estime precisar en el futuro para el ejercicio de su capacidad, regulando el contenido de tales auxilios.

El documento deberá estar visado por un abogado (artículo 23) y, admitido el documento a trámite, por no ser contrario a derecho<sup>452</sup>, el notario tendrá tres días hábiles desde su presentación, para la autenticación del mismo (artículo 39), donde se podrá excepcionalmente habilitar su autenticación (artículo 29.9).

Al momento del otorgamiento puede ocurrir que el solicitante presente una diversidad funcional que demande de ajustes razonables a los fines de expresar su voluntad; en tal caso deberán emplearse las medidas necesarias, incluyendo medios electrónicos (artículo 68), lengua de señas, intérpretes, apoyo para la firma (artículo 81), entre otros (artículo 9 de la Convención)<sup>453</sup>.

Si el otorgante, a juicio del notario, precisa de apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar, deberá ofrecerlas directamente si se refieren a la

---

<sup>452</sup> Recuerda COUTURE: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), t. II, p. 103, que, según la legislación de Uruguay, «es deber de los escribanos autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento». Cfr. CARBONNIER: ob. cit. (*Ensayos sobre las leyes*), p. 56, «los notarios están obligados a prestar su ministerio cuando son requeridos para ello».

<sup>453</sup> Establece, expresamente, la Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6658 extraordinario, de 28-10-21–, que los funcionarios «... Cuando se trate de personas sordas, deben garantizar su derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana en todas las solicitudes, peticiones y procedimientos administrativos. El derecho a expresarse y comunicarse deberá igualmente garantizarse a cualquier otra persona con discapacidad que amerite una comunicación en términos no convencionales» (artículo 15).

comprensión «... del contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias legales de los actos o negocios jurídicos otorgados en su presencia...», de lo cual «dejará constancia» el notario (artículo 78.2)<sup>454</sup>; si la necesidad de apoyo es más compleja deberá informar al juez del lugar de residencia de la persona con discapacidad a los fines de que este conozca del procedimiento de provisión de medida de apoyo judicial<sup>455</sup>.

Téngase en cuenta que, según la Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública, toda actuación de los funcionarios –incluyendo a los notarios– dirigidas a las personas con discapacidad «se encuentra orientada por su derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades» (artículo 15).

Otorgado el acto ante el notario, el mismo tendrá validez y eficacia probatoria de los documentos públicos y dará fe pública sobre la identidad del suscribiente y lo constatado por el notario con su intervención<sup>456</sup>. De ellos se podrá dar copias y tendrán publicidad registral (artículos 76 y 77) y deberá remitirse copia del mismo al Registro del Estado Civil a los fines

---

<sup>454</sup> Más allá de la orientación y apoyo que se suministre en relación con el trámite por las oficinas de atención al público, artículo 41 del Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 549, de 26-11-14.

<sup>455</sup> *Vid.* Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública: los funcionarios «que tengan conocimiento de amenazas o violaciones a los derechos humanos adoptarán todas las medidas a su alcance, dentro del ámbito de sus competencias, para su cese inmediato, así como informar o denunciar el caso ante las autoridades competentes para establecer la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria a que hubiere lugar» (artículo 19).

<sup>456</sup> *Cfr.* COUTURE: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), t. II, p. 105, «El acto del escribano es auténtico en razón de la certeza que tiene la firma de su autor. El deber de autorizar es un deber público; y la fe y firma son atributos propios de la función notarial (...) Al hacer fe en cuanto al hecho de su otorgamiento por ante el escribano autorizante, el instrumento notarial tiene sobre sí la suposición de autenticidad».

de su inserción en el «expediente civil único» del otorgante (artículos 3 numerales 7 y 8, 31, 55 y 151 de la Ley Orgánica de Registro Civil<sup>457</sup>).

Finalmente, en el presente trámite serán aplicables los principios y disposiciones que rigen la Administración Pública en general:

i. Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos: principios de simplicidad, solidaridad, presunción de buena fe del interesado, actuación dirigida al servicio de las personas (artículo 5); adaptación de los trámites a la forma más sencilla posible reduciendo al mínimo los requisitos y exigencias a las personas (artículo 6.2.a), trámites de fácil entendimiento (artículo 9) y utilización de medios tecnológicos a los fines de la emisión de los actos o resultados de los trámites (artículo 17).

ii. Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>458</sup>: la Administración está al servicio de las personas, asegurando la efectividad de sus derechos (artículo 5); auxiliar a las personas en la redacción formal de documentos administrativos (artículo 6.1); obtención de información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones legales exijan sobre sus solicitudes (artículo 6.7) y cercanía y participación de las personas, lo que implica ser auxiliados y recibir información que requieran (artículo 22).

---

<sup>457</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 264, de 15-09-09, este instrumento además contempla que el registro será automatizado y digital y la página *web* que lo desarrolle deberá estar ajustada para que tengan acceso a la información las personas con discapacidad (artículo 63). Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. I, pp. 91-98 y 134-136, donde se destaca que el registro es de *numerus apertus*, está centralizado en la persona y de participación en el sentido de que involucra el deber de informar, por parte de los particulares y entes públicos, los actos que afecten al estado civil.

<sup>458</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6147 extraordinario, de 17-11-14.

iii. Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública: los funcionarios deben actuar de oficio ante situaciones de amenazas de derechos humanos (artículo 4); la actuación de los funcionarios está dirigida a respetar, garantizar y proteger los derechos humanos (artículo 9) y brindar protección especial a las personas con discapacidad (artículo 13).

### *5.2. Procedimiento de provisión de medida de apoyo judicial a la persona con discapacidad*

Los procedimientos de interdicción e inhabilitación –denominados por la doctrina como de «incapacitación»<sup>459</sup> por influencia española– deben revisarse en el entendido de que ya los mismos no pueden perseguir restringir total o parcialmente la capacidad de obrar, sino que ahora –según la Convención– tendrán como finalidad el dotar a la persona con discapacidad de aquellos apoyos en el ejercicio de la capacidad que sean necesarios –curatela o asistencia– y fijar las salvaguardas respectivas para tutelar el derecho al ejercicio pleno y autónomo de su voluntad, deseos o preferencias.

Siendo el procedimiento un efecto del Derecho sustantivo, si este último cambia por vía de consecuencia se modificará el auto resolutivo del juez, pues, por razones evidentes, debe adecuar su decisión al Derecho de fondo que es el que se discute. Por lo tanto, es completamente racional que al juez le esté vedado «incapacitar» a las personas con discapacidad por cuanto la Convención se lo prohíbe, pudiendo acordar apoyos judiciales que se acompañe al nuevo modelo como sería la curatela –ordinaria, *ad hoc* y, excepcionalmente, con funciones representativas–<sup>460</sup>.

<sup>459</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 320, «La incapacitación es la privación o limitación de la capacidad de obrar de la persona natural a través del órgano jurisdiccional y en virtud de una sentencia. En nuestro Derecho tal afectación de la capacidad de ejercicio puede tener un alcance total, en cuyo caso estamos en presencia de la interdicción o simplemente parcial, en los supuestos de inhabilitación» –también en: ob. cit. («El procedimiento de incapacitación»), p. 261–.

<sup>460</sup> MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 316, «la valoración que realice el juez acerca de la necesidad de recibir apoyos formará parte solamente de la

Ya se indicó que, aunque el procedimiento actual resulta vetusto, y al ser un aspecto de Derecho público existen enormes limitaciones para efectuar las adecuaciones necesarias por vía de interpretación para dotar el proceso del dinamismo que esta materia demanda, siendo en todo caso una obligación del Parlamento avanzar en la reforma del Derecho sustantivo y adjetivo (artículo 4.1.a de la Convención).

No obstante, existen algunos derechos y garantías fundamentales que por su naturaleza también procesal se pueden implementar desde ya, amén de la eventual reforma que efectúe la incorporación sistemática y coherente que se demanda, véase:

i. Acceso a la justicia: toda persona con discapacidad debe contar con acceso a la justicia como derecho fundamental (artículo 26 de la Constitución, en concordancia con el 13 de la Convención), sin que se le pueda limitar el participar por razones de capacidad, pues a las personas con discapacidad no se les puede limitar la capacidad de ejercicio<sup>461</sup>. En este orden, un aspecto clave que hay que tener en cuenta es que no se requiere un reconocimiento administrativo de que se posee una diversidad funcional. En palabras de MARTÍN PÉREZ:

... la discapacidad ha de considerarse como una situación de hecho, sin necesidad de exigir ninguna declaración administrativa o laboral, ya que puede suceder que no se hayan instado los mecanismos sociales o administrativos correspondientes. Será suficiente cualquier medio que permita

---

motivación de la sentencia o del auto –en el expediente de jurisdicción voluntaria–, pero no será un contenido propio de su parte dispositiva, pues la situación de discapacidad que requiere de apoyos por sí misma no da lugar a ningún efecto jurídico que deba declararse o constituir el juez».

<sup>461</sup> BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 179, «el acceso a la justicia comprende obviamente al derecho a la tutela judicial efectiva, pero amplía su alcance a todas aquellas circunstancias sociales, económicas, personales, y de cualquier otro tipo que pudieran, en la práctica, dificultar o impedir a las personas acceder al amparo de la justicia».

acreditar la existencia de una deficiencia o necesidad de apoyo. La falta de un reconocimiento previo administrativo no es obstáculo para poder solicitar o aplicar de oficio los ajustes de procedimiento necesarios, así como tampoco lo es para incoar un trámite de provisión de apoyos<sup>462</sup>.

En lo que aquí corresponde, vinculado con el procedimiento de provisión de apoyos, la persona con discapacidad tiene derecho a participar y ser parte del proceso, pudiendo contar con apoyo para la autodefensa y, a su vez, defensa técnica<sup>463</sup>. Y pudiendo intervenir en todo grado e instancia del proceso.

Lo cual, además, es un deber del juez no solo de entrevistarlo en el marco del procedimiento (artículos 396 del Código Civil y 733 del Código de Procedimiento Civil), sino el atender a su voluntad, deseos o preferencias,

---

<sup>462</sup> MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 317. Por lo expuesto ÁLVAREZ LATA: ob. cit. («El impacto de la reforma...»), p. 13, señala que «El destinatario del nuevo sistema son las personas con discapacidad que necesitan apoyos, concepto que queda conscientemente ambiguo evitando referencias médicas o diagnósticas; hay consenso en entender que las medidas de apoyo que se regulan en los artículos 249 y ss. del Código Civil y la mayor parte de las referencias a la “persona con discapacidad” se refieren a quien no puede ejercitar sin dichos apoyos su capacidad jurídica porque la discapacidad le ocasiona dificultades para conocer, comprender y actuar con relevancia jurídica los actos de que se trate (lo que remite a un plano psicosocial o intelectual de la discapacidad)».

<sup>463</sup> Vid. VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge: *Lecciones del nuevo proceso penal venezolano*. ULA. Mérida, 2002, p. 122, nuestro querido profesor decía que la denominada defensa técnica o formal «solo puede ser ejercida por un profesional del Derecho, que es la persona que se supone tiene los conocimientos técnicos y científicos para desarrollarla» y se diferencia de la «defensa material o autopatrocinio» que es la defensa ejercida por el propio sujeto de manera personal. En todo caso, según comenta BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 179, «En lo que respecta a la dimensión legal, los Estados partes deben asegurar que todas las personas con discapacidad tengan legitimación activa y pasiva para acceder efectivamente a los procedimientos judiciales en nombre propio. Esto se vincula directamente con el artículo 12, sobre la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica».

expresa o presunta<sup>464</sup>. Contando además con el auxilio de un equipo multidisciplinario que le permita evaluar profesionalmente cómo la diversidad funcional en conjunto con las barreras sociales obstaculizan el ejercicio de los derechos y qué apoyos resultarían proporcionales para superar dichas dificultades sin afectar la autonomía de la persona con discapacidad.

ii. Ajustes razonables: el juez, asimismo, debe garantizar que, según las necesidades individuales de la persona con discapacidad, se efectúen los ajustes razonables que le permita participar adecuadamente en el proceso. En particular, los asociados a la comunicación:

La «comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso (artículo 2 de la Convención).

---

<sup>464</sup> Comenta MARTÍN PÉREZ: ob. cit. («La provisión de apoyos...»), p. 330, que esta actividad en el marco del nuevo procedimiento de provisión de apoyos: «Es muy relevante porque permite al juez indagar tanto sobre la personalidad como respecto al auténtico estado de la persona con discapacidad; podrá escuchar atentamente su voluntad, preferencias y deseos, por lo que también es crucial la forma de realizar la entrevista, que habría de ser preparada cuidadosamente por el juez. Por ello, es más que una prueba, es una garantía para el afectado, que tiene derecho a que quien ha de decidir sobre su capacidad le conozca directa y personalmente, y pueda manifestarle en persona lo que piensa y quiere. Así, el juez podrá valorar mejor el resto de las pruebas, y tendrá información directa sobre las capacidades de la persona, las necesidades concretas de apoyo, sus preferencias o la persona que mejor puede asumir ese apoyo». *Cfr.* el Código Civil y Comercial argentino: «artículo 35.- Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias».

Ajustes que han empezado a reconocerse paulatinamente en la legislación nacional, *exempli gratia*:

a. Ley de Intérpretes Públicos<sup>465</sup> –en concordancia con la Ley para las Personas con Discapacidad (artículo 14)– establece que:

Cuando los procedimientos administrativos y judiciales sean necesarios de intérpretes públicos en la categoría de lenguas de señas venezolanas, el Estado deberá garantizar los servicios gratuitos de estas personas (...). En estos casos, se prestará especial atención a si la persona con discapacidad auditiva es usuario de la lengua de señas venezolana, de códigos caseros rudimentarios, español señado o sistemas alternativos de comunicación para así establecer los mecanismos de comunicación a emplear (artículo 15).

b. Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad: se establece como garantía al trabajo de las personas con discapacidad, el deber de que:

... 3. Las entidades de trabajo, públicas, privadas o mixtas, deberán establecer los ajustes razonables y los diseños universales, así como las tecnologías de la información y comunicación de acuerdo a criterios de diseño universal y accesibilidad comunicacional para personas con diferentes tipos de discapacidad (artículo 10).

c. Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica<sup>466</sup>: contempla que los estudiantes con discapacidad para el ejercicio

---

<sup>465</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6703 extraordinario, de 25-05-22. Reforma que coincide con la recomendación que efectuó el Comité días antes –20-05-22–, en sus «Observaciones finales» al informe de Venezuela: «Reforme la Ley de Intérpretes Públicos para que incluya a los intérpretes de lengua de señas venezolana de manera que puedan participar legalmente en los procesos de justicia» (párrafo 25.e).

<sup>466</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6737 extraordinario, de 23-02-23.

de su derecho a participar «se deberán realizar los ajustes razonables para garantizar la equiparación de oportunidades» (artículo 8).

d. Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista: en materia de educación debe el Estado realizar: «... los ajustes necesarios para lograr efectivamente los procesos de inclusión e integración de estas personas, de acuerdo a sus capacidades y potencialidades individuales identificadas a través del enfoque diferencial» (artículo 11.1).

iii. Competencia: en cuanto a la competencia por la materia, pareciera que no existe duda de que le correspondería al juez civil ordinario –ya que actualmente no existen tribunales de familia– (artículos 524 del Código Civil y 735 del Código de Procedimiento Civil). Empero, se han planteado dos aspectos controversiales:

El primero, referido a que al no dirigirse actualmente el procedimiento a la «incapacitación», sino a fijar los apoyos para el ejercicio de la capacidad que requiera la persona con diversidad funcional según las circunstancias particulares, no existe, en principio, contención, lo cual abre el cauce para que se tramite por la vía de jurisdicción voluntaria y en ese caso podría conocer el juzgado de municipio<sup>467</sup>.

Esta tesis no es totalmente descabellada, ya que, si bien el capítulo que regula el antiguo procedimiento de interdicción e inhabilitación se ubica en la sección de los procedimientos especiales «contenciosos», se indica que recibida la solicitud se «procederá a una averiguación sumaria» (artículos 733 y 734 del Código de Procedimiento Civil) y un sector de la doctrina

---

<sup>467</sup> *Vid.* TSJ/SPlena, de Resolución N.º 2009-0006, de 18-05-09, «artículo 3.- Los juzgados de municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza...», [www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve).

identifica lo «sumario» como de jurisdicción voluntaria<sup>468</sup>. Asimismo, establece el Código adjetivo que los jueces de «municipio pueden practicar las diligencias sumariales» (artículo 735). Por otra parte, las autorizaciones judiciales del curador con excepcionales facultades de representación expresamente se sustanciarían por un procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 910 y 911 del Código de Procedimiento Civil)<sup>469</sup>.

Pareciera que, en atención a una justicia expedita, simplificada y bajo un procedimiento breve que garantiza la Constitución (artículos 26 y 257), resultaría más conveniente un procedimiento de jurisdicción voluntaria como mecanismo idóneo para establecer los apoyos, incluso a través del procedimiento que el propio Código del rito regula (artículos 895-901)<sup>470</sup>,

<sup>468</sup> Cfr. ROGEL VIDE: ob. cit. («La tutela del deficiente...»), p. 209, que al comentar el Código Civil español en su versión de 1889 –«artículo 218.- La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente...»–, apunta: «La sumariedad del artículo 218 del Código Civil nada tiene que ver con el proceso sumario de cualquier clase, sino que es propia de la jurisdicción voluntaria». En todo caso, el vocablo «sumario» puede tener varias acepciones en el campo procesal, como instrucción o preparación –empleado en el proceso penal– o procedimiento rápido –cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 367, «sumario se utiliza aquí en sentido de breve o rápido y no de secreto»–.

<sup>469</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 337, apunta que en la doctrina nacional consideran el procedimiento de «incapacitación» contencioso, citando a BORJA y DUQUE SÁNCHEZ. Por su parte, la autora considera que, «independientemente de la ubicación, por su naturaleza se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria» (p. 340); JAIMES G.: ob. cit. (*La interdicción*), p. 84, lo considera por naturaleza de jurisdicción voluntaria, «pero el legislador la ha incluido en la contenciosa», por tanto, «Se trata de un procedimiento contencioso especial»; de FREITAS DE GOUVEIA: ob. cit. («Comentarios sobre el procedimiento...»), p. 398, lo considera de jurisdicción voluntaria por sus características.

<sup>470</sup> Así, por ejemplo, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Cuestiones de terminología procesal*. UNAM. México D. F., 1972, pp. 196 y 197, al constatar la jurisdicción voluntaria con la contenciosa, advierte el uso de una terminología impropia en su tratamiento, en el sentido de «que no se llame demanda a la solicitud, ni partes a los interesados o participantes, ni proceso al expediente, ni sentencia a la resolución, ni apelación a la alzada (si se admite)», lo que implica que en el proceso (contencioso) habrá «litigio, partes, acción, demanda, jurisdicción, juzgador y sentencia» y en el

salvo que surja oposición y se deba remitir al juez de primera instancia competente para que conozca del procedimiento ordinario contencioso aplicable<sup>471</sup>.

El segundo aspecto controversial es si estos procedimientos debe conocerlos el juez civil o un juez «especial», como ocurre en ordenamientos foráneos que han instituido los denominados «tribunales de tutela»<sup>472</sup>, lo cual, en todo caso, sería una propuesta de *lege ferenda*.

Ahora bien, si se considera que dicho tribunal especial sea el de protección de niños, niñas y adolescentes, parecería descabellado por diversas razones, siendo la principal que la jurisdicción minoril está reservada exclusivamente para los menores de edad<sup>473</sup>. Sin embargo, lo anterior admite excepciones según la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como, por ejemplo, el caso de divorcio, nulidad, separación, liquidación y partición de la comunidad donde los cónyuges o al menos

---

expediente (voluntario) «negocio, participantes, pedimento, solicitud, atribución, funcionario judicial y resolución». El trámite judicial para proveer de apoyos se acerca más a este último si no existe oposición.

<sup>471</sup> Esta fórmula es la que opera en el Derecho español según la Ley 8/2021 y su reforma adjetiva, donde conoce el juez de primera instancia en jurisdicción voluntaria y si hay oposición de cualquier interesado «podrá fin al expediente», pasando a conocer «por los trámites del juicio verbal» (artículos 42-bis.a.2 y 42-bis.b.5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, 753.1 y 756 del Código de Enjuiciamiento Civil).

<sup>472</sup> Es el caso del Derecho alemán y su «Tribunal de tutela de adultos», según la Ley de Constitución de los Tribunales y Ley de Procedimiento en Asuntos Familiares y en Materia de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>473</sup> *Cfr.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Problema en Pollensa: Nueve casos sobre la actividad de la Defensa Pública en materia de Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. N.º 1. Caracas, 2015, p. 147, «se debe tener cuidado en no desvirtuar la intención del legislador que a través de la creación de órganos administrativos y judiciales especializados persigue que los asuntos referidos a la infancia sean conocidos por sujetos dotados de privativas herramientas por ser expertos en esta área del Derecho y, también, que únicamente conozcan de aquellos temas referidos a niños o adolescentes o donde la ley determine expresamente otro criterio de competencia».

uno sea adolescente, también si ambos son adultos pero tienen hijos comunes menores de edad (artículo 177, párrafo primero, letras j, k y l), incluso el referido texto legal regula entre sus «asuntos de familia de jurisdicción voluntaria» remoción de curadores, curatelas, autorizaciones requeridas por curadores (artículo 177, párrafo segundo, letras b, c y e), obviamente aludiendo a los menores de edad emancipados que requirieran de una curatela *ad hoc* —que lo asista para estar en juicios o para la rendición de las cuentas (artículos 383-385 del Código Civil)—<sup>474</sup>.

Pero el asunto se enturbia si ponderamos que por vía de interpretación jurisprudencial, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido en una causa de alimentos de un mayor de edad, donde se planteó un conflicto negativo de competencia entre un tribunal civil y uno de protección, en términos generales, lo siguiente:

Intentado el procedimiento ante el tribunal de protección, cuando el sujeto se encontraba en minoridad, el mismo mantiene su competencia en las incidencias subsiguientes aunque el beneficiario alcance la mayoría de edad, ello en el caso particular por no haberse dictado por el tribunal sentencia definitiva y en aplicación del principio de perpetua jurisdicción (artículo 3 del Código de Procedimiento Civil)<sup>475</sup>.

El anterior escenario responde al supuesto de extensión de la obligación de alimento cuando el hijo «padezca discapacidades físicas o mentales que le

---

<sup>474</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Diferencia entre emancipación...»), pp. 15 y ss.

<sup>475</sup> *Vid.* TSJ/SPlena, sent. N.º 10, de 30-11-11; en igual sentido, TSJ/SCC, sents. N.ºs 23, de 29-01-04 y 1066, de 09-09-04, así como TSJ/SCS, sent. N.º 537, de 08-10-02; TSJ/SC, sents. N.ºs 289, de 18-03-15 y 489, de 28-06-17. En otro caso, TSJ/SCC, sent. N.º 160, de 10-03-04, en conflicto de competencia también entre el tribunal de protección y el civil, declaró «competente para conocer de la solicitud de adopción plena de un adulto» al civil y la aplicación para esos casos la Ley de Adopción de 1983, «derogada» expresamente por el artículo 684 de la Ley para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998.

impida proveer su propio sustento» (artículo 383.b de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)<sup>476</sup>.

Ahora bien, partiendo de lo indicado se podría plantear hipotéticamente si es extensible a los procedimientos para previsión de apoyos de adultos, es decir, tramitar la curatela de un adulto ante el tribunal de protección<sup>477</sup>.

Existiría una razón práctica para pensar en atribuir esta competencia a los tribunales de protección y es que estos por Ley poseen un equipo multidisciplinario (artículos 179 y 179-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), y en esta materia es fundamental contar con una evaluación pericial que aborde varios aspectos y no exclusivamente la evaluación clínica que se proponía bajo el modelo «médico-rehabilitador» hoy superado.

Entonces, el equipo multidisciplinario apoyaría realizando los informes técnicos integrales, interviniendo como intérpretes ante dificultades de comunicación de la persona con discapacidad, auxiliando al juez a identificar la voluntad, deseos o preferencias cuando sean presuntos, auxiliando al juez sobre el nivel de apoyos requeridos según la proporcionalidad exigida y en las revisiones periódicas que se efectúen a la medida. Lo anterior sin olvidar que ya existe una práctica y doctrina de más de dos décadas de funcionamiento de dichos equipos que sería bastante útil a la hora de abordar este cambio de paradigma<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Consideraciones sobre los principios de la niñez y adolescencia». En: *Revista Lex Nova*. N.º 243. Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, 2003, p. 218, «Esta obligación natural, según se había indicado acertadamente, no desaparece a la par de la mayoría de edad, porque la misma no convierte al menor en un ser capaz de valerse por sí mismo a nivel económico. De allí que se indicara que la obligación de los padres de cubrir los gastos de educación de los hijos se extendía a la mayoría».

<sup>477</sup> Según la doctrina anterior, la tutela por interdicción podía constituirse para mayores de edad, los menores emancipados y los menores no emancipados en el último año de minoridad (artículos 393 y 394 del Código Civil).

<sup>478</sup> Vid. los trabajos de Ivonne Denise ROJAS GARCÍA, así como de Erna PERFETTI HOLZHAUSER en: *vi Foro Derecho de la Infancia y de la Adolescencia*. TSJ.

Finalmente, parece ser esto un tema de *lege ferenda*, pues no existen actualmente sólidos argumentos para atribuir la competencia por la materia en los supuestos de solicitud de medidas de apoyo judiciales al juez especialísimo de protección de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a la competencia por el territorio, lo será el de la residencia de la persona con discapacidad a que se le pretende ofrece el apoyo judicial. Establece expresamente el Código de Procedimiento Civil para el caso de la revocatoria de la curatela, conocerá del mismo el juez que decidió en primera instancia (artículos 741 y 739)<sup>479</sup>.

Empero, legislaciones foráneas –como la española– han relajado el principio de *perpetuatio iurisdictionis* con la intención de que el juez que conozca la causa principal y sus efectos, modificaciones, revisiones, autorizaciones judiciales, etcétera, sea siempre el de la residencia habitual de la persona con discapacidad. Es claro que la intención que subyace en esta política legislativa es que el juez pueda contar con cierta inmediatez a los fines de ponderar siempre la voluntad, deseos o preferencias, así como que la persona con apoyo tenga posibilidades materiales de acceder y participar en el procedimiento si fuera su intención.

---

J. R. PERDOMO, coord. Caracas, 2011, pp. 273-284 y 285-298; *Los equipos multidisciplinarios de los tribunales de protección del niño y del adolescente*. TSJ. J. R. PERDOMO, coord. Caracas, 2006, *in totum*; DE COLIMA, Inge: Los equipos multidisciplinarios y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En: *v año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. VI Jornadas sobre la LOPNA*. UCAB. C. CORNIELES y M. G. MORAIS, coords. Caracas, 2005, pp. 297 y ss.

<sup>479</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 365, «por aplicación de las normas generales (artículo 40 del Código de Procedimiento Civil) obviamente se interpondrá ante los tribunales del dominio (...) o, en su defecto, su residencia» de la persona con discapacidad. Aclarando que actualmente tampoco operarían las figuras de domicilio legal (artículo 33 del Código Civil) y residencia legal (artículo 143 de la Ley Orgánica de Registro Civil) para adultos como efecto jurídico de la interdicción al quedar esta suprimida.

En el ordenamiento venezolano, la regla general es que la competencia se delimita según las situaciones de hecho existentes para el momento de consignar la demanda o solicitud (artículo 3 del Código de Procedimiento Civil); por tanto, los eventuales cambios de residencia no afectan la competencia. En conclusión, sería otro aspecto abierto para su análisis por el Parlamento en una eventual reforma de la legislación civil y procesal civil necesaria para la adecuación del Derecho interno a la Convención.

#### iv. Particularidades de la resolución

Aunque se ha adelantado ya en otras partes de este capítulo, resulta oportuno sintetizar que, ante la solicitud de medida de apoyo —o incluso ante una pretendida solicitud interdicción o inhabilitación que se encause como medida de apoyo—, deberá el juez tramitar el asunto de acuerdo con las reglas procesales anteriores, pero siempre dirigida a proveer de apoyos, pues hoy en día resulta inconstitucional cualquier declaración de «incapacitación» o «interdicción» y la constitución de «tutela», siendo que conforme a la Convención solo se pueden fijar medidas de apoyo de asistencia, es decir, una curatela —ordinaria, *ad hoc* o con excepcionales funciones representativas—, por tanto, no puede limitar la capacidad de obrar en ningún caso, ni total ni parcialmente.

De conformidad con la voluntad, deseos o preferencias que exteriorice la persona con discapacidad o que se determinen de forma presunta, además del informe técnico integral que se elabore por los órganos auxiliares o externos<sup>480</sup>, deberá el juez formarse un criterio para reglar el apoyo a ofrecer, indicando las actividades concretas con las cuales se prestará la asistencia, si será permanente o eventual, para asuntos personales, patrimoniales o ambos y sobre cuáles de aquellos, si excepcionalmente se establecen

---

<sup>480</sup> ZAMBRANO FRANCO: ob. cit. («Las pruebas en los procesos...»), p. 111, el juez «tiene la facultad de disponer de todos los medios probatorios que considere idóneos y pertinentes a los fines de tomar su decisión, independientemente de la actividad probatoria desplegada por las partes, promover pruebas y hasta aportar elementos fácticos a la controversia».

facultades representativas, sus límites, y las salvaguardas específicas que se demanden según el apoyo a los fines que sean ajustadas y proporcionales, en especial el lapso de revisión de la medida.

Finalmente, la resolución del juez sobre las medidas de apoyo producen cosa juzgada formal, pues las circunstancias de hecho pueden originar su revocatoria, modificación, ampliación o disminución.

## 6. ADECUACIONES AL EJERCICIO DE DETERMINADOS DERECHOS

Siendo el concepto de capacidad un elemento central de la teoría general del Derecho, es claramente previsible que poseerla plenamente o verla limitada, total o parcialmente, influía específicamente en diversas esferas jurídicas donde interviene el sujeto, de hecho en las más importantes. Pero al ya no poderse limitar o restringir la capacidad de ejercicio, trae como efecto dominó una revisión de los diversos institutos que preveían consecuencias jurídicas a partir de la «incapacitación» que ahora –se reitera– ya no puede decretarse.

De seguida se comentan las principales consecuencias de que las personas con discapacidad ya no se les reste su capacidad de obrar y en su caso se les provea de medidas de apoyo a los fines de que puedan ejercer directamente sus derechos y cumplir con sus deberes, aclarando que el catálogo no es exhaustivo, sino básicamente representativo de los más relevantes. Véase:

### *6.1. Derecho a la libertad personal*

Es claro que si la persona con discapacidad no puede «incapacitarse», mantiene el ejercicio personal de sus derechos y, entre ellos, los denominados en el ámbito nacional o constitucional como «derechos fundamentales» y en el medio internacional generalmente designados como «derechos humanos».

Entre esos derechos hay uno que resalta en particular cuando se alude a persona con discapacidad y corresponde al de la libertad personal, pues, como se indicó *supra* (capítulo 1), una tendencia muy marcada en el terreno del tratamiento de las personas con discapacidad era el limitarles su libertad a través de los centros hospitalarios de carácter psiquiátrico.

Sobre este aspecto, el Código Civil se limita a señalar lo siguiente: «... El juez con conocimiento de causa, decidirá si el incapaz debe ser cuidado en su casa o en otro lugar; pero no intervendrá cuando el tutor sea el padre o la madre...» (artículo 401)<sup>481</sup> y al fijar un domicilio legal, en el sentido de que el lugar donde tiene el asiento principal la persona con discapacidad no será donde él fije sus principales negocios o intereses, sino el del tutor (artículos 27 y 33), implicando así que no importaba –jurídicamente hablando– la jurisdicción donde se consideraba ubicada a la persona con diversidad funcional, pues solo hará falta situar al representante legal.

Por su parte, la Ley para las Personas con Discapacidad trae una disposición (artículo 9), que ha pasado desapercibida por la mayoría de la doctrina y operadores jurídicos, pero que toca sutilmente este asunto:

... La persona con discapacidad debe ser atendida en el seno familiar. En caso de atención institucionalizada, esta se hará previo estudio de acuerdo con las leyes de la República. El Estado brindará apoyo y sostendrá instituciones para brindar esta atención en condiciones que garanticen respeto a la dignidad humana y a la libertad personal.

El asunto tiene ribetes constitucionales, pues, como se comentó, la Constitución establece que la libertad personal «es inviolable» y, en consecuencia, nadie puede ser privado de la misma, «sino en virtud de una orden judicial»

---

<sup>481</sup> Cfr. BINSTOCK, Hanna: «Responsabilidad por el hecho ilícito del enfermo mental». En: *Libro homenaje a José Mélich Orsini*. T. I. UCV. Caracas, 1982, p. 208, «En nuestro Derecho corresponde la decisión del internamiento solo al tutor que al mismo tiempo sea padre o madre del enfermo, de lo contrario corresponde al juez».

(artículo 46.1). Por su parte, la Convención dispone que los Estados asegurarán que las personas con discapacidad: «... b. No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad...» (artículo 14).

De entrada, hay que advertir que el internamiento, aunque propio del ámbito asistencial, tiene efectos sobre las medidas de apoyo que se llegarán a establecer para el ejercicio de la capacidad por parte de la persona con discapacidad y como tal puede responder a una autoprotección –voluntario– o judicial –involuntario–. Por tanto, lo indicado *supra* sobre las medidas de apoyo sería aplicable con las adecuaciones del caso. Así, pudiera encomendarse al curador que coadyuve a los fines de proveer una institución de cuidados, si ese fuera el deseo de la persona con diversidad funcional, o la entidad encargada de prestar los servicios de residencia en algunos asuntos prestaría el apoyo en el ejercicio de la capacidad, según lo que determine el juez en cada hipótesis concreta.

En todo caso, en principio, deben preferirse medidas de atención en la propia residencia o ambulatorias y, solo en casos de necesidad, recurrir al internamiento, donde se preferirá que sean de corta instancia; por tanto, únicamente deberían operar en casos reducidos que se justifiquen<sup>482</sup> y sin que afecte el disfrute de otros derechos fundamentales como la integridad personal<sup>483</sup>, acceso a la información, privacidad, condiciones de vida,

---

<sup>482</sup> *Cfr.* COBREROS MENDAZONA: ob. cit. («Aspectos jurídicos...»), p. 143, al comentar la reforma italiana de 1978, señalaba: «El internamiento del enfermo mental solo se producirá como extrema *ratio*, residualmente. Inclusive los tratamientos obligatorios serán por principio extrahospitalarios, es decir, en el “propio terreno” del enfermo sin sacarlo del mismo y sin aislarlo».

<sup>483</sup> Así, por ejemplo, el Comité contra la Tortura ha sostenido en relación con una evaluación de un Estado suscriptor de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes: «... sigue preocupado por las denuncias formuladas en relación con el trato de los niños y adultos con discapacidades mentales o psíquicas, especialmente en los casos de internamiento forzoso y de limitación de

recreación<sup>484</sup>, participación y evitando el aislamiento de la persona con discapacidad.

Ciertamente, la persona con discapacidad puede decidir acudir a instancias sanitarias, psiquiátricas, de desintoxicación o de cuidados y recibir el tratamiento y atención que requiera<sup>485</sup>, para lo cual debe respetarse su voluntad, deseos o preferencias, siempre que no afecte su dignidad humana u otros derechos fundamentales. Igualmente, podrá decidir salir de dichas instituciones con su sola voluntad, salvo que sea por opinión profesional<sup>486</sup> o que los parientes consideren que la situación específica demanda de apoyos más intensos, lo cual debe consultarse con el tribunal a los fines de que verifique tal situación y convalide la constitucionalidad de la medida.

---

movimientos a largo plazo que se utilizan en ciertas instituciones, lo que equivale a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en las instituciones de protección social para personas con discapacidad mental y los hospitales psiquiátricos» –citado en BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 109–.

<sup>484</sup> Vid. la reforma de la Ley Orgánica de Recreación –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6634 extraordinario, de 22-09-21–, que alude expresamente a medidas para garantizar la recreación de las personas con discapacidad y a la recreación en centros de salud «adaptada a las necesidades de salud emocional, espiritual, mental y física» (artículos 42 y 43). Vid. la Ley del Teatro (artículo 3) –*Gaceta Oficial* N.º 6663 extraordinario, de 11-11-21–. Véase igualmente el artículo 30 de la Convención.

<sup>485</sup> CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. CEPIC. Madrid, 1998, p. 50, comenta en su extensa tesis doctoral que «no cabe hablar de privación de libertad cuando una persona afectada por trastornos mentales que no comprometan su capacidad de decisión resuelve libremente permanecer en un hospital psiquiátrico. En supuestos como este, es la propia voluntad de la persona involucrada la que brinda fundamento a la situación de reclusión, por lo que no cabe hablar de una privación de libertad. Esta se produciría desde el momento en que ella fuera forzada a permanecer en tal situación».

<sup>486</sup> Vid. Ley del Ejercicio de la Medicina que establece que los «profesionales que ejerzan la medicina están obligados a (...) 4. Promover el internamiento en establecimientos hospitalarios, públicos o privados, de pacientes que por su estado somático, psíquico o por trastornos de conducta signifique peligro para sí mismo o para terceros» (artículo 25).

Pero también puede ocurrir que se requiera el internamiento y que la persona con discapacidad se manifieste en contra o simplemente se encuentre en una situación en la cual no pueda convalidar la medida con su aquiescencia<sup>487</sup>. En estos supuestos, la interpretación más garantista es que la limitación de la libertad personal de la persona con discapacidad por razón del internamiento debe ser examinada por un tribunal competente, independiente e imparcial<sup>488</sup>.

El planteamiento es que cualquier medida de hospitalización o internamiento si no es voluntaria, ya sea que: i. se solicite en el procedimiento de previsión de apoyos, como una actividad en la cual el curador deberá proveerle de cuidados personales o médicos a través de tales instituciones; ii. surja como efecto de un internamiento que era voluntario en un principio y se convierte en involuntario o iii. por motivos de urgente necesidad se recurra al mismo, debe intimarse al juez para que decida lo conveniente al respecto. En otras palabras, en cualquiera de las anteriores hipótesis siempre deberá existir una orden judicial que se pronuncie expresamente sobre la constitucionalidad de la medida y que las condiciones de la misma respondan a razones de necesidad<sup>489</sup> y proporcionalidad, además de fijarse salvaguardas entre las que destaca su revisión periódica.

<sup>487</sup> BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 184, «podríamos llamar “procedimientos de privación de libertad encubiertos”, como son los internamientos forzosos en instituciones psiquiátricas, pero también aquellas situaciones donde el ingreso a instituciones es aparentemente voluntario, pero en realidad es fruto de falta absoluta de alternativas para las personas con discapacidad (por ejemplo, residencias de personas con discapacidad, centros de rehabilitación, etc.)».

<sup>488</sup> El Código Civil de 1862 estipulaba: «artículo 13.- El demente no puede ser privado de su libertad personal, sino cuando se teme que usando de ella, se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni puede ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador, o de cualquiera otra persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas» –ley VII, título XII del libro I; véase: ob. cit. (*La codificación de Páez*), t. I, p. 73–.

<sup>489</sup> Señala el Código Médico Forense (1878), al referirse a las afecciones mentales, «artículo 128.- Si los facultativos necesitaren trasladar al privado de su razón a un hospital o establecimiento adecuado para observarlo, lo harán después de la orden del juez, al cual harán ver la necesidad».

Una garantía que recientemente se ha actualizado en el sistema de protección constitucional, a través de la Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal<sup>490</sup>, establece: «artículo 8.- La acción de amparo a la libertad y seguridad personal procede cuando la amenaza grave e inminente o la privación o restricción de la libertad y seguridad personal sea arbitraria o contraria al ordenamiento jurídico».

Interesa destacar que el anterior instrumento legal considera procedente el amparo cuando la restricción a la libertad ha sido arbitraria o ilegal, elementos que la doctrina ha considerado fundamentales para determinar como viciada toda detención o internamiento sin orden judicial<sup>491</sup>.

Finalmente, existe un gran reto en esta materia y no es solo judicial, en el sentido de que, ciertamente, el juez conozca oportunamente de todo los casos de internamiento involuntarios y los examine bajo el cedazo de la Constitución, la Convención y el paradigma social que se propone, sino que urgiría una reforma sanitaria que mejore la oferta de servicios a los fines de ampliar los que son de carácter residencial y ambulatorio, y los que correspondan con el carácter de internamiento ofrezcan servicios adecuados a la dignidad humana, para lo cual, obviamente, se requerirá fortalecer la participación privada en esta materia, muy similar con lo que ocurrió en un inicio con las entidades de atención en materia de protección de niños, niñas y adolescentes y que actualmente se han desvanecido por la crisis social, económica y política que vive el país.

---

<sup>490</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6651 extraordinario, de 22-09-21.

<sup>491</sup> Vid. CASAL HERNÁNDEZ: ob. cit. (*Derecho a la libertad...*), p. 55, «los requisitos generales que deben ser satisfechos para que sea legítima la privación e imposición de una privación de libertad (...) consisten, por un lado, en la necesaria fundamentación legal o normativa de la privación de libertad y, por el otro, en la inexistencia de arbitrariedad. Aunque ambos constituyen dos facetas de un mismo tracto».

## 6.2. Derecho a la igualdad, cláusula de no discriminación

Otro derecho –y principio general– de capital importancia es la igualdad. Ya se ha indicado que la columna vertebral de la Convención se ubica en promocionar un trato uniforme en relación con las personas con discapacidad y que las mismas no deben ser discriminadas por razón de poseer una diversidad funcional<sup>492</sup>. En materia de capacidad es muy evidente este influjo, y el artículo 12 de la Convención lo resalta al tener como epígrafe la referida disposición: «Igual reconocimiento como persona ante la ley».

Ahora bien, se trae nuevamente a colación el tema de la igualdad con el objetivo de enfatizar que su doctrina debe permear todas las instituciones y aplicaciones prácticas en las cuales interactúe como sujeto parte de la relación jurídica una persona con discapacidad, pues el reto es superar prejuicios, estereotipos, políticas o visiones que con la aparente intención de proteger generaban una segregación o trato disímil únicamente fundado en la existencia de una diversidad funcional. Cuando lo que se propone es un trato igual, aunque superando las barreras sociales por medio de un diseño universal, ajustes razonables y garantías para el ejercicio de la capacidad jurídica como cualquier otro individuo.

Entonces, el llamado es a examinar cada norma jurídica o institución desde la nueva perspectiva y superar cualquier posición atávica que en el fondo oculte un trato discriminatorio. Un ejemplo paradigmático es el denominado «aborto eugenésico», que hemos comentado *supra* (capítulo 1), donde cualquier desprevenido puede pensar que se trata simplemente de una causal justificadora de la interrupción voluntaria de la concepción. Empero, la verdad es que soterradamente se esconde en tal hipótesis

---

<sup>492</sup> AGUILAR GORRONDONA: ob. cit. (*Bases jurídicas...*), p. 226, recuerda que «La historia revela que el principio de la igualdad ante la ley, ante todo, ha constituido y constituye un poderoso motor de procesos sociales dirigidos a suprimir situaciones que –con o sin razón– llegan a ser consideradas como “desigualdades” en el sentido de diferenciaciones injustas entre los hombres».

un claro arquetipo propio del modelo de prescindencia –valga recordar el más arcaico–.

No se trata de entrar aquí en la discusión –siempre apasionada– sobre la legitimidad o no del aborto provocado, lo único que interesa destacar es que, cuando se admite como legítimo el aborto –sea que responda a: i. la interrupción de una vida, ii. de una potencialidad de vida o iii. reivindicar el derecho de decidir sobre su cuerpo por parte de la mujer, cualquiera que sea el fundamento– únicamente bajo la causa de que ese concebido posee una discapacidad hereditaria o adquirida, estableciéndose unas condiciones distintas a la de otros concebidos que no poseen o no se les ha diagnosticado que posean diversidades funcionales, es evidente que se coloca sobre la balanza la idea de que la continuidad del desarrollo intrauterino es más valioso en unos que en otros casos y eso no es más que una injustificable e irracional discriminación que persigue frenar que nazcan personas con discapacidad, ya que se les considera menos valiosas<sup>493</sup>.

En definitiva, en muchos casos, como el que se acaba de comentar sobre de aborto eugenésico, la discusión se ha centrado en los grandes temas –precedencia y derechos en juego–, pero ha pasado bajo la mesa aspectos periféricos –y no por ello menos importantes– como lo sería la justificación de establecer facilidades, condiciones de tiempo y lapsos más proclives a su práctica cuando recae la institución sobre un ser con discapacidad<sup>494</sup>,

---

<sup>493</sup> Sin eufemismo se expresó JIMÉNEZ DE ASÚA: ob. cit. (*Ciencias penales...*), p. 155, «la interrupción del embarazo con miras eugenésica persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una carga degenerativa».

<sup>494</sup> Caso de la legislación española, por ejemplo, que se ha denunciado como discriminadora (*vid. supra* capítulo I). PALACIOS: ob. cit. («¿Por qué el aborto...?»), p. 51, «a pesar de reconocer que a partir de la semana 22 de gestación el *nasciturus* ya tiene viabilidad (posibilidad de sobrevivir fuera del útero materno), por lo cual sería un bien jurídico con mayor entidad y por ende mayor necesidad de protección, cuando dicho *nasciturus* tenga una enfermedad extremadamente grave e incurable, parece ser que la regla no se aplica. Y la razón por la cual la mayor protección –que en el resto de los casos implica prohibir terminantemente la interrupción del embarazo– se deja de lado y pasa a ser ninguna protección en la condición de discapacidad

lo que no es otra cosa que una discriminación por razón de discapacidad y diametralmente contraria a la Constitución y a la Convención.

En este orden de ideas, hay que señalar que, si bien la Constitución en su artículo 21 no alude expresamente a la discapacidad como un elemento que pudiere devenir en discriminación, se ha entendido uniformemente que corresponde a una condición que, de tomarse en cuenta por algunos para generar un menoscabo o restricción de los derechos en condiciones de igualdad con los demás, representaría una práctica discriminatoria.

Ahora bien, se ha comentado también que la legislación que se ha dictado en estos últimos dos años –después de un ciclo de inactividad del Parlamento por boicot institucional de los demás Poderes Público, en claro comportamiento inconstitucional y antidemocrático<sup>495</sup>–, la Asamblea Nacional ha incorporado como fórmula reiterada una cláusula de no discriminación en la cual alude a la prohibición de un trato distinto por «discapacidad».

La referida cláusula, aunque innecesaria bajo una visión sistemática de todo el ordenamiento jurídico, persigue una finalidad pedagógica al mantener sobre el tapete la importancia de evitar cualquier discriminación fundada en discapacidad, ya sea que se aluda a personas que se encuentran diagnosticadas dentro del trastorno del espectro autista<sup>496</sup>, niños

---

(...) los dos casos que prevé la Ley respecto de la posibilidad de interrupción del embarazo por “riesgo” o detección de discapacidad del feto o *nasciturus* no solo resultan discriminatorias, sino que resultan incompatibles con argumentos alegados en el Preámbulo por el mismo legislador, y por principios reconocidos en el texto de la Ley que pareciera se encuentran destinados a garantizar la igualdad y la no discriminación por motivo de discapacidad.

<sup>495</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 224-229.

<sup>496</sup> Vid. Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista (artículo 5).

o adolescentes<sup>497</sup>, adultas mayores<sup>498</sup>, miembros de una familia<sup>499</sup>, estudiante<sup>500</sup>, trabajadores<sup>501</sup>, o en el marco de la actividad de la Administración Pública<sup>502</sup>, de servicios de cuidado<sup>503</sup> y, en general, en cualquier otro escenario deberá evitarse cualquier conducta que parta de un trato distinto por solo el hecho de poseer una diversidad funcional, salvo las políticas positivas o compensatorias que busquen superar las barreras actualmente existentes en la sociedad y que impiden el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad<sup>504</sup>.

### 6.3. Derechos sanitarios

Uno de los campos donde se ha observado –en el Derecho foráneo– mayores adelantos en materia de respeto de la autonomía es justamente en el

<sup>497</sup> Vid. Ley para la Prevención y Erradicación del Abuso Sexual contra Niñas, Niños y Adolescentes –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6655 extraordinario, de 07-10-21– artículo 5, en concordancia con el artículo 3 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

<sup>498</sup> Vid. Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores (artículo 5).

<sup>499</sup> Vid. la reforma de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (artículo 5).

<sup>500</sup> Vid. Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica (artículo 5).

<sup>501</sup> Vid. Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad (artículo 5), en concordancia con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

<sup>502</sup> Vid. Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública (artículo 11). También en la actividad de los intérpretes públicos (artículo 4 de la Ley de Intérpretes Públicos) o de guarda, conservación y uso de sellos, según la Ley de Sellos –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6711 extraordinario, de 20-07-22– artículo 5; registro de antecedentes penales, según la Ley de Registro de Antecedentes Penales –*Gaceta Oficial* N.º 6712 extraordinario, de 20-07-22– artículo 4; organización de archivos, según la Ley de Archivos Nacionales –*Gaceta Oficial* N.º 6714 extraordinario, de 26-07-22– artículo 7.

<sup>503</sup> Vid. Ley de Sistemas de Cuidados para la Vida (artículo 5).

<sup>504</sup> Como las que se contemplan en la reforma de la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6657 extraordinario, de 28-10-21– artículo 9.

área médica<sup>505</sup>. Lamentablemente, en Venezuela tales innovaciones solo han recibido aislados desarrollos. De allí que en varias hipótesis se permiten amplios supuestos de sustitución de la voluntad personal del paciente, aspecto que, en todo caso, parece chocar con la promoción del ejercicio personal de los derechos por todas las personas y, en particular, por las personas con discapacidad.

Examínense algunos instrumentos jurídicos nacionales que se refieren al derecho a la prestación de servicios de salud para así evaluar si se encuentran conformen a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o, en su defecto, demandan una reinterpretación integradora que garantice la prevalencia del Tratado. A saber:

i. Ley para las Personas con Discapacidad: dedica varias disposiciones al tema de la salud (artículos 10-15). Sin embargo, en ellos únicamente se aprecian reglas programáticas y enfocadas a la «habilitación y rehabilitación», sin referirse expresamente a la participación directa de la persona con discapacidad en tales actividades, incluso llega a indicar que se apoyará para tales propósitos «en la participación de la familia y la comunidad», pero no le da un papel protagónico al paciente, sino únicamente como destinatario de los servicios.

Lo anterior responde al hecho de que, aunque la Ley posee una denominación adaptada al modelo social e incorpora alguna terminología actualizada en ese sentido, tales aportes fueron simplemente cosméticos, porque el grueso del texto está construido sobre el modelo médico<sup>506</sup>.

---

<sup>505</sup> *Exempli gratia*, en materia de técnicas de reproducción asistida, donación de órganos, establecimiento de la filiación como efecto de estas técnicas.

<sup>506</sup> Así, por ejemplo, originalmente el proyecto de ley que es de 2004 se denominaba: «Ley Orgánica para la participación plena y protagónica de los ciudadanos y ciudadanas con discapacidad». *Cfr.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 479. Con lo anterior no se está afirmando que la habilitación y rehabilitación es contraria a la Convención, pues de hecho la regula expresamente (artículo 26), lo que es opuesto al Tratado es que se minimice la intervención de

ii. Ley del Ejercicio de la Medicina: este importante instrumento legal establece en cuanto al consentimiento del paciente el deber de los médicos de «respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito» (artículo 25.2)<sup>507</sup>. Esta disposición es un desarrollo de la Constitución que determina: «... 3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encuentre en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley» (artículo 46).

De lo anterior se deducen dos ideas: por un lado, que debe crearse un mecanismo que permita a los pacientes o eventuales pacientes consentir sobre los tratamientos médicos a que puedan ser sometidos e incluso sobre su hospitalización o internamiento. Tal mecanismo estaría fundado en los mandatos preventivos notariados o autenticados bajo ciertas formalidades por las autoridades médicas; por otro lado, los adultos ya no son «incapacitados», por tanto, no tiene «representantes legales»; sí pueden tener «representantes

---

la persona con discapacidad en tales servicios, ya que el instrumento internacional alude que lo que se aspira es «que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia (...) inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida» lo cual es muy distinto a lo que se enuncia en la Ley para las Personas con Discapacidad.

<sup>507</sup> En concordancia con el artículo 34 de la misma Ley: «Los actos y procedimientos médicos realizados con fines diagnósticos o terapéuticos que produzcan el acondicionamiento o la pérdida transitoria de las facultades mentales, requieren la autorización por escrito del paciente o de quien tenga su representación legal. En caso de extrema urgencia, si no existiese posibilidad inmediata de obtener el parecer o el criterio del paciente o de su representante, se podrá realizar el procedimiento previa consulta y opinión de otro facultativo...». Por su parte, el Código de Deontología Médica establece: «Artículo 15.- El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados para aplicar los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que considere indispensables y que puedan afectarlos física y psíquicamente. El médico le pedirá su consentimiento informado por escrito. En caso de presentar enfermedad física o mental, la autorización de un familiar inmediato; en caso de menores de edad, la autorización escrita de su representante legal. La autorización debe consignarse en la historia clínica» –recuérdese que este instrumento es fundamentalmente ético y de carácter orientador–.

voluntarios» si así lo han determinado y si los tienen los menores de edad no emancipados<sup>508</sup>; solamente en casos excepcionalmente lo tendrá un adulto si el tribunal que fije la medida de apoyo que la persona con discapacidad requiera para el ejercicio de su capacidad establezca «extraordinariamente» funciones representativas.

En lo referente a los experimentos científicos, la Ley del Ejercicio de la Medicina establece (artículos 97, en concordancia con el 101.2): «La persona debe hallarse bien informada de la finalidad del experimento y de sus riesgos y dar su libre consentimiento...»<sup>509</sup>, lo cual se encuentra perfectamente concordado con la Constitución, como se acaba de ver, e incluso con la Convención que exige que los profesionales de la salud presten servicios «sobre la base de un consentimiento libre e informado» (artículos 15.1 y 25.d).

Donde surgen complicaciones es la segunda parte del aludido artículo 97: «... En caso de incapacidad legal o física, el consentimiento debe obtenerse por escrito del representante legal del paciente y, a falta de este,

---

<sup>508</sup> *Vid.* sobre los menores de edad, el artículo 33 de la Ley del Ejercicio de la Medicina, en concordancia con el artículo 48 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y los artículos 62 y 66 del Código de Deontología Médica.

<sup>509</sup> *Vid.* también la Ley de Medicamento –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 006, de 03-08-00–, «artículo 73.- Toda persona candidata a participar en estudios de investigación, deberá ser previamente informada acerca del alcance y riesgo del ensayo, expresando su consentimiento por escrito y donde manifiesta estar en pleno conocimiento del mismo. Asimismo, deberá ser aprobado por el director de instituto donde se desarrolla la investigación». Por su parte, la Ley de Telesalud –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6207 extraordinario, de 28-12-15– establece: «Consentimiento informado: protocolo mediante el cual se informa a la persona sobre cualquier procedimiento médico con el fin de obtener su autorización plena y consciente de sí mismo o de su representante legal» y «Las consultas y demás casos atendidos con propósitos asistenciales en la Red de Telesalud, requieren de autorización previa, bajo consentimiento informado y por escrito del usuario o usuaria, o del representante legal en caso de niños, niñas y adolescentes, entredichos e inhabilitados; con excepción de aquellos casos en que sea imposible la obtención de la prenombrada autorización» (artículos 5.6 y 12).

de su familiar más cercano y responsable»<sup>510</sup>. Esta norma es claramente inconstitucional y contraria a la Convención, pues la Constitución solo hace excepción para el caso de exámenes médicos cuando está en peligro la vida del paciente o cuando existen motivos expresos en la ley que deben ser objetivos y razonables, elementos que no se deducen de la lectura de la norma legal comentada y serían sumamente difícil de justificar para la experimentación<sup>511</sup>.

<sup>510</sup> En España, puede verse la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica –BOE N.º 274, de 15-11-02, [www.boe.es](http://www.boe.es)–, donde se establece como principio básico: «El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» (artículo 2.3), define al consentimiento informado como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud» (artículo 3). En cuanto al derecho a la información «El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal» (artículo 5.2), «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado...» (artículo 8.1) y, en casos excepcionales, el consentimiento puede ser otorgado por «representación», a saber: «a. Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b. Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia...», añadiendo «... El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes...» (artículo 9, numerales 3 y 7). *Vid.* ELIZARI URTASUN: ob. cit. («Adopción de decisiones...»), pp. 342, 343 y 350, quien comenta que el artículo 9 de la Ley 41/2002 ha sido reformado en dos oportunidades con el objeto de adaptarlo a la Convención: Ley 26/2011 (apartado 7) y Ley 26/2015 (apartado 3.b); «Con todo, es cuestionable si con dicha reforma se cumplen ya suficientemente los mandatos de la Convención».

<sup>511</sup> *Vid.* artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. *Cfr.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 629, «Los experimentos científicos, habían sido considerados en seres humanos siempre que se contara con la autorización de la persona y en tanto el riesgo fuese ínfimo con relación al beneficio que

En cuanto a la Convención, la misma, como se ha dicho repetitivamente, proscribe cualquier incapacitación y promociona el ejercicio personal de los derechos incluyendo los referidos a servicios de salud, y resultaría verdaderamente extraño que el juez conceda facultades extraordinarias de representación al curador para que este se subrogue en el consentimiento de la persona con discapacidad para someterlo a un experimento científico. La doctrina ha manifestado que «la voluntad de la persona en su sano juicio y su libre determinación ha de respetarse»<sup>512</sup>; eso refiriéndolo a exámenes médicos, con mayor razón a los experimentos; más aún bajo este nuevo esquema de respeto a la autonomía personal de las personas con discapacidad<sup>513</sup>.

---

podría reportarse» (también en: «Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 119. UCV. Caracas, 2000, pp. 17 y ss.).

<sup>512</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 629 y 630. Además, señala: «Lo contrario ciertamente afectaría el derecho a la autodeterminación de la persona con relación a la disposición de su cuerpo, aun cuando dicha decisión redunde en perjuicio de su propia vida», y añadía incluso –aunque no bajo un modelo social-convencional– «en caso de incapaces, el representante no puede colocar sus propias convicciones por encima de la vida del incapaz». Hoy en día, al no admitirse la «incapacitación» y la «sustitución» como regla, el curador que asista a la persona con discapacidad deberá respetar la voluntad, deseos o preferencias, expresa o presunta, como se ha dicho.

<sup>513</sup> BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 193, «La obligación de protección de las personas con discapacidad frente a experimentaciones médicas y científicas sin su consentimiento libre e informado vincula indefectiblemente la lectura del artículo 15 con los artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sienta las bases para la protección de prácticas tales como los tratamientos o prácticas médicas dirigidos a la población general pero que son generalmente impuestos a las personas con discapacidad sin su consentimiento». El Comité, en sus «Observaciones finales» al informe de Venezuela (2022), ha manifestado su preocupación sobre «que persistan los internamientos y tratamientos involuntarios, así como las prácticas médicas no consentidas hacia las personas con discapacidad, incluida la esterilización forzada en mujeres y niñas con discapacidad psicosocial y con discapacidad intelectual» (párrafo 32).

Todo lo dicho, sin negar que el profesional de la medicina, así como ocurre con el notario, puede ofrecer apoyo a la persona con discapacidad a los fines transmitirle la información necesaria para la toma de decisión<sup>514</sup>.

En cuanto a la esterilización, se puede decir, como dato anecdótico, que en el Código Civil venezolano de 1942 se contempló como un requisito previo al matrimonio entre leprosos, y debía ser consentida por el hombre que era el que se sometía a la misma, tal regulación fue suprimida con la reforma de 1982<sup>515</sup>. Hoy en día, se considera que la esterilización forzada es un tipo especial de violencia contra la mujer regulada expresamente en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia<sup>516</sup>:

Artículo 19.- Se consideran formas de violencia de género en contra de las mujeres, las siguientes: (...) 14. Esterilización forzada: Realizar o causar intencionalmente a la mujer, sin brindarle la debida información, sin su consentimiento voluntario e informado y sin que la misma haya tenido justificación, un tratamiento médico o quirúrgico u otro acto que tenga como resultado su esterilización o la privación de su capacidad biológica y reproductiva...

iii. Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos<sup>517</sup>: en el caso de este procedimiento especial, los donantes tienen la opción de manifestar su voluntad tanto para donar todos los órganos o de algunos para fines terapéuticos o para investigación o docencia,

<sup>514</sup> Sostiene ELIZARI URTASUN: ob. cit. («Adopción de decisiones...»), p. 353, «no hay que desdeñar que el profesional sanitario acompañe al paciente en la toma de decisiones, velando por que adopte una decisión adecuada, en la que por supuesto han de estar presentes los valores, ideología y trayectoria vital del paciente. Esta relación clínica en la que el médico no solo informa, sino que aconseja y vela por que el paciente decida de forma correcta, armonizándose con su derecho de autodeterminación, puede considerarse en sí misma como un apoyo que fomenta la participación del paciente en la propia decisión».

<sup>515</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. («El matrimonio entre leprosos...»), pp. 159 y ss.

<sup>516</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6667 extraordinario, de 16-12-21, el tipo penal se establece en el artículo 67.

<sup>517</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 808, de 25-11-11.

así como oponerse a ser donantes, existiendo una presunción de ser donante (artículo 27). En el supuesto de donantes vivos –caso excepcional– además de un determinado parentesco (artículo 18) y viabilidad médica, se exige consentimiento informado, revocable (artículo 21) y por escrito (artículo 19), señalando expresamente que «las personas con discapacidad intelectual, no pueden ser donantes».

La anterior prohibición es evidentemente inconstitucional por discriminatoria, pues limita que una persona con diversidad funcional psicológica sea donante de manera absoluta y únicamente en razón a la discapacidad. Obviamente, se está ante un caso complicado en la práctica, pero si la regla es que toda persona pueda ser donante si cumple con los requisitos de parentesco, viabilidad del trasplante y consentimiento, no se comprende la razón para negarle tal opción a un donante con discapacidad psicológica que puede expresar una voluntad, deseo o preferencia, clara e informada, contando con los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad de obrar –que en ningún caso podrán implicar sustitución y cuidará el juez de establecer salvaguardas que eviten en este tema cualquier influencia indebida–. Entonces, no debería prohibirse expresar su aquiescencia de ser donante por el mero hecho de poseer una discapacidad psicológica, lo que origina de suyo que tal coetilla del artículo 19 se considere discriminatorio y contrario a la Convención y a la Constitución.

#### *6.4. Derechos laborales*

En cuanto a los avances en Derecho del Trabajo, pareciera que los mismos son evidentes, pues, recientemente, se ha publicado una Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad. Sin embargo, a riesgo de parecer en extremo severo, nos resulta que dicho instrumento legal se limita a reproducir asuntos ya regulados por la Ley para las Personas con Discapacidad<sup>518</sup> e incorpora en el Derecho interno algunos aspectos

---

<sup>518</sup> Así, por ejemplo, los artículos 7 –políticas laborales–, 8 –formación para el trabajo–, 10.2, 11 –inserción laboral– y artículo 14 –actividades productivas por

tomados de la Convención cuando se refiere esta al trabajo y al empleo (artículo 27), así como principios claves como ajustes razonables y diseño universal que se replican en la Ley especial (artículos 2.3, 10.3 y 15)<sup>519</sup>, pero pierde el foco en lo tocante a los apoyos para las personas con discapacidad.

Ciertamente, la Ley para las Personas con Discapacidad, en su artículo 29, se refiere al «empleo con apoyo integral» al cual están sometidas las personas con discapacidad «intelectual», y se indica «sometidas» en razón de que el referido instrumento señala expresamente que se encuentran «bajo supervisión y vigilancia» estatal. Por su parte, el artículo 13 de la Ley especial, que regula tal asunto, reitera este punto y únicamente lo amplía en el sentido de que el funcionario –del Ministerio del Trabajo<sup>520</sup> o del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (artículos 7 y 22)– en la

---

cuenta propia y emprendimientos– de la Ley especial reproduce parcialmente los artículos 26, 27, 28, 29, 46 y 50.6 de la Ley para las Personas con Discapacidad, respectivamente. Por su parte, el artículo 9 –protección familiar– estaría en sincronía con la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (artículos 347 y 420.4; véase también el artículo 290 relacionado con la inserción laboral), aunque se refiere al caso de colocación familiar y tutela, en cambio, la Ley Orgánica se refiere a hijos. Sobre el tema de los emprendimientos, véase la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6656 extraordinario, de 15-10-21– en el sentido de ofrecer preferencias a las personas con discapacidad (artículos 6.4 y 11). *Vid.* también la Ley de la Gran Misión Chamba Juvenil –*Gaceta Oficial* N.º 6633 extraordinario, de 07-07-21– que alude a programas y planes educativos, productivos y laborales para juventudes con discapacidad (artículo 9).

<sup>519</sup> El Comité, en sus «Observaciones finales» al informe de Venezuela (2022), sostuvo su preocupación ante el hecho de que «el Estado parte no tenga un programa estructurado para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, que persistan los talleres protegidos como forma de trabajo y que no se contemple explícitamente la denegación de ajustes razonables en el trabajo como forma de discriminación» (párrafo 46).

<sup>520</sup> En concordancia con los artículos 499.7, 507.4 y 514 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. En lo tocante a las condiciones de medioambiente de trabajo, véase artículos 59.1 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y 5.1 de su Reglamento parcial.

actividad de «supervisión, inspección y vigilancia» comprenderá «visitas regulares a los fines de brindar orientación a ambas partes».

Obviamente, esta visión no se compagina con el modelo social y el desarrollo adecuado de los apoyos, que en este caso no se refieren al ejercicio de la capacidad jurídica –salvo el que requiera a los fines de suscribir el contrato de trabajo–, sino apoyos de carácter más asistencial<sup>521</sup>, pero que aun así la asistencia no es tener un «policía» a cuesta, sino una persona que acompañe, asesore, complemente la actividad y coadyuve a que la persona con discapacidad realice la tarea con autonomía según sus características personales y contando con los ajustes razonables que se demanden. A lo anterior es a lo que se refiere la Convención cuando indica «apoyarlas» al «mantenimiento del empleo» (artículo 27.e) e incluso la Ley especial destaca como principio la «participación protagónica» (artículo 3).

Por tanto, el legislador debe deslastrarse de esa concepción paternalista y generar los espacios para que las personas con discapacidad –incluso con diversidad psicológica– puedan laborar en condiciones satisfactorias y acordes, y así disfrutar de dicha actividad que por definición es

---

<sup>521</sup> *Exempli gratia*, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece el deber de poner a «disposición» centros educativos dirigidos a la incorporación de las personas con discapacidad al proceso social del trabajo, «brindando el necesario apoyo y acompañamiento en materia educativa» (artículo 505.2). *Vid.* FLORES *et al.*: ob. cit. («Marco jurídico...»), p. 36, «La formación laboral incide de forma sustancial para acceder al mercado de trabajo y constituye un paradigma que, en la actualidad, aún ha sido complejo de ser superado para el colectivo de personas con discapacidad». ÁLVAREZ: ob. cit. («Vulnerabilidades en el derecho...»), p. 148, recuerda que, en el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2016, se indica: «15. Para la mayoría de las personas con discapacidad, el acceso a un apoyo de calidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad, haciendo elecciones como las demás personas. Sin un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están más expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas. La prestación de un apoyo adecuado es necesaria para hacer valer toda la gama de derechos humanos y permite a las personas con discapacidad alcanzar su pleno potencial...».

fundamental para alcanzar algunos de los fines del Estado, a saber: «el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad» (artículos 3 y 81 de la Constitución)<sup>522</sup>.

### 6.5. Ejercicio del sufragio

En otra oportunidad se reflexionó sobre el voto por parte de las personas con discapacidad, ello en razón de las transformaciones que se habían observado en diversos ordenamientos que habían realizado adecuaciones a los fines de levantar las trabas para que los individuos con diversidad funcional puedan ejercer el sufragio como expresión de la libertad de elegir y de autodeterminar los gobernantes que dirigen el destino del país<sup>523</sup> y que afectan el plan de vida personal de cada quien. Por eso se indicó:

... el derecho al sufragio no es otra cosa que el ejercicio directo y concreto de la libertad individual y, si bien pudiera pensarse que el mismo es fundamental para la democracia, lo es más para la autodeterminación personal, pues sus restricciones, más allá de afectar el sistema democrático, conculca el derecho que todo individuo posee de intervenir en la selección de sus representantes y en tomar partido sobre las políticas e ideologías que ellos simbolizan. Por tanto, cuando se limita tal derecho no solo

---

<sup>522</sup> Vid. ÁLVAREZ: ob. cit. («Vulnerabilidades en el derecho...»), p. 152, «El empleo, sin lugar a dudas, posibilita a una persona a acceder a una vida independiente y autónoma, lo que impacta en su familia, además de en cada ámbito de pertenencia. Tener trabajo, tener los apoyos necesarios es el camino para que las personas con discapacidad puedan lograr su plena inclusión en la comunidad».

<sup>523</sup> En palabras de OCHOA, Francisco: «El sufragio obligatorio». En: *Estudios jurídicos*. Imprenta Gutenberg de vapor Alvarado y C. A. Maracaibo, 1892, p. 69, «El sufragio es la salvaguarda de todos los derechos y el sustento de los gobiernos populares. Suprimid esa función, cohibidla por lo menos, y veréis erigido el despotismo y ahogado los derechos y la libertad»; más adelante en el opúsculo: «El sufragio universal, directo y público», añade: «Excluir a un solo ciudadano del ejercicio de esa fórmula sagrada, es hacer de él un paria y condenarlo a una humillante e injusta incapacidad» (p. 130).

se genera una afrenta contra el sistema político, sino además contra la libertad como derecho básico e inherente de todo ser humano<sup>524</sup>.

En Venezuela, el asunto tiene, de entrada, ribetes constitucionales, pues es el propio texto superior el que establece algunas disposiciones que permiten deducir limitaciones al ejercicio de la ciudadanía para aquellas personas que son objeto de una «interdicción civil» y que las excluye como electoras, (artículos 39 y 64 de la Constitución). Empero, debe recordarse que el texto constitucional es previo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y por ello no desarrolla el paradigma social que establece expresamente que las personas con discapacidad tienen derecho a la participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás individuos, en particular, «el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas» y, en general, «fomentar su participación en los asuntos públicos» (artículo 29).

Ahora bien, se ha indicado *supra* que la «interdicción» o «incapacitación» como medida judicial que limita la capacidad de obrar de las personas con discapacidad es contraria a la propia Constitución al suscribirse la Convención que contiene normas sobre derechos humanos más favorables, por tanto, con jerarquía constitucional y prevalencia (artículo 23 de la Constitución).

Entonces, hoy en día y según las adecuaciones comentadas al inicio de este capítulo, ya ninguna persona puede ser objeto de una medida de «interdicción civil», por lo que no surgiría el presupuesto jurídico que genera la limitación al sufragio en las personas con discapacidad, como de hecho ha ocurrido en ordenamientos foráneos<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El voto de las personas con discapacidad intelectual. Una visión desde la libertad». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 14. Caracas, 2020, p. 319.

<sup>525</sup> Así, por ejemplo, el informe elaborado por PATER, Krzysztof: *El derecho real de voto en las elecciones al Parlamento Europeo de las personas con discapacidad*. Comité Económico y Social Europeo. Bruselas, 2019, p. 8, sostiene: «resulta crucial cambiar la

Lo expuesto no borra de la realidad el supuesto fáctico de que en un caso concreto, como lo sería, por ejemplo, que un niño<sup>526</sup> no pueda directamente expresar una voluntad política válida, en tal escenario no votará atendiendo a una justificación razonable y objetiva<sup>527</sup>, propia del nivel de

---

actitud hacia las personas que sufren discapacidad intelectual o problemas de salud mental que, beneficiándose de medidas de protección, se ven privadas del derecho de voto. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indican claramente que todos los países cuyos ordenamientos jurídicos quiten automáticamente el derecho de voto a las personas privadas de capacidad jurídica deberían ajustarlos a las obligaciones internacionales, y establecer al menos la evaluación judicial individual. Es muy probable que, en los próximos años, la posición del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad confirme que la privación del derecho de voto no es aceptable en el marco de la Convención». Véase: en Italia, la «*Legge Basaglia*» (1978), que modifica el artículo 48 de la Constitución sobre la restricción por incapacidad civil; en España, consúltese la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad –BOE N.º 294, de 06-12-18, [www.boe.es](http://www.boe.es)–, que reforma el artículo 3, numeral 1 literales b y c, y 2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. *Cfr.* LEÓN ALONSO, Marta: «La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de Reforma del Régimen Electoral General: una revisión del concepto de capacidad electoral». En: *IgualdadES*. N.º 1. CEPC. Madrid, 2019, pp. 207 y ss., y en la anterior *Revista*: BARRANCO AVILÉS, María Carmen: «Democracia, sufragio universal y discapacidad», pp. 195 y ss.; FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos: «La tramitación parlamentaria de la reforma del sufragio de las personas con discapacidad: elementos para un debate», pp. 222 y ss. Otros países que no limitan el acceso al sufragio por «incapacitación» son: Austria, Croacia, Países Bajos, Letonia, Suecia y Reino Unido.

<sup>526</sup> Sobre este tema véase: VARELA CÁCERES: ob. cit. («El voto de las personas...»), pp. 320-322 –del mismo autor: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), *passim*; MARSHALL, Pablo: «El derecho a sufragio de los menores de edad: capacidad y edad electoral». En: *Revista de Ciencia Política*. N.º 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2017, pp. 1 y ss.; PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Primera cuestión sobre la reforma electoral: la mayoría de edad para el ejercicio del sufragio». En: *El Derecho y el revés* [blog]. 2008, <https://presnolinera.wordpress.com>.

<sup>527</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: «La inconsistencia del fundamento constitucional de la eliminación de la posibilidad de restricción judicial del sufragio por causa de discapacidad mental». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 121. CEPC. Madrid, 2021, p. 52, comenta que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho al voto a todos los ciudadanos

maduración y desarrollo de las condiciones físicas, intelectuales y morales que vive el sujeto a esa temprana edad.

En la hipótesis de las personas con discapacidad también puede ocurrir, aun efectuándose los ajustes razonables y ofreciendo los apoyos adecuados dirigidos a lograr que la propia persona exteriorice su voluntad política, que esta no pueda manifestarla. En tal caso, no operaría –ni de forma excepcionalísima– la sustitución, pues es conteste la doctrina en señalar que este derecho fundamental es de carácter personalísimo y solo puede ejercerlo el titular.

Como en este asunto está directamente mezclado la democracia como valor superior del ordenamiento jurídico (artículos 2, 3 y 6 de la Constitución) y la seguridad jurídica implícita en elecciones libres (artículo 63 de la Constitución), puede perfectamente ocurrir que, en el procedimiento judicial de provisión de apoyos comentado *supra*, y según el informe técnico integral y otros elementos probatorios, el juez llegue a la convicción de que la persona con discapacidad pueda ejercer por sí misma el derecho al sufragio activo con ajustes y apoyos para el ejercicio de la capacidad por parte del titular y lo comunique al Consejo Nacional Electoral a los fines de que se tomen las medidas pertinentes, como las que se describen en la Ley para las Personas con Discapacidad:

Artículo 51.- Las personas con discapacidad tienen derecho a la participación política. El Estado, mediante el uso de avances tecnológicos y de facilitación, garantizará que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales para el ejercicio del derecho al sufragio por parte de las personas con discapacidad sean apropiados, accesibles y fáciles de entender y utilizar en procura de su máxima independencia posible para

---

«sin restricciones indebidas» y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación general N.º 25 de 1996, ha señalado que «el ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos».

emitir su voto en secreto y sin intimidación, en elecciones y referendos populares...<sup>528</sup>

Por su parte, la Ley Orgánica de Procesos Electorales:

Artículo 128.- Los electores o las electoras ejercerán su derecho al voto en forma individual y a fin de garantizar ese derecho, las o los miembros de la Mesa Electoral no permitirán que el elector o la electora esté acompañado o acompañada de otra persona durante el trayecto comprendido entre el sitio donde se encuentran las o los miembros de la Mesa Electoral hasta el lugar dispuesto para votar. Quedan exceptuados de la presente disposición, los electores y las electoras analfabetas, invidentes y con cualquier otra discapacidad y los y las de edad avanzada, quienes podrán ejercer su derecho al sufragio en compañía de una persona de su elección...

Como colofón a este epígrafe, al eliminarse la «interdicción» como figura del Derecho Civil que limitaba la capacidad de obrar incluso electoral, ya no existe impedimento jurídico para que las personas con discapacidad ejerzan «personalmente» el derecho al voto contando con los debidos ajustes y apoyos requeridos –se reitera de asistencia, jamás de sustitución–. Únicamente no podrán sufragar en las elecciones que se convoquen aquellas personas que carezcan de «capacidad natural»<sup>529</sup>, es decir,

---

<sup>528</sup> En concordancia con la Convención que establece: «i. La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar», «iii. La garantía de la libre expresión de la voluntad de la persona con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar» (artículo 29.a).

<sup>529</sup> PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «La titularidad del derecho de participación política». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N.º 104. UNAM. México D. F., 2002, p. 523, la denomina «capacidad de autodeterminación política» y señala que la misma es «fruto de la posibilidad de comprender las diferentes opciones y de discriminar entre ellas las que se consideran preferibles para la orientación de la sociedad, es, pues, una exigencia inherente a la participación y, por este motivo, su ausencia es un límite lógico de ese derecho». *Cfr.* GÁLVEZ MUÑOZ: ob. cit.

que no puedan manifestar directamente y personalmente al momento de la votación una voluntad política por determinado candidato o posición, pues, como se indicó, esta materia es personalísima y no se admite la representación por terceros, lo que genera que la imposibilidad material de participar es la única limitante real al ejercicio de este derecho por parte de las personas con diversidad funcional.

### 6.6. *Matrimonio*

En materia de matrimonio existen requisitos particulares para celebrar tal vínculo familiar, que no se duda de calificar como uno de los más importantes para el individuo en el ámbito civil, pues abre las puertas para la constitución de un hogar con cierta estabilidad y permanencia, que además esta protegido preferentemente por la Constitución (artículo 77)<sup>530</sup>.

En efecto, el Código Civil establece como requisitos, además de la edad<sup>531</sup> y salud (artículo 47), cierta «capacidad matrimonial»<sup>532</sup>, en el entendido

---

(«La inconsistencia del fundamento...»), pp. 55 y 59, para quien el derecho de sufragio «demanda esta capacidad de autodeterminación política en su ejercicio. Esta es un presupuesto indispensable de la participación política, que ha de ser necesariamente consciente y libre para poder ser auténtica. La capacidad de autodeterminación política es, pues, un elemento básico de la configuración del derecho de sufragio», que «es exigible siempre a cualquier persona»; de allí que es «perfectamente posible cuestionar la existencia de la capacidad electoral de cualquier persona en el momento mismo de la expresión del sufragio en un proceso electoral concreto si se pone de manifiesto de forma clara la falta de conciencia y voluntad en el elector».

<sup>530</sup> Decía GARCÍA GOYENA: ob. cit. (*Concordancias, motivos...*), t. I, p. 62, «El matrimonio es entre todas las acciones humanas la más interesante, y casi decisiva de la felicidad o desdicha de la vida».

<sup>531</sup> Vid. artículo 12 de la Ley para la Prevención y Erradicación del Abuso Sexual Contra Niñas, Niños y Adolescentes, que establece la edad mínima de hombres y mujeres para contraer válidamente matrimonio y uniones estables de hecho y que deroga el artículo 46 del Código Civil que regulaba la edad para el *ius connubii*. Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 241-248.

<sup>532</sup> Con respecto a la unión estable de hecho, véase nuestra obra: *Estudios de Derecho de Familia*. Editorial RVLJ. Caracas, 2020, p. 249, donde se señala que, si bien no

de que señala: «Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en su juicio...» (artículo 48). Sobre este particular la doctrina ha señalado:

... la capacidad matrimonial no depende de la capacidad legal sino del discernimiento. Por ende, ciertos incapaces de obrar pueden contraer matrimonio siempre que cuenten con una edad o condición mental que le permita medir la trascendencia y consecuencias del negocio jurídico personal a realizar (...) se concluye que el único incapaz de obrar absoluto que tiene proscrito el matrimonio en razón de su ausencia total de discernimiento es el entredicho judicial<sup>533</sup>.

Estando hoy proscrita la «interdicción» o «incapacitación», ya no operaría esta limitante formal, pues todos los mayores de edad tendrían actualmente capacidad de obrar. En palabras de DE VERDA Y BEAMONTE, que aunque referidas al ordenamiento español son perfectamente aplicables:

Hoy en día, evidentemente, este problema ya no se plantea, pues la incapacitación ha desaparecido del Código Civil, con Ley 8/2021 (...) Con ella, se produce un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad de obrar; por el contrario, se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita

---

puede hablarse de capacidad matrimonial, sí se alude a una voluntad de constituir un hogar, es decir, «Aunque se está ante una relación de hecho, ello no borra que debe existir una voluntad subyacente en la pareja destinada a la conformación de un hogar común. Ahora bien, a diferencia del matrimonio, en el cual, al momento de su constitución inicial existe una clara manifestación de voluntad en los consortes, aquí dicha aquiescencia no es necesario que sea expresa; al contrario, normalmente surge de los hechos que evidencian la configuración de un lazo afectuoso, que tiene por objeto establecer un ambiente familiar, es decir, donde se desarrolle la familia».

<sup>533</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2.ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 71.

el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica<sup>534</sup>.

Empero, se mantendría el requisito subjetivo de «hallarse en su juicio», el cual alude a cordura<sup>535</sup>, razón<sup>536</sup>, salud mental<sup>537</sup> o pleno uso de sus facultades<sup>538</sup>, es decir, que no se encuentre bajo una afección psicológica que le

<sup>534</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Discapacidad y matrimonio», [www.idibe.org](http://www.idibe.org). Por tanto, como enfatiza ÁLVAREZ LATA: ob. cit. («El impacto de la reforma...»), p. 21, la Convención «es contraria a cualquier discriminación y limitación previa del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, por razón de la discapacidad (...) la regla, también en los negocios de Derecho de familia, es que la persona con discapacidad podrá realizar el acto por sí misma o con los apoyos ya provistos o que le puedan proveer para el acto en concreto».

<sup>535</sup> LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. T. I. 2.<sup>a</sup>, UCAB. Caracas, 2006, p. 260, «la capacidad matrimonial presupone, entre otros elementos, la posibilidad de entender lo que es el matrimonio y la de querer el matrimonio *in concreto* que se pretende contraer. Esa posibilidad de entender y de querer, únicamente la tienen las personas cuerdas, es decir, las que se encuentran en su sano juicio: quien no es cuerdo adolece de incapacidad matrimonial»; si se celebra el matrimonio por un contrayente con «falta de cordura», estaría sancionado con nulidad relativa según aplicación extensiva del artículo 121 del Código Civil (pp. 408 y 409).

<sup>536</sup> GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel: *Lecciones de Derecho de Familia*. 16.<sup>a</sup>, Vadell Hermanos Editores. Valencia, 2009, p. 113, «La declaración de voluntad de quien contrae matrimonio debe emitirse en forma deliberada y consciente; la falta de razón en el momento de la celebración determina la carencia de aptitud necesaria para que haya verdadero acto».

<sup>537</sup> PADRÓN DE MELET, Antonia y GONZÁLEZ DE GOIZUETA, Carmen: *Derecho de Familia*. 6.<sup>a</sup>, s/e. Valencia, 1991, p. 96, afirman: «Solo pueden contraer matrimonio las personas sanas de mente, es decir, las que se encuentran en su sano juicio y pueden apreciar y entender lo que es el matrimonio».

<sup>538</sup> SOJO BIANCO, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. 14.<sup>a</sup> Mobil-Libros. Caracas, 2007, pp. 104 y 105, indica: «quien esté afectado de alguna enfermedad mental o de cualquier otra afección patológica o traumática o de causa que en alguna forma inhiba sus facultades de raciocinio, carecerá de aptitud para conocer el alcance y la importancia del acto a celebrar y, por tanto, de expresar válidamente su aceptación o no (...) en general, todos aquellos que al tiempo de la celebración del matrimonio no están mentalmente sanos o han perdido el juicio aunque sea en forma pasajera, no son aptos para contraer válidamente matrimonio. Por lo que deben

impida manifestar su aquiescencia para la celebración del acto matrimonial, ya que se exige un libre consentimiento (artículos 77 de la Constitución, en concordancia con el 49 del Código Civil)<sup>539</sup>.

Esta situación ha sido tomada muy en cuenta por la Convención, ello en razón de que las personas con discapacidad han sido históricamente discriminadas en lo referente a las instituciones familiares, estableciéndose limitantes y restricciones únicamente fundadas en la diversidad funcional, lo que en definitiva afecta el disfrute por tales personas del matrimonio, la paternidad y maternidad, el establecimiento de la filiación, la posibilidad de adoptar o de ser adoptado, la planificación familiar, entre otras<sup>540</sup>.

Así, para remediar esta situación, la Convención establece que el Estado suscriptor debe tomar medidas efectivas para asegurar que: «... a. Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges...» (artículo 23)<sup>541</sup>.

---

también incluirse quienes se hallen bajo influencia del alcohol o de una sustancia estupefaciente u otra droga psicotrópica, o bajo sugestión hipnótica o en estado de confusión mental, exaltación o delirio».

<sup>539</sup> Comenta VILLEGAS PULIDO, G. T.: *El matrimonio. Estudio de medicina legal en relación con la ley venezolana*. 2.<sup>a</sup> Litografía del Comercio. Caracas, 1920, p. 9, «Un acto tan solemne como el matrimonio, que compromete toda la existencia, no debe llevarse a cabo sin que los contrayentes hayan consentido libremente. Siendo el libre consentimiento de las partes la condición indispensable y esencial, la base fundamental de la unión conyugal, no hay matrimonio si no ha existido ese consentimiento».

<sup>540</sup> Cfr. BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 82, recuerda que «la gran mayoría de las legislaciones nacionales vigentes, sustentadas a su vez por prácticas sociales muy arraigadas, contemplan graves restricciones al ejercicio de los derechos de familia cuando se trata de personas con discapacidad. Pensemos, por ejemplo, en las restricciones generalizadas hacia personas con discapacidad intelectual o mental para contraer matrimonio, para ejercer la patria potestad, para adoptar o para ejercer sus derechos reproductivos».

<sup>541</sup> De allí que al Comité, en sus «Observaciones finales» al informe de Venezuela (2022), apunte: «... recomienda al Estado parte que revise su legislación y reconozca de forma explícita el derecho de las personas con discapacidad, incluidas

Como se observa, existe plena sincronía entre la Convención y la reinterpretación del Código Civil, en el sentido de que lo que se demanda para contraer matrimonio es el consentimiento libre de los contrayentes y para ello, además de estar indemne de vicios de la voluntad –error, dolo y violencia–, se requiere que se exprese con «juicio»<sup>542</sup>, lo cual será ponderado por el registrador civil o el funcionario que celebre el acto matrimonial<sup>543</sup>.

En tal sentido, será el funcionario el que tomará las medidas para que se le dote al contrayente, si los requiere, de ajustes razonables<sup>544</sup> y apoyos en ejercicio de la capacidad o, si considera que carece de juicio al momento de celebrar el acto, deberá tramitar el expediente matrimonial como un supuesto de oposición y, en consecuencia, remitirlo al juez competente (artículos 79 del Código Civil, 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil)<sup>545</sup>.

---

las personas con discapacidad psicosocial y con discapacidad intelectual, al matrimonio» (párrafo 41).

<sup>542</sup> Para ÁLVAREZ LATA: ob. cit. («El impacto de la reforma...»), p. 21, sería suficiente con «un modelo que simplemente exija la capacidad de consentir la constitución de la pareja de hecho (o del matrimonio, en su caso), en el sentido de requerir una voluntad negocial suficiente que, en este caso, suponga comprender el sentido y efectos jurídicos de la decisión».

<sup>543</sup> Véase sobre las formalidades de la celebración del acto, la Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 108) y sobre el supuesto de «matrimonio en artículo de muerte» donde se demanda dejar constancia en el acta de «... los datos de la certificación médica que da fe del estado de salud de uno o ambos contrayentes, la apreciación de los testigos sobre el estado de lucidez mental de los contrayentes» (artículo 112 *eiusdem*).

<sup>544</sup> La Ley Orgánica de Registro Civil establece en cuanto a la manifestación de voluntad: «... En caso de personas con discapacidad auditiva o visual, su aceptación se hará constar por escrito. Si estos no pudieren hacerlo, se formulará la aceptación a través de la lengua de señas venezolana» (artículo 104). Anteriormente, este supuesto estaba regulado en el artículo 90 en concordancia con el artículo 410 del Código Civil, ambos derogados.

<sup>545</sup> Siguiendo a DE VERDA Y BEAMONTE: ob. cit. («Discapacidad y matrimonio»), se puede indicar que en el Código Civil español, si bien inicialmente se partía de la «aptitud natural de entender y de querer las consecuencias del acto que celebraban» los consortes, pues aludía al «pleno ejercicio de su razón» (artículo 83.2), con la reforma de 1981 se suprimió tal exigencia, entendiéndola contenida en el artículo 73.1, que alude a la falta de consentimiento como supuesto de nulidad, estableciéndose

## 6.7. Sucesiones

En esta materia, el Código Civil alude a la «capacidad para disponer por testamento», también denominada *testamenti factio* o testamentifacción activa<sup>546</sup> y corresponde a la cualidad que posee una persona para disponer por acto de última voluntad otorgando testamento<sup>547</sup>, es decir, aptitud para expresar una voluntad dirigida a producir efectos y transmitir relaciones para después de su muerte<sup>548</sup>. En concreto se establece:

Artículo 836.- Pueden disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la ley.

---

en 1981 que el contrayente «afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento» (artículo 56.11), esta última disposición fue reformada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 y nuevamente en 2017, estableciendo ahora que el funcionario conseguirá «la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Entonces, según DE VERDA Y BEAMONTE, «la “condición de salud” que obliga al funcionario autorizante a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que “de modo evidente, categórico y sustancial” puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial». De esta forma, se ha efectuado la adecuación a la Convención.

<sup>546</sup> Cfr. LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *Derecho de Sucesiones*. T. I. 3.ª, UCAB. Caracas, 2003, p. 158.

<sup>547</sup> SANZO, Benito: «Naturaleza jurídica del testamento». En: *Estudios jurídicos*. UCV. Caracas, 1984, p. 39, señala que el testamento «es un negocio jurídico unilateral, por cuanto está destinado por su naturaleza, a regular un interés, reconocido como tutelable por la norma, imputable exclusivamente a su autor; y, por lo tanto, una sola voluntad es suficiente para que el acto se produzca».

<sup>548</sup> Para TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Teoría general del Derecho Sucesoral*. UCV. Caracas, 1981, p. 358, «es la aptitud o la medida de la aptitud para realizar o llevar a cabo el acto jurídico de testar, para otorgar testamento, para manifestar la voluntad de disposición *post mortem* total o parcial del patrimonio, o de hacer otra ordenación permitida legalmente».

Artículo 837.- Son incapaces de testar: 1. Los que no hayan cumplido 16 años, a menos que sean viudos, casados o divorciados. 2. Los entredichos por defecto intelectual. 3. Los que no estén en su juicio al hacer el testamento. 4. Los sordomudos y los mudos que no sepan o no puedan escribir. Artículo 838.- Para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento.

De una lectura atenta del artículo 836 se aprecia que lo que persigue el legislador es subrayar la regla general según la cual en principio toda persona puede otorgar testamento, salvo que expresamente se le restrinja dicha opción, lo cual se detalla en el artículo 837 que alude a cuatro supuestos donde el legislador ha limitado la capacidad de ejercicio en lo referente al testamento. Ahora bien, los casos del artículo 837 deben ser revisados bajo el crisol de la Convención, pues deben ajustarse a las normas de derechos humanos que contiene el Tratado y que por disposición constitucional son de aplicación preferente.

En cuanto a la capacidad para testar de los menores de edad, se fija en los 16 años de edad, con la posibilidad de reducirla aún más en caso de emancipación<sup>549</sup>, supuesto más teórico que práctico, pues, como se advirtió *ut supra*, actualmente la edad para el matrimonio se elevó a los 16 años de edad<sup>550</sup>.

En lo que se refiere al segundo supuesto que alude a los «entredichos»<sup>551</sup>, ya se ha advertido –*ad nauseam*– que en atención a la Constitución, que

<sup>549</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La emancipación y la capacidad evolutiva de los niños y adolescentes». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-III. Caracas, 2018, pp. 763 y ss.

<sup>550</sup> Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 241-248.

<sup>551</sup> Apuntaba DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Sucesorio*. 2.ª, Editorial RVLJ. Caracas, 2019, p. 341, «El entredicho judicial es el único adulto sometido a incapacidad civil que no puede testar (...) la incapacidad se acredita con la respectiva sentencia de interdicción recaída con anterioridad al otorgamiento del testamento, sin que sea factible probar que se actuó en un intervalo de lucidez, porque opera una suerte de presunción *iuris et de iure*, respecto a la ausencia de capacidad en materia testamentaria».

establece que las normas sobre derechos humanos más favorables son de aplicación preferente, desplazando a las de Derecho interno, hoy en día no puede restringirse la capacidad de ejercicio por el motivo de poseer el sujeto una diversidad funcional; por lo tanto, se encuentra proscrita la «interdicción» o «incapacitación» que regula el Derecho común<sup>552</sup>. En síntesis, al no poder el juez declarar a ninguna persona «entredicha», sino a lo sumo ofrecerle medidas de apoyos si las requiere para el ejercicio de la capacidad, el supuesto del segundo numeral pierde su razón de ser.

El tercer tipo alude, al igual que se vio para el caso del matrimonio, a «estar en su juicio», lo que no es otra cosa que una ponderación subjetiva del estado psicológico del otorgante al momento de pretender manifestar la voluntad<sup>553</sup>. Comenta GORDILLO:

<sup>552</sup> Comenta GARCÍA RUBIO: ob. cit. («Algunas propuestas...»), p. 175, refiriéndose al Derecho español, ante una eventual reforma que terminó cristalizándose, «se subraya la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial *ex ante* para testar, de modo que dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer el testamento, usualmente por el notario».

<sup>553</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho...*), pp. 341 y 342, «El supuesto responde al caso de la denominada “incapacidad natural” que tiene lugar cuando sin mediar incapacitación se carece de discernimiento. Debe tratarse de una afección que menoscabe sustancialmente la decisión o voluntad del testador; no es, pues, suficiente cualquier enfermedad mental, sino que la misma debe privar de la lucidez que precisa el acto de testar». Para GARCÍA DE ASTORGA: ob. cit. («La administración de la comunidad...»), p. 515, «en materia de incapacidad natural, tiene relevancia no solamente un estado de enfermedad mental habitual, sino también un estado emotivo “imprevisto y transitorio” con tal que pueda ser demostrado que existía para el momento de cumplimiento del negocio, siempre que produzca un desorden psíquico que impida al sujeto la capacidad de entender y de querer». Sostiene TORRES-RIVERO: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 373 y 374, «La incapacidad por no juicio se refiere a situaciones de defecto intelectual de hecho, que se prueban con los medios admisibles legalmente, en los cuales el médico-legal tiene prevalencia (...) El punto es de alegato y prueba, y sostenemos que hay que resolverlo casuísticamente, de acuerdo con la convicción que surja de la intensidad de la anomalía»; LÓPEZ HERRERA: ob. cit. (*Derecho de Sucesiones*), p. 161, «La jurisprudencia ha señalado que no estar el testador en su sano juicio, significa que carece, en el momento de otorgar el testamento, de la facultad de deliberar y de decidir, necesarias para ese acto».

... la peculiaridad del testamento va a permitir verificar la capacidad del testador atendiendo solo al momento de su otorgamiento, sin que la habitualidad sofoque aquí la realidad *actu* distinta. Siguiendo la expresión legal, el que accidentalmente no se hallare en su cabal juicio está incapacitado para testar<sup>554</sup>.

Esta hipótesis mantiene toda su vigencia, en el sentido de que la Convención no altera las reglas de apreciación de lo que se ha denominado tradicionalmente «capacidad natural», presupuesto básico de todo consentimiento para que sea válido<sup>555</sup>.

Aquí lo que ocurre es que deberá siempre el funcionario<sup>556</sup> que pretenda recibir la exteriorización de la voluntad testamentaria verificar previamente la capacidad natural del otorgante, es decir, si está en su juicio –como se dijo para el caso del matrimonio, si es cuerdo, tiene razón, salud mental

---

<sup>554</sup> GORDILLO CAÑAS: ob. cit. (*Capacidad, incapacidades...*), p. 217.

<sup>555</sup> Por lo anterior, la normativa del Código Civil español, que es muy similar a la nuestra en este punto (artículos 662-666), actualmente producto de la Ley 8/2021, establece en el artículo 663 que no pueden testar: «2. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Además de adecuar a la Convención el denominado «juicio notarial de capacidad» (artículo 665 del Código), que se ha comentado *supra* como «apoyo notarial» (capítulo III).

<sup>556</sup> Téngase en cuenta que del Código Civil se infiere que es el registrador público el encargado de la inscripción del testamento (artículo 852), lo cual ratifica la Ley de Registros y Notarías cuando al referirse a los actos que se inscriben el Registro Público al señalar «aquellos previstos en el Código Civil» (artículo 46), además de contemplar la tasa por servicio (artículo 83.20), la novedad se observa en que la referida Ley especial le asigna competencia en materia de otorgamiento de testamentos a los notarios (artículos 75 numerales 6, 7 y 8, en concordancia 86.3), pudiendo ambos funcionario habilitar el otorgamiento (artículo 29.2). También puede otorgarse ante cinco testigos sin presencia del registrador (artículos 854 y 855 del Código Civil); en ese caso, se presentará ante el juez para su reconocimiento, siendo que en este los testigos deberán indicar «si, a su juicio, el testador se hallaba en estado de hacer testamento» (artículo 917 del Código de Procedimiento Civil). Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho...*), pp. 404-407.

o está en pleno uso de sus facultades<sup>557</sup>— y solo en casos evidentes y graves que nublen totalmente la manifestación de voluntad podrá limitarse la posibilidad de testamentifacción activa<sup>558</sup>, pues téngase en mente que las premisas sobre las cuales se estructura esta materia comienza aludiendo que la capacidad es la regla, y la incapacidad de ejercicio la excepción (artículo 836), por lo que corresponde la interpretación restrictiva de los motivos de incapacidad de obrar<sup>559</sup>.

Justamente para fortalecer esta idea, la doctrina ha aludido al «juicio sobre capacidad» que hace el funcionario en el cual califica la «capacidad de testar» evaluando si la posee o no para el momento justo en el cual se otorga el acto de última voluntad y no ponderando los hechos que puedan serle antecedentes o los posteriores (artículo 838)<sup>560</sup>.

---

<sup>557</sup> En palabras del legislador español en la reforma del Código Civil según la Ley 8/2021, artículo 655: cuando el testador «... pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones» de última voluntad.

<sup>558</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho...*), p. 343, es enfática: «que prive enteramente de la capacidad o discernimiento para dicho acto, porque lo contrario supondría un menoscabo de la autonomía y la dignidad». Cfr. FERRARA, Celestino: *Sucesiones*. T. I. Ediciones Vegas Rolando. Caracas, 1977, p. 89, «Basta, como dice la ley, que el otorgante no esté en su juicio en el momento del otorgamiento. El defecto intelectual puede ser momentáneo o pasajero, y sin embargo, puede revestir tal carácter que prive por completo de la razón al que lo padece en un momento determinado».

<sup>559</sup> Vid. GARCÍA RUBIO: ob. cit. («Algunas propuestas...»), p. 175, señala que en España «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».

<sup>560</sup> Así, por ejemplo, HERRERA MENDOZA: ob. cit. (*Estudios sobre Derecho...*), p. 271, siguiendo a SAVIGNY, comenta: «las calificaciones físicas del testador; se conectan exclusivamente al hecho del testamento y no es necesaria la capacidad, sino en la época del otorgamiento. Todo cambio posterior no tiene ninguna influencia; no valida el testamento la capacidad que no existía en esa época; no lo anula la incapacidad sobreviniente (...) el testamento hecho por un hombre sano de espíritu permanece válido, aunque su autor sea después afectado de enajenación mental, y muriese en ese estado».

Sobre este rol de los funcionarios registrales o notariales de «calificación», se ha observado en el ordenamiento jurídico nacional una reciente tendencia de aumentar su participación, en contraste con su intervención anterior, en la cual eran simples receptores con un rol muy pasivo<sup>561</sup>. Así, la Ley de Registros y Notarías se refiere expresamente a la «función calificadora» (artículo 41), regulando los efectos y el trámite en caso de negativa del funcionario a inscribir el acto en el registro (artículo 42), aspectos que son de observancia en materia de testamento por remisión del Código Civil (artículo 852), aclarando muy en sintonía con el artículo 838 del Código lo siguiente:

Artículo 43.- Fundamento de la calificación. Al momento de calificar los documentos, la registradora o registrador titular se limitará exclusivamente a lo que se desprenda del título y a la información que conste en el Registro, y sus resoluciones no prejuzgarán sobre la validez del título ni de las obligaciones que contenga<sup>562</sup>.

<sup>561</sup> DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano*. T. I. Editorial REA. Caracas, 1962, p. 539, se refería, por ejemplo, a la actividad del registrador civil, indicando que «Su oficio es puramente pasivo, y debe limitarse a lo que se le esponga». *Cfr.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. I, p. 99, en el caso del registrador civil, según la Ley Orgánica de Registro Civil, este funcionario desempeñaría una intervención más activa en supuestos como «en lo concerniente a la determinación o modificación de nombre propio, rectificaciones de actas por yerros materiales, entre otras, hacen que el rol del actual registrador sea mucho más dinámico que el de su antecesor representado por el prefecto o el jefe civil». Previamente, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes les había asignado facultades de rectificación de errores materiales a los consejos de protección (artículo 516), actualmente derogada, *vid.* nuestro opúsculo: «La rectificación de las actas del Registro de Estado Civil por errores materiales, regulada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 135. UCV. Caracas, 2010, pp. 354-361. La Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad también aumenta su intervención en materia de establecimiento de la filiación, instando el reconocimiento por vía administrativa (artículos 21-31), *vid.* sobre este trámite nuestro trabajo: *Comentarios y reparos a la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. Editorial RVLJ. Caracas, 2021, pp. 116-154.

<sup>562</sup> La Ley de Registros Público de 1978 establecía una norma más específica, a saber: «artículo 40.- Se prohíbe a los registradores subalternos: (...) 3. Efectuar el registro

## Comentan ARRIBAS ATIENZA y CARCELLER FABREGAT, sobre la calificación registral:

Es la valoración que debe efectuar el registrador de los títulos de inscripción para determinar si procede o no la práctica del asiento correspondiente. Es consecuencia del principio de legalidad y exactitud registral y presupuesto lógico de la eficacia probatoria atribuida a las inscripciones, que tienen el valor de verdaderos títulos de legitimación de estado. Opera como un filtro que impide el acceso al Registro de hechos no debidamente comprobados o inexactos o de actos jurídicos ineficaces o defectuosos<sup>563</sup>.

---

de documentos cuando les conste de modo positivo el estado de incapacidad legal, permanente o transitorio, de sus otorgantes o de alguno de ellos. En este caso, el registrador estampará una nota al pie del documento, especificando los hechos o recaudos por virtud de los cuales le conste la incapacidad, y lo devolverá a los interesados. Estos podrán ocurrir al juez de primera instancia en lo civil de la respectiva jurisdicción, para que este funcionario decida, breve y sumariamente, si debe o no registrarse el documento. La decisión será acatada por los registradores». Añade TORRES-RIVERO: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 375, «Podríamos decir que esa norma (...) está dirigida a precaver las consecuencias jurídicas que de la incapacidad puedan derivar». Incluso, el antecedente más remoto de la anterior disposición se ubica en la Ley de Registro del Distrito Federal de 06-10-1886, «artículo 14.- Se prohíbe al registrador subalterno autorizar ningún documento, cuyo otorgante u otorgantes se encontraren en estado de incapacidad legal, permanente o transitorio. Llegado este caso deberá dirigirse de oficio al juez de primera instancia en lo civil del Distrito Federal, consultándole el caso, para que este a su vez decida, a la brevedad posible, sobre la capacidad legal del otorgante, y comunique dicha decisión al registrador, quien procederá desde luego a darle cumplimiento, archivando dicha comunicación como comprobante del acto» –*vid. Leyes y decretos de Venezuela*. T. XIII (1886-1887). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1989, p. 137-. Véase los datos de publicación de los distintos instrumentos legales que han regido las oficinas de Registro Público en Venezuela en: VARELA CÁCERES: ob. cit. («Un año de actividad...»), pp. 266 y 267.

<sup>563</sup> ARRIBAS ATIENZA, Patricio y CARCELLER FABREGAT, Fernando: *Curso práctico de Registro Civil*. Civitas. Madrid, 1999, p. 78. *Cfr.* URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Estudio de Derecho Inmobiliario Registral*. 3.<sup>a</sup>, UCAB. Caracas, 2010, p. 35, la Ley le confiere «al registrador la atribución de examinar el título cuya inscripción se le solicita con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos legales de fondo y de forma necesarios para su ingreso en el Registro».

En definitiva, el registrador o notario que le corresponda actuar como funcionario que da fe pública al otorgamiento del testamento, deberá efectuar la calificación de la capacidad de juicio para testar y solo negar el otorgamiento por acto motivado cuando existan graves indicios de que la persona no posee el juicio necesario para expresar una voluntad con repercusiones jurídicas.

Dentro de esta actividad puede también el funcionario efectuar ajustes razonables si se trata de una persona con discapacidad y ofrecer apoyos en el sentido de asistirlo si no los tiene por otra vía, pero limitados a garantizar que el otorgante comprenda los efectos del acto y pueda expresarse de acuerdo a su real voluntad, deseos o preferencias<sup>564</sup>; en el caso de que la persona con discapacidad requiera apoyos más intensos para el ejercicio de la capacidad deberá comunicarlo al juez, el cual en ningún caso podrá constituir curatela con funciones representativas para este supuesto por ser personalísimo<sup>565</sup>.

Por último, el artículo 837 comentado del Código trae una limitación del ejercicio de testar para el sordomudo o mudo que no sepa o pueda escribir, es decir, para la persona con discapacidad de índole sensorial con dificultades de comunicación convencional. Ello fundado en la supuesta «imposibilidad natural de constatar la veracidad o regularidad de su voluntad *mortis causa*», que únicamente responde al problemático «impedimento para verificar el acto en cuestión»<sup>566</sup>.

---

<sup>564</sup> Similar al caso español: «... 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» (artículo 665 del Código Civil).

<sup>565</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho...*), p. 349, «Es de observar que el acto de testar por su carácter personalísimo no admite la representación».

<sup>566</sup> *Ibíd.*, p. 348. Cfr. TORRES-RIVERO: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 384 y 385, «por no tener posibilidad de expresarse y comunicarse ni siquiera por esa manera segura que es la escritura, están incapacitados para testar por todo tipo o clase de testamento; poco importa que se expresen y comuniquen por mímicas, por señales, o por audiolenguaje o fonolenguaje —esto podría ser tenido en cuenta en una reforma legal—».

La anterior restricción a la capacidad, que afecta la realización de un acto tan personalísimo que no admite representación, parece ser una rémora del pasado que hoy en día no se justifica, menos cuando la Ley para las Personas con Discapacidad ha establecido la necesidad de que el Estado avance en:

... cursos y talleres dirigidos a reorganizar, capacitar oralmente en el uso de la lengua de señas venezolana, a enseñar lectoescritura a las personas sordas o con discapacidad auditiva; el uso del sistema de lectoescritura Braille a las personas ciegas o con discapacidad visual, a las sordociegas y a los ambliopes. Así como también, capacitarlos en el uso de la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia escritos o auditivos de fácil acceso, los medios de voz digitalizadas y otros sistemas de comunicación (artículo 20).

Siendo que la Convención también promociona diversas formas de comunicación, incluyendo «lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal» (artículo 2), la obligación del Estado de promover la disponibilidad de dispositivos tecnológicos de apoyo en la comunicación (artículo 4.g), en particular el uso de tecnología de apoyo con fines de habilitación y rehabilitación (artículo 26.3) y, en materia de educación, «a. Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos» (artículo 24.3)<sup>567</sup>.

Bajo las anteriores directrices parecería complicado en la práctica encontrar un supuesto en el cual una persona con discapacidad sensorial no pudiera expresar una voluntad, deseos o preferencias, aun contando

---

<sup>567</sup> El Comité, en sus «Observaciones finales» al informe de Venezuela (2022), ha recomendado enfáticamente que se «Reconozca la lengua de señas venezolana como lengua oficial del Estado» (párrafo 39.b) y «Realice una evaluación sobre el avance de la incorporación de la lengua de señas venezolana, y otros apoyos como el braille, documentos en lectura fácil y otros, en todas las instituciones educativas» (párrafo 43.c).

con ajustes razonables y apoyos tecnológicos o humanos<sup>568</sup>. En todo caso, se es de la firme opinión de que la aplicación del numeral cuatro del artículo 837 del Código Civil resulta contrario a la dignidad humana y plenamente discriminatoria, por tanto, inconstitucional, pues no se puede negar el derecho a dar testamento a una persona por el único hecho de concurrir en él el supuesto de ser una persona con discapacidad sensorial –muda o sordomuda– y no saber leer o escribir como modos convencionales de comunicarse, cuando existen a disposición en el mundo moderno otros medios alternativos de expresión, que es, en definitiva, lo que el funcionario debe captar a la hora del otorgamiento del acto *mortis causa*.

De hecho, el Código Civil contiene otros supuestos en los cuales las personas con discapacidad de índole sensorial –auditiva o del habla– pero que puede comunicarse, leyendo o escribiendo, puede testar imponiendo ciertas exigencias, aunque les prohíbe ser testigos (artículos 861, 862 y 864), que también podrían juzgarse contrarias a la Convención<sup>569</sup>.

En todo caso, resulta más adecuada la fórmula para el caso de testador que no habla el idioma castellano, pues en tal supuesto el Código Civil contempla que será asistido por el intérprete que el mismo eligiera (artículo 863). Se cree que en los testamentos de las personas con discapacidad que

---

<sup>568</sup> TORRES-RIVERO: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 384. Así, por ejemplo, en España, para el caso de la adecuación del Código Civil a la Convención, en materia de testamento se establece: «El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al notario (...) Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad» (artículo 695).

<sup>569</sup> Ciertamente, el Comité en las «Observaciones finales» al informe de Venezuela (2022), indicó como recomendación, a los fines de cumplir con el acceso a la justicia (artículo 13 de la Convención): «Reforme el Código Civil para eliminar las restricciones a las personas sordas o ciegas de proporcionar testimonio en un proceso legal» (párrafo 25.a).

requieran de apoyos tecnológicos o humanos para expresa su voluntad, a los fines de la seguridad jurídica, sería suficiente garantía con dejar constancia de los apoyos empleados y, en concreto, de la manera como se recogió la rúbrica o la suscripción de conformidad sobre el contenido del documento, la conocida firma a ruego<sup>570</sup> o, incluso, para algunos autores, firma electrónica<sup>571</sup>.

## 6.8. Contratos

En materia de contratos civiles, también se va a observar una influencia decisiva de la Convención en lo referente a la capacidad de ejercicio y es que, en líneas generales, la verdad del asunto es que el Derecho positivo

<sup>570</sup> Establece la Ley de Registros y Notarías que el otorgante que estuviere «impedido para suscribir un documento notarial con su firma, lo hará a ruego y estampará su huella digital al pie del documento y la notaria pública o notario público dejará constancia en el acto» (artículo 81).

<sup>571</sup> Vid. Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 148, de 28-02-01–, que regula la eficacia probatoria de la firma electrónica y sustitutiva de la firma autógrafa (artículos 4, 6 y 16), incluso reconocida expresamente para ser usada por los registradores y notarios para la suscripción de sus actos y asignando la competencia al notario para «Autenticar firmas autógrafas, electrónicas y huellas digitales» (artículos 25 y 74.15 de la Ley de Registros y Notarías). Cfr. AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo: «El testamento electrónico». En: *Derecho y Tecnología*, N.º 4. UCAT. San Cristóbal, 2004, pp. 193 y ss. Vid. GARCÍA RUBIO: ob. cit. («Algunas propuestas...»), p. 178, que alude a la proyectada reforma en España que término siendo la Ley 8/2021, «En la convicción de que se trataba de normas discriminatorias (...) introduce en el párrafo tercero del artículo 706 del Código Civil la posibilidad de que testamento cerrado se haga en soporte electrónico, supuesto en el que será precisa la firma electrónica reconocida, que también es accesible a las personas con discapacidades sensoriales», además de otras reformas en los artículos 708 y 709 a los fines de que las personas con discapacidad visual puedan testar. Además, en España, a partir de la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial, se han introducido importantes reformas al Derecho Sucesorio a los fines de posibilitar gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor de familiares con discapacidad, permitir la donación o legado de un derecho de habitación, determinación de bienes no colacionables, posibilidad de mejoras del cónyuge viudo y añadiendo nuevas causas de indignidad (artículos 10-13). Cfr. PASTOR VITA: ob. cit. («La protección patrimonial...»), pp. 415 y ss.

ha construido una verdadera «teoría general de la capacidad»<sup>572</sup> sobre las bases de las exiguas reglas existentes en materia de contrato en el Código Civil y de allí se han extendido a no solo el Derecho común, sino a todo el ordenamiento jurídico, salvo que existan normas especiales, como algunas de las ya comentadas *supra*.

Entonces, la doctrina uniformemente identifica la capacidad contractual con capacidad negocial<sup>573</sup>. Sobre la misma se ha indicado en otra oportunidad: «La capacidad contractual se refiere a la posibilidad de que un sujeto pueda celebrar un contrato –en cualquiera de sus posiciones subjetivas– que a través de su voluntad genere efectos jurídicos que recaigan directamente sobre su patrimonio»<sup>574</sup>. Lo cual, por demás, coincide con la doctrina patria tradicional<sup>575</sup>, que parte de las siguientes reglas que trae el Código Civil, a saber:

<sup>572</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La teoría general de la capacidad». En: *Revista Derecho & Sociedad*. N.º 19. Universidad Monteávila. Caracas, 2022, pp. 205-222. Cfr. GORDILLO CAÑAS: ob. cit. (*Capacidad, incapacidades...*), p. 216, «No sería inexacto decir que la teoría general del negocio jurídico se encuentra excesivamente escorada hacia el contrato; lo cual, perfectamente explicable, trae como consecuencia que el paradigma del juego de la voluntad libre resulte situado allí donde la voluntad necesita ser contrastada e incluso corregida».

<sup>573</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 532, «Se ha considerado tautológico referirse a capacidad para contratar, pues no es en esencia distinta de la que se exige para la celebración de cualquier acto jurídico»; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. T. II. 11.ª, UCAB. Caracas, 2001, p. 595, «puede afirmarse que la capacidad no es una noción que pertenezca al campo de la teoría general de las obligaciones, ni tampoco a la teoría general del contrato, sino más bien la doctrina es acorde con que pertenece a la teoría general del Derecho»; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Derecho Civil español*. Vol. III (Obligaciones y contratos). 2.ª, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1961, p. 406, «La capacidad para contratar es una aplicación particular de la capacidad de obrar en general, por lo que hay que partir de los principios que rigen esta».

<sup>574</sup> VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La capacidad contractual». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13. Caracas, 2020, p. 779.

<sup>575</sup> Vid. BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil patrimonial. Obligaciones*. T. II. UCV. Caracas, 2006, p. 50, «la capacidad contractual constituye una expresión de la denominada capacidad de obrar y sería la aptitud para celebrar contratos»; MÉLICH

Artículo 1143-. Pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la ley<sup>576</sup>.

Artículo 1144.- Son incapaces para contratar en los casos expresados por la ley: los menores, los entredichos, los inhabilitados y cualquier otra persona a quien la ley le niega la facultad de celebrar determinados contratos...

Siguiendo la doctrina decimonónica se podría afirmar que se observa que la disposición posee unas fallas técnicas, pues los verdaderamente limitados en su capacidad de obrar son los menores de edad y los entredichos, siendo que los inhabilitados pueden suscribir contratos directamente, lo único que deben ser asistidos por su curador, así que la supuesta «incapacidad» es parcial, y en cuanto a los contratos determinados, lo que se aprecia en realidad es la existencia de prohibiciones para celebrar un tipo específico de contrato manteniendo la capacidad de obrar incólume para la mayoría de ellos, de allí que no se aluda propiamente a que es un tema de capacidad de ejercicio, sino de limitaciones por cuanto la intervención de dicho sujeto en tal contrato choca contra la ley, el orden público o las buenas costumbres<sup>577</sup>.

---

ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 2.<sup>a</sup>, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, p. 70, «capacidad que debe tener cada una de las partes del contrato para estipular por sí misma y respecto de su propia esfera jurídica, sin necesidad de su sustitución por otra persona o de la asistencia de esa otra persona».

<sup>576</sup> Regla que no ha variado desde el Código Civil de 1867 –primero en tener vigencia efectiva, véase nuestros comentarios sobre la evolución de la codificación civil y mercantil en Venezuela en: «Luis Sanojo y su impronta en el Derecho Mercantil». En: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. N.º 11. SOVEDEM. Caracas, 2023, pp. 449 y ss-. *Vid. Código Civil de Venezuela, artículos 1133 al 1145*. 2.<sup>a</sup>, UCV. M. PINGARRON DE PULIDO *et al.*, relatores. Caracas, 1982, pp. 305 y ss.

<sup>577</sup> En palabras de los profesores españoles, pero perfectamente aplicable al modelo del Código Civil venezolano, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: ob. cit. (*Instituciones de Derecho...*), vol. I-1, p. 126, «Las únicas limitaciones de la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho son la menor edad y la falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma, que darán lugar a los estados civiles de la menor edad e incapacitación, respectivamente».

Ahora bien, lo antes expuesto debe reanalizarse bajo el foco del Derecho convencional, es decir, en el caso de los menores de edad, según lo que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en el supuesto de los adultos y emancipados, bajo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sobre el primer punto no se van a hacer precisiones, pues tal tema ya ha sido examinado en profundidad en otras oportunidades<sup>578</sup>. En cuanto al segundo supuesto, referido a la «incapacitación» por «interdicción», ya se ha indicado que la misma es contraria al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por cuanto se encuentra proscrita al ser esta última de aplicación preferente por mandato de la Constitución (artículo 23).

Ciertamente, al ya no poderse «incapacitar» a ninguna persona con discapacidad, la referencia al «entredicho» queda vacía de contenido en el artículo 1144 del Código Civil y lo que ocurrirá es que se le ofrezca a la persona con diversidad funcional apoyos en el ejercicio de su capacidad, donde descuella la curatela.

Únicamente, en casos muy excepcionales en los cuales el titular no posea «capacidad natural» podrá el juez conceder facultades representativas al curador, las cuales se extenderán a los supuestos específicos que indique el fallo, que además debe estar debidamente motivado y deberá, a su vez, especificar las salvaguardias que se adopten a los fines de respetar la

---

<sup>578</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. («La capacidad contractual»), p. 787, «no debería mantenerse una declaración general y abstracta de “incapacidad” para los menores de edad, sino buscar otras fórmulas más adecuadas al nuevo paradigma, así, por ejemplo, se postula hablar de “semicapacidad” para el supuesto de los menores de edad, ya que en definitiva para ellos no se puede sostener que posean “plena” capacidad, sino que en algunas áreas la tendrán y en otras no, todo dependerá de la evolución de sus capacidades específicas, lo cual debe determinarse subjetivamente». Cfr. VARELA CÁCERES, ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil I...*), pp. 460 y ss.; y con mayor profusión VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), *in totum*.

voluntad, deseos o preferencias, expresa o presunta, y así evitar abusos indebidos. Entre las salvaguardias se pueden mencionar, por ejemplo, que previamente se requiera informes, opinión del fiscal del Ministerio Público y autorización judicial, etcétera.

Finalmente, el respeto de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad en temas de carácter patrimonial es considerado por la Convención como un aspecto medular para garantizar la igualdad real de este grupo de individuos. De allí que su artículo 12.5 haga referencia expresa a las medidas efectivas dirigidas a garantizar el respeto a la propiedad –uso, usufructo y disposición–, a heredar –adquirir por sucesión *mortis causa*– y a «controlar sus propios asuntos económicos», lo cual una de sus formas, sino la principal, es por vía contractual.

### 6.9. Responsabilidad civil extracontractual

Es por todos conocidos que aquí no opera en su totalidad las reglas anteriores, sino que el Código Civil establece en cuanto a la responsabilidad extracontractual personal que la misma surgirá si se ha «obrado con discernimiento» (artículo 1186)<sup>579</sup>, lo que no es otra cosa que establecer un canon subjetivo tendiendo a la «capacidad natural», es decir, según si el sujeto entendía las repercusiones de sus actos.

Ocurre cierta unificación del modelo de capacidad, pues, como se vio, ya no procede una «interdicción» que «incapacite» a la persona con discapacidad

---

<sup>579</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 38, apunta que la capacidad delictual «Se refiere a la aptitud o posibilidad para quedar obligado por los propios hechos ilícitos. No depende de la capacidad civil, sino que está directamente relacionada con el discernimiento»; BINSTOCK: ob. cit. («Responsabilidad por el hecho...»), p. 200, «En nuestro ordenamiento jurídico civil la responsabilidad delictual se determina por el discernimiento del agente en el momento de la comisión del hecho ilícito; esto significa que el individuo queda obligado por sus actos ilícitos si en el momento de su realización obra con discernimiento. Este es considerado como elemento constitutivo de la culpa, por eso las personas privadas de él son irresponsables».

para contratar, pudiendo ella celebrar contratos de forma directa según su «capacidad natural» y con los apoyos que se les ofrezcan si fuera el caso, y en materia de hecho ilícito también le podrán ser imputables aquellos en que haya actuado con conciencia al momento de realizarlos, en decir, con «capacidad natural», y si contaba con un curador con facultades de representación en materia de cuidado personal, este podrá ser responsable por vía de responsabilidad personal<sup>580</sup> u objetiva si se puede encasillar en una de las normas que la establece<sup>581</sup>. Sobre este tema, GARCÍA RUBIO apunta:

... en la nueva concepción dimanante de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se parte de que toda persona, por el hecho de serlo, tiene plena capacidad jurídica y que esta abarca tanto la titularidad como el ejercicio de sus derechos. Nada se dice, en cambio,

<sup>580</sup> BINSTOCK: ob. cit. («Responsabilidad por el hecho...»), p. 200, «nada obsta en nuestro orden jurídico para exigir la responsabilidad civil al guardador del enfermo mental con apoyo directo de la norma que contempla la responsabilidad por hecho propio. Sin embargo, en esta hipótesis habrá que probar la culpa del demandado, es decir, del guardador», y añade: «En cada caso habría que demostrar que el enfermo mental había sido confiado a la guarda de otra persona y que esta incurrió en culpa por no haberlo vigilado». Cfr. KUMMEROW, Gert: «La responsabilidad civil del guardián del incapaz». En: *Revista del Ministerio de Justicia*. N.º 32. Caracas, 1960, pp. 46 y 47; GARCÍA RUBIO: ob. cit. («Algunas propuestas...»), p. 192, advierte: «a partir de la entrada en vigor de las nuevas normas las instituciones de apoyo no serán, como regla general, de tipo representativo, ni de sustitución de alcance general ni encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad. Muy al contrario, estarán destinadas a realizar ese apoyo *ad hoc* cuando sea necesario y con mínima intervención, de tal modo que solo en casos excepcionales tendrán también deberes de vigilancia, control o similares, sobre la persona a la que prestan apoyo».

<sup>581</sup> Como la contemplada en el Código Penal (artículo 114.1). Cfr. BINSTOCK: ob. cit. («Responsabilidad por el hecho...»), p. 206, «Nuestro ordenamiento penal, a diferencia del civil, consagra una acción principal por responsabilidad civil contra los padres o guardadores de los enfermos o débiles de entendimiento. La ubicación de la norma en el texto legal penal y no en el ordenamiento civil nos lleva a considerar que la acción contemplada solo surge cuando el hecho que causó el daño pudiera apreciarse como delito penal, de haber sido ejecutado por una persona imputable. El fundamento de esta disposición es una presunción de culpa en la vigilancia del enfermo».

respecto de sus deberes y, más en concreto, del deber general de no dañar a otro (...) No me cabe duda de que esa nueva concepción de la discapacidad ha de tener su repercusión en lo que atañe a la llamada capacidad para responder civilmente, es decir, a la imputabilidad o, si se prefiere, en lo que tradicionalmente se ha venido denominando «capacidad de culpa»<sup>582</sup>.

Obviamente, pudiera reformarse esta materia a los fines de establecer una responsabilidad objetiva por el daño causado por toda persona –con o sin discapacidad– e independientemente de su culpa, como, *exempli gratia*, ha sido incorporada en el Código Civil suizo (artículos 454 y 456) o en el *Code français* según la reforma de 1968 (artículo 441-3).

Curiosamente, el «Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» español<sup>583</sup>, seguía la anterior tendencia y por ello proponía como norma: «La persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros» (artículo 297)<sup>584</sup>. Empero, como se comentó *supra* (capítulo III), el legislador, a través de la Ley 8/2021, prefirió mantener la exigencia de culpa o negligencia (artículos 299 y 1902 del Código Civil).

### 6.10. *Derechos de la personalidad*

Para concluir este breve recorrido por algunos institutos que se verían trastocado con el nuevo viraje que se propugna desde la Convención, se desea aludir a los derechos de la personalidad, entendidos como aquellas «facultades que detenta todo ser humano por el simple hecho de existir,

<sup>582</sup> GARCÍA RUBIO: ob. cit. («Algunas propuestas...»), pp. 191 y 192.

<sup>583</sup> Vid. *Revista de Derecho Civil*. Vol. v, N.º 3. Notyreg Hispania. Tenerife, 2018, pp. 247-310, <http://nreg.es>.

<sup>584</sup> Comentaba GARCÍA RUBIO: ob. cit. («Algunas propuestas...»), p. 192 «con la innovación propuesta la culpa se aleja de la concepción puramente subjetiva que exige una cierta capacidad de entender y de querer, tesis esta que sustenta a día de hoy la mayoría de la doctrina española y que, en definitiva, implica que no puede ser jurídicamente responsable quien no lo es moralmente».

y tutelan su esfinge física y espiritual más directa y básica desde una perspectiva civil o en un “plano de igualdad”<sup>585</sup>. Siendo sus caracteres el ser innatos, *erga omnes*, vitalicios y extrapatrimoniales.

Ahora bien, entre los derechos de la personalidad se ubica el derecho a vivir –distinto a la protección del concebido y al tema del aborto, sobre el cual ya se han efectuado precisiones en lo referente al eugenésico, véase *supra* 5.2 y capítulo 1– aquí entraría en discusión los temas de la eutanasia, tratamientos paliativos y muerte digna, sobre los cuales urge una legislación, pero donde debe ponderarse la posibilidad de que los individuos efectúen previsiones futuras para el caso de que requieran apoyos y, en concreto, fijando instrucciones en relación con estos asuntos que por controversiales no implica que deba ser obviado su análisis. Así, el curador, al momento de prestar el apoyo en el ejercicio de la capacidad por el titular, debe ponderar la voluntad, deseos o preferencias, que sobre estos aspectos se hubiera expresado, según las formalidades y seguridades que se incorporen más adelante, todo con la intención de su respeto.

Sobre la disposición del cuerpo y la integridad física y moral, ya se advirtió la posibilidad de ser donantes de órganos por parte de la persona con discapacidad, así como lo referente a exámenes médicos y experimentos científicos, donde siempre se exigirá que el consentimiento sea informado y personal, proscribiéndose cualquier tipo de sustitución en esta materia.

En cuanto a la libertad, ya se explicó sucintamente el tema de la libertad personal y el internamiento. Ahora bien, esta facultad posee diferentes desahogos o manifestaciones: tránsito (artículo 50), asociación (artículo 52), reunión (artículo 53), expresión (artículo 57), culto (artículo 59)

---

<sup>585</sup> VARELA CÁCERES, ob. cit. (*Lecciones de Derecho Civil I...*), p. 257. Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Instituciones fundamentales...*), p. 66, «cuando los derechos inherentes a la persona se enfocan en un plano de paridad –un particular frente a otro–, para obtener la correspondiente indemnización derivada de la responsabilidad civil, nos encontramos ante el tema de los derechos de la personalidad».

y conciencia (artículo 61)<sup>586</sup>. En todas ellas es factible la participación de las personas con discapacidad y para lo cual deberá ofrecerse apoyos a los fines de su ejercicio directo. Muy importante que se establezcan salvaguardas para garantizar que el curador que preste apoyo no ejerza influencias indebidas en estos asuntos y respete la voluntad, deseos o preferencias, expreso o presunto de la persona con discapacidad.

También, las personas con discapacidad poseen, en igualdad, derecho al honor, reputación, así como vida privada e intimidad, que deberán respetarse y permitirse su ejercicio directo, ofreciéndose apoyos si fuera el caso. En particular, se podría analizar si el tener una persona con discapacidad medidas de apoyo, tal dato debe mantenerse bajo cierto resguardo de privacidad e intimidad. En tal sentido, se opina que las medidas de apoyo deben tener acceso al Registro del Estado Civil y la información sobre los motivos que originaron la medida deben mantenerse en secreto bajo limitación de su publicidad, por cuanto puede corresponder a un asunto íntimo que la persona tiene el derecho de mantener oculto. Y con relación a si se poseen apoyos acordados judicialmente, ello sí debe estar disponible bajo la salvaguarda de que el que desee acceder a dicha información demuestre un interés razonable, pues aunque no sea secreto forma parte de la privacidad de cada quién<sup>587</sup>.

Afortunadamente, en materia de publicidad se cuenta con la Ley Orgánica de Registro Civil que crea los mecanismos legales para cumplir con lo anterior, esencialmente a través de un sistema de registro automatizado y digital. Desgraciadamente, en la anterior Ley, aunque vigente formalmente, no se han efectuado las adecuaciones necesarias para que el modelo registral

---

<sup>586</sup> La Convención alude expresamente a libertad de desplazamiento (artículo 18), derecho a vivir de forma independiente (artículo 19), movilidad personal (artículo 20), libertad de expresión, opinión y acceso a la información (artículo 21).

<sup>587</sup> *Vid.* Convención, artículo 22, referido al respeto a la privacidad: «Los Estados partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás».

automatizado y digital esté en pleno funcionamiento, donde incluso se establece que la página web de acceso al registro deberá contar con opciones multimedia para las personas con discapacidad (artículo 63)<sup>588</sup>.

En cuanto a los derechos a la protección de datos personales, morales de autor, imagen, voz e identidad, no se nos viene a la mente alguna especificación más allá de su disfrute por parte de toda persona con discapacidad. Así, por ejemplo, en materia de derecho de autor, la persona con discapacidad podrá siempre reivindicar la paternidad de la obra, y si ha contado con apoyos en su creación, podrá discutirse si el asistente puede reivindicar una autoría a título de obra en colaboración o compuesta (artículo 9 de la Ley sobre el Derecho de Autor<sup>589</sup>); donde sí no hay duda es en la capacidad para ejercer directamente los derechos patrimoniales de la obra que posee la persona con discapacidad con los apoyos requeridos para tales actuaciones.

---

<sup>588</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. I, *in totum*.

<sup>589</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4638 extraordinario, de 01-10-93.