

El notario, profesional capacitado, hombre ético y socialmente responsable, al servicio de los derechos de las personas.*

AUTORES: Escribanos Franco Di Castelnuovo, Ema B. Ferrari de Solari del Valle, María del Pilar Llorens y Marcelo E. Solari del Valle Ferrari

*trabajo presentado en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Punta Cana - República Dominicana(2 al 6 de Junio de 2010) en el TEMA II: El Notario como garante de los derechos de las Personas. Reflexión sobre los beneficios de la función notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de derechos y obligaciones.

SUMARIO:

I) Introducción

I.a) Capacitación permanente.

I.b) Ética.

I.c) Responsabilidad social.

II) Notario

II.a) Origen, fundamento y evolución del notariado.

II.b) Sistemas notariales: 1) Notariado anglosajón. 2) Notariado Ruso. 3) Notariado Latino.

III) Persona

III.a) Persona física: Concepto. Atributos.

III.b) Persona Jurídica.

IV) Derechos Personalísimos:

IV.a) Concepto

IV.b) Antecedentes

IV.c) Caracteres

IV.d) Clasificación

IV.e) Medios de reparación

V) El Notario Latino, garante de los derechos de las personas.

VI) Intervenciones notariales en las que el notario se perfila con más claridad como garante de los derechos de las personas.

VI.a) Otorgamiento de testamentos: 1) Generalidades. 2) El notario asesor.
3) Los colegios profesionales y la publicidad del testamento.

VI.b) Otorgamiento de actos de autoprotección.

VI.c) Otorgamiento de escrituraciones de vivienda social y de regularización dominial: 1) Concepto de vivienda digna. 2) Escrituraciones de vivienda social y de

regularización dominial. 3) El notario como garante del derecho.

VI.d) El Código Civil Argentino, los Convenios Internacionales y la Leyes 26.061.y 26.378.

VII) Las personas jurídicas como herramientas útiles para protección de las personas físicas en situación de vulnerabilidad.

VIII) Otros asuntos en los que los notarios intervienen como garantes de los derechos.

IX) Conclusiones.

X) Ponencias.

XI) Bibliografía.

“Esta es la hora en que toda clase que no quiera ser barrida del porvenir inminentemente, debe realizar sin hipocresías su examen de conciencia y preguntarse sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que esta”

Piero Calamandrei

I) INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca es de fundamental importancia en el ejercicio de nuestra profesión, y nos lleva a una profunda reflexión sobre la forma de ejercerla y los beneficios que reporta al ciudadano, como sujeto de derechos, la intervención notarial.

En el ejercicio del notariado latino *“la intervención del notario genera presunción de legalidad y es factor de certeza y protección de los derechos subjetivos como valor fundamental de la sociedad democrática y calidad de vida. Se constituye en garantía de la tutela jurídica y conocimiento previo de la ley que resuelve el arduo y eterno conflicto de intereses en una convivencia activa y dinámica de una sociedad que requiere justicia, garantizando su disfrute y estabilidad. Constituye un sistema cautelar desde el momento de su nacimiento o generación como institución antiprocesal litigiosa”*¹.

Así, siendo las actividades de los hombres de leyes las de *postulare*, *respondere* y *cavere*², es esta última, la de precaver, la más específica del notario latino y, como afirmará Carnelutti, la más alta y honrosa.

Así, siendo las actividades de los hombres de leyes las de *postulare*,

¹ Pérez Lozano, Néstor O. *La función notarial creadora de Derecho*. Revista Notarial nº 942.

² *postulare*: es la actividad específica del defensor; *respondere*: es actividad común al defensor y al notario... cualquiera se puede dirigir tanto al uno como al otro para la resolución de una duda jurídica; *cavere*: es la función específica del notario... Entre el abogado y el notario el cometido es distribuido de tal forma que, mientras aquél interviene cuando la litis ya ha estallado o está por estallar, la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle. *La Figura del Notario*: II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950. Pág. 17, citado por Bernardino Montejano: *La Argumentación del Notario*. Kadma SRL, 2005, Pág 9.

respondere y cavere, es esta última, la de precaver, la más específica del notario latino y, como afirmará Carnelutti, la más alta y honrosa.

Altube apunta estas características poéticamente: *“Somos los notarios quienes redondeamos esas leyes puntiagudas, quienes peinamos esas leyes hirsutas, enfermas de improvisación y plagadas de sectarismos que dictan los momentos revolucionarios... Y esa función conductora, un tanto cariñosa y mucho reguladora; esa función tutelar, un poco de nurse y un bastante de ángel de la guarda, ha impedido colapsos funestos. Podemos asegurarlo, somos el taxi y la ambulancia del derecho. Si la vida corre más que las leyes, nosotros conseguimos hacerla llegar a tiempo; si las leyes envejecen, nosotros, reanimándolas, aseguramos su existencia”*³.

Nos parece oportuno comenzar estas reflexiones con las palabras del presidente de la Unión Internacional del Notariado, Dr. Eduardo Gallino: *“El ejercicio actual de nuestra profesión debe basarse en tres pilares fundamentales: capacitación permanente, ética y responsabilidad social”*⁴.

Analizaremos brevemente esos tres pilares

I.a) Capacitación permanente:

Vamos transitando ya diez años del nuevo milenio y día a día, y a un ritmo vertiginoso, se van sucediendo profundas transformaciones en el campo económico y en el político que inciden en el Derecho. Aparecen nuevas figuras que rápidamente debemos conocer, nuevas leyes e importantes modificaciones que es indispensable estudiar en profundidad para cumplir con el asesoramiento y la instrumentación propias de nuestra función notarial.

No es posible que el notario conozca todas esas transformaciones, la correcta aplicación de las nuevas figuras, las modificaciones legislativas, los avances informáticos y pueda asesorar eficientemente a los requirentes, instrumentando adecuadamente los actos jurídicos, sin una capacitación

³ Altube, Gregorio de. *Sentido Reverencial y Valor Literario del Notariado*. Citado por Allende, Ignacio M. Op. Cit. Pág. 39.

⁴ Doctor Eduardo Gallino. Reunión de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, Lima, Perú, Marzo de 2009.

permanente, sin una actualización de conocimientos diaria y que abarque todas las áreas del Derecho, con profundización especialmente en las que hacen a nuestra función notarial.

Desde la Revista Notarial, el escribano Claudio A. Solari del Valle decía: *“Mucho tiempo ha pasado desde que los primeros escribas, en forma aún no sistematizada, iniciaron el ejercicio de una actividad que, con el correr de los siglos ha ido perfeccionándose y adecuándose a fin de responder a un importante imperativo social: dotar de seguridad a los negocios y actos más trascendentales. Pero así como fue evolucionando el concepto de forma de los actos jurídicos, también ha ido en constante superación la labor del sujeto que la instrumenta”*⁵.

Y esa superación y el poder adecuarnos a la complejidad que día a día avanza sobre nuestra función, se obtiene con el estudio, con la capacitación en todos los temas que hacen a nuestro ejercicio profesional, para ir ajustando eficientemente nuestro hacer, a las necesidades que plantean las épocas, pero imprimiendo nuestro sello, nuestro saber, nuestra visión notarial, sin perder de vista los principios básicos que constituyen los pilares de nuestro sistema de notariado.

*“La competencia profesional, el trabajo bien hecho y la actualización constante en los conocimientos jurídicos, son graves obligaciones para el notario que, a la vez que le perfeccionan, constituyen el mejor servicio que puede prestar al cliente, al Estado y a la sociedad”*⁶.

I.b) Ética:

El Escribano Jorge Bollini, en su excelente trabajo “La Organización del Notariado”, dice: *“La realidad humana es constitutivamente moral, y por lo tanto la ética debe informar todos los actos del notario, su moral debe ser auténtica, formada en su propia conciencia y realizada en la práctica, con remisión o no, a principios de un orden superior a lo humano”*⁷.

⁵ Claudio Solari del Valle. Editorial de la Revista Notarial n° 873, sobre el presente y futuro del Notariado.

⁶ Conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires, 1998.

⁷ Jorge A. Bollini. Separata de Revista Notarial n° 863, pág. 109.

Y de acuerdo a estos sabios conceptos, sostenemos que la ética debe integrar nuestra formación, debe caracterizar nuestra personalidad, de forma tal que esté presente no solo en el actuar como escribano, sino en todos los actos, dado que es una concepción de vida, integrada por valores irrenunciables.

El Mensaje Papal, leído en la apertura del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, lo expresaba en estos términos: *“La fidelidad a la ley de la conciencia no escrita, y sobre todo, el estilo de vida conforme a esa norma superior, debe ser la primera inspiración de la acción notarial y el gran estímulo para la aportación insustituible que ésta ofrece a todo el tejido social”*.

Y en las conclusiones de ese mismo Congreso, leemos: *“La Deontología es un elemento esencial sin cuyo conocimiento es imposible el correcto ejercicio de la función. Ello es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial lo cual no puede ser desconocido a la hora de valorar su importancia y la necesidad de velar por su cumplimiento”*.

Según el pensamiento de Vallet de Goytisolo, en realidad, si el notario no está lo suficientemente capacitado técnica y jurídicamente, podrá hacer su trabajo con más o menos calidad, pero si desde lo ético no actúa con los principios de moral que el notariado requiere, y que constituyen uno de los pilares de su existencia, no puede ser notario.⁸

Conciente de ello, el Consejo Federal del Notariado Argentino, ha puesto a disposición del notariado nacional, en el año 2009, talleres de reflexión sobre Ética y Responsabilidad Social, que han servido para movilizar positivamente al notariado e inducir al análisis del ejercicio profesional a la luz de la ética.

I.c) Responsabilidad social:

Responsabilidad es sinónimo de compromiso. Una persona es responsable cuando por si o por imposición de las leyes o del Estado está obligada a hacer algo, y lo cumple.

El escribano en su quehacer notarial asume responsabilidad civil, penal,

⁸ Vallet de Goytisolo, Juan. *“Si le faltara la ciencia al notariado, éste podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no sería posible la función”*.

administrativa y disciplinaria. Sin embargo, por ser el depositario de la confianza de la sociedad, desde siempre ha asumido la más importante de sus responsabilidades, la social, en tanto tiene en sus manos la posibilidad de garantizar los derechos de las personas. Y es en este aspecto, que el término RESPONSABILIDAD SOCIAL, debe entenderse como COMPROMISO ANTE LA SOCIEDAD.

Es nuestro compromiso como hombres integrantes de la sociedad, como profesionales y especialmente como notarios, aportar todo lo que esté a nuestro alcance para solucionar problemas claves en la lucha comunitaria, que dejan al margen del ejercicio de sus derechos a parte de la población.

Esto importa la colaboración seria, efectiva y constante para lograr la solución de esos problemas, a través de programas y acciones comunes que se desarrollen en forma conjunta con organismos del Estado y con los sectores intermedios de la sociedad.

Es justamente en el ejercicio de nuestra responsabilidad social, donde más acabadamente se perfila el notario como garante de los derechos de las personas.

Como notarios que ejercemos diariamente nuestra profesión, trataremos de ver en este trabajo, en qué forma cumplimos nuestra función social y en qué aspectos, desde el punto de vista personal, profesional y colegial, debemos cambiar o mejorar para prestar la función que la sociedad espera de nosotros.

De ahí que no entremos en la profundidad de los aspectos filosóficos del tema, sino en el aspecto esencialmente práctico.

Comenzaremos por hacer un repaso de los conceptos de notario, persona y derechos personalísimos, para ver luego, de qué forma en el ejercicio de nuestra profesión somos, a diario, garantes de esos derechos.

II) NOTARIO

II.a) Origen, fundamento y evolución del notariado

Creemos oportuno revisar brevemente nuestra identidad y razón de ser, para comprender que la función del notario latino es por su propia naturaleza, garantía de los derechos de las personas. Solo entendiendo nuestro origen, fundamentos y utilidad social podremos advertir en qué medida el notario puede ser el garante, aun en casos no previstos expresamente por el ordenamiento jurídico positivo.

Como expresa Piero Calamandrei, *“esta es la hora en que toda clase que no quiera ser barrida del porvenir inminentemente, debe realizar sin hipocresías su examen de conciencia y preguntarse sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que esta”*⁹. Y justamente son los “títulos de utilidad común” del notariado latino, los que lo han enaltecido a través de la historia y los que lo sostendrán en el futuro.

Pretendemos simplemente hacer notar que, tal como dice Monseñor Doctor Antonio López Peláez, *“Nada por lo común existe sin razón bastante de existir. Cuando una institución aparece bajo todos los cielos y en todas las centurias, entre las más distintas civilizaciones y las más contrapuestas costumbres, responde indudablemente a una gran necesidad social y profundiza sus raíces en lo más íntimo de la naturaleza humana. Abrid la historia del mundo y desde sus primeras páginas, con más claridad a medida que vayáis leyendo, si bien no en todas partes con los mismos nombres y con igual fisonomía, veréis el notariado, destacándose, robusteciéndose, ensanchando su esfera de acción al compás que los pueblos crecen y progresan”*¹⁰.

Intentaremos encontrar nuestro fundamento en la propia naturaleza humana.

Siguiendo la filosofía clásica, el hombre es un ser eminentemente social por naturaleza. Y ciertamente lo es por defecto y por perfección, ya que son las

⁹ Calamandrei, Piero. *Demasiados Abogados*. Ediciones Jurídicas Europa América. 1960. Pág. 62.

¹⁰ Palabras pronunciadas el 6 de mayo de 1914, en su sermón de la Iglesia de San Agustín de Barcelona, en los festejos que se celebran en honor de San Juan evangelista, Patrono del Colegio Notarial de Cataluña. El Notariado, Ed. Colegio de Escribanos, vol. 1, 1971, pág.7. Citado por Jorge A. Bollini, “Organización del Notariado Latino”, Ed. De Revista Notarial, Separata del N° 863.

condiciones de inferioridad con que nace, que le impiden satisfacer sus primeras necesidades y realizar sus fines, las que lo impulsan a integrarse con otros y a vivir en sociedad, base de su perfectibilidad.

Esa sociabilidad genera inevitablemente interacción y relaciones de alteridad entre los hombres, causas del fenómeno jurídico. Así lo explica el brocardico romano *“Ubi societas, ibi jus”* ¹¹, siendo el derecho una de las realidades más importantes de la vida social.

Y dentro del fenómeno jurídico y como consecuencia de la ancestral pretensión de certeza, estabilidad, permanencia y equidad en las relaciones con el prójimo, aparece el fenómeno notarial en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

Como hemos visto, la sociedad ha dado respuesta a esa necesidad de diversos modos, dando nacimiento así a la función notarial, que por su razón de ser y su fin, ha estado desde siempre a cargo de una persona de conducta moral intachable, basada en la imparcialidad e inquebrantables valores éticos, desde el momento en que el notario ha sido el depositario de la confianza de la comunidad.

De allí que una fundamental premisa del notario y pilar en que descansa la institución, ha sido, es y debe continuar siendo, la honorabilidad y las demás cualidades morales que ella implica, a las que deben sumarse su capacitación en cuanto profesional del derecho, todo lo cual lo ha erigido como un verdadero garante de los derechos de las personas.

En este sentido, sostuvo el Papa Pablo VI: *“La principal cualidad moral de vuestra profesión, la más consustancial a ella, la que dignifica en grado sumo vuestra competencia técnica, la constituye el culto a la verdad, presupuesto básico para el mantenimiento de la justicia en el delicadísimo sector de la actividad humana confiado a vuestra fidelidad y responsabilidad”* ¹².

Desde el punto de vista histórico, largamente se ha discurrido acerca del origen del notariado; prueba de ello es que se lo ha encontrado en las más diversas culturas, instituciones y funcionarios. Solo haremos aquí un breve racconto de dichos antecedentes, para luego centrarnos en el presente del

¹¹ “Donde hay sociedad, hay derecho”.

¹² Mensaje sobre el contenido de la función notarial dirigido a la Unión Internacional del Notariado Latino, con motivo de su VIII Congreso, celebrado en la Ciudad de México el 3 de octubre de 1965.

notariado latino.

En un principio era quien detentaba el poder, el encargado de ejercer dichas funciones (al igual que tantas otras, tal como surge por ejemplo de “Las quejas del felah”) o bien por la misma comunidad, mediante el procedimiento de otorgar los contratos verbalmente en los locales de mayor concurrencia, tal como nos lo muestra el primer contrato de compraventa que narra la Biblia (Génesis, cap. 23), por el que Abraham compró a Efrón, junto al pórtico de Arbeya, el campo destinado a la sepultura de Sarah; o en presencia de personas caracterizadas ¹³.

Sin embargo el crecimiento de la población y el aumento del tráfico jurídico, que pasó a estar cada vez más en manos privadas, hizo que ello fuera imposible y es así como aparecen los primeros personajes en los que pretendemos encontrar los ancestrales orígenes de nuestra profesión.

Entonces aparece el escriba, presente en diversas culturas, como la egipcia, palestina, babilónica, hindú, así como con referencias en el Corán ¹⁴.

Del mismo modo y como muestra de la universalidad de nuestra función, en Occidente se destacan las figuras del logógrafo en Grecia; distintas clases de escribas presentes en el pueblo hebreo; y al llegar a Roma, encontramos varios personajes encargados de salvaguardar la verdad de los hechos, tales como el notarius, los logographii; los scribii; los tabularii y los tabeliones, y finalmente con Justiniano nuestra actividad comenzó a adquirir carácter de profesión autónoma y a ser reglamentada en base a disposiciones legales (Corps Iuris Civilis).

Posteriormente, Carlomagno, fundador del Sacro Imperio Romano Germánico, en sus Capitulares, cimienta y difunde la institución notarial en Francia y legisla para el notariado; y el Emperador León VI de Oriente destaca, en la Constitución XXV, la importancia del examen para ingresar al cargo, de las cualidades jurídicas y morales de los futuros notarios ¹⁵, establece la colegiación

¹³ Tavares de Carvalho, Fernando. *La profesión de notario: Aptitudes que exige*. Conferencia leída el 20 de Febrero de 1929 en la Academia Matritense del Notariado, citada por Colosa Sebastián J. en “Los deberes éticos notariales”. Editorial Ad-Hoc. 2008. Pág. 56, nota 15.

¹⁴ Gattari, Carlos Nicolás. *El Escribano en el Corán*. Revista Notarial nº 928, pág. 683.

¹⁵ “el que vaya a ser elegido notario debe serlo por votación, a juicio del Decano y de los demás notarios, de suerte que conozca y entienda de las leyes... no resulte locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y

obligatoria, fija el numerus clausus e impone aranceles; todas disposiciones que conservan una actualidad permanente.

En la alta Edad Media el notariado alcanza valor trascendente y se forja la imagen del notario como jurisperito, ubicándose en su verdadero rol profesional, atribuyéndose a la Escuela de Bolonia la mayor influencia en la creación del arte notarial, impulsada por Irnerio, Ranieri de Perugia, Salatiel y Rolandino Passaggeri.

Todos ellos dan suma importancia a las cualidades científicas y éticas que se deben poseer para ejercer el cargo. Nace así el notariado jerarquizado como actividad profesional del derecho, ya no como mero cargo ¹⁶.

En el ámbito del notariado español, Fernando II, el Santo, y su hijo, Alfonso X, el Sabio, han dejado un enorme legado de principios jurídicos, sobresaliendo en lo que a nuestra materia refiere, las Siete Partidas, ya que el título XVIII de la Tercera Partida, organiza el notariado.

Acercándonos a los antecedentes de la institución en nuestro país, debemos detenernos en el Derecho de Indias, nacido como consecuencia del descubrimiento y conquista de América, en la cual han tenido los notarios una importante misión. Prueba de ello es que era indispensable su presencia durante la expedición de conquista, ya que investían de legalidad y verdad a los actos que sucedían durante la travesía. El primero de ellos fue Rodrigo de Escobedo ¹⁷.

Podemos observar que, como no podía ser de otro modo, fue a partir del

buena escritura para que no se vea fácilmente desconcertado por las escrituras falsas y los signos engañosos...”

¹⁶ Allende, Ignacio M. *La Institución Notarial y el Derecho*. Editorial Abeledo Perrot, 1969

¹⁷ Luego de organizadas políticamente las Indias, el notariado continuó desempeñando un importante papel; muestra de ello son las normas sancionadas para el Virreinato de Nueva España, como: el decreto dictado en 1573 por el Virrey Martín Enríquez, que regulaba el funcionamiento de la primera organización notarial en la Ciudad de México, integrada por los escribanos de la Nueva España, denominada Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas, cuya finalidad era la de auxiliar moral y económicamente a sus cofrades. Otro ejemplo es la Real Cédula de 1792, sancionada por el Rey Carlos IV, por la que se creaba el Real Colegio de Escribanos de México. Del mismo modo, contenían disposiciones relativas al ejercicio profesional y al acceso al cargo, la “Ley para el arreglo provisional de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común” de 1837 y la de 1853, el decreto dictado por Maximiliano, como emperador de México, en 1864 (en el que por primera vez se utiliza el término notariado en México), la ley del notariado y del oficio de escribano de 1865, y la ley dictada por Benito Juárez en 1867.

Derecho de Indias que se organizó el notariado en cada uno de los países americanos. Así en nuestro país, luego de producida la Revolución de Mayo, la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 3 de abril de 1813, dispone que los escribanos españoles que actúan en el territorio de las provincias, deben adoptar la ciudadanía, naciendo a la vida institucional el notariado argentino; y aún luego alcanzada la independencia, continuaron aplicando el derecho indiano, que paulatinamente fue modificado y aggiornato. Al sancionarse el Código Civil, Dalmacio Vélez Sarsfield, se refiere a los instrumentos públicos en el Título Tercero de la Sección Segunda, y específicamente a las escrituras públicas y a los escribanos en el Título Cuarto de la Sección Segunda, y al hacerlo nos muestra, en la nota al artículo 997, la influencia recibida del Derecho Español.

Luego se dictaron numerosas leyes que contenían normas de carácter estrictamente notarial, desde 1881, llegando finalmente a la 5.015 de 1943, primera ley notarial de nuestra República, fruto de una intensa labor del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, y modelo de los ordenamientos que luego se dictaran en el resto de las provincias.

No queremos dejar de hacer mención de lo ocurrido en torno a la organización corporativa del notariado, ya que han sido los colegios notariales los que han trabajado dura y silenciosamente para que el notariado alcanzara la jerarquía de la que hoy goza.

El deseo asociativo profesional surge como fenómeno sociológico, para actuar en defensa de los intereses comunes y, fundamentalmente, mantener el decoro y prestigio profesional.

En el ámbito notarial, este deseo se remonta, según García de Cortázar, a los más antiguos notariados (el de Israel y los pueblos asiáticos) ¹⁸. A partir de la era Cristiana, las primeras manifestaciones aparecen en Roma con Clemente I. Luego, la legislación justiniana reconoce expresamente la organización colegial que se había dado a los tabeliones, a cargo de la cual se encontraba la regulación y el control del cumplimiento de las condiciones de cultura, moral y disciplina que

¹⁸ García Cortázar, José A., Organización gremial y profesional del notariado. Colegios regionales y consejos nacionales, II Congreso Internacional del Notariado Latino.

debían reunir los notarios, así como del ejercicio de la función.

Desde allí, estas organizaciones se extendieron a lo largo y ancho del mundo latino. En España no podemos dejar de recordar las Ordenanzas dictadas por Jaime I en 1238 referidas al Colegio de Notarios de Valencia, las legislaciones forales dictadas por Pedro II (1331) y Alfonso III (1333) y el esplendor alcanzado por la organización notarial en Cataluña, Mallorca y Palma.

En Francia, fueron las Capitulares de Carlomagno (805) las que dieron origen a la institución notarial; a ellas siguieron disposiciones dictadas por el Rey San Luis (1270), Carlos V (1365) y Francisco I (1539).

Luego la revolución Francesa, marca una segunda etapa en la vida de los Colegios Notariales. La ley Chapelier (1791) abolió las corporaciones, no obstante lo cual algunas lograron salvarse, entre ellas la nuestra; y la ley del Ventoso (1803) unifica la legislación notarial consagrando las fórmulas clásicas del tabellionato romano, y en ese mismo año se crean las Cámaras de Disciplina, incrementando notablemente la jerarquía del notariado francés, que aún conserva.

En base a esta legislación, se organizarían los colegios notariales en otros países de raigambre latina, tales como Bélgica, Suiza, Canadá, etc.

En España, la ley Isabelina de 1862, ley orgánica del notariado, se refiere a los colegios notariales, pero fueron sus sucesivos reglamentos los que se ocuparon detenidamente de ellos, dándoles gran preponderancia en el plano institucional, y de las Juntas Directivas de los Colegios, encargadas de velar por la observancia de la disciplina, el decoro y correcto ejercicio de la función.

En el Virreinato del Río de la Plata, el primer síntoma de corporación aparece con la Hermandad de San Ginés de Arlés, de 1788.

Y ya en nuestro país, los primeros intentos de organización corporativa se llevaron a cabo en Buenos Aires y Córdoba, para luego expandirse en el resto del país, y encontrarse, desde hace años, unidos por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

Por último, nos encontramos con la Unión Internacional del Notariado Latino, que desborda las fronteras políticas, para abrazar a todo el notariado. Constituida en Buenos Aires, en 1948, para promover, coordinar y desarrollar la

función y la actividad notarial en el mundo entero, asegurando mediante la más estrecha colaboración entre los Notariados, su dignidad e independencia a fin de un mejor servicio a la persona y a la sociedad.

La acción permanente y fecunda de nuestras instituciones ha sido de trascendente importancia para el progreso del notariado, a punto tal que hoy depende de la acción que sus componentes desarrollan a través de los Colegios, de los Consejos, de las Juntas y de la Unión. Estas han permitido su jerarquización y contribuido enormemente a reforzar la imagen del notario como garante de los derechos de las personas, tal como veremos en otros pasajes de este trabajo,

II.b) Sistemas Notariales

Como todas las instituciones humanas, cuya esencia y razón de ser son inmutables, el fenómeno notarial refleja la configuración social y la idiosincrasia de cada pueblo, al igual que todo el ordenamiento jurídico. Es por ello que su ejercicio ha dado nacimiento a distintos sistemas notariales.

Se han elaborado diversas clasificaciones ¹⁹, sin embargo, ante su modificación o desaparición, creemos subsistentes dos grandes sistemas: el anglosajón y el latino, de raigambre romana, aunque haremos mención del sistema notarial de la ex URSS, por su significancia histórica.

1) Notariado Anglosajón

Si existe algún país donde la influencia jurídica de los conquistadores no ha cimentado, es Inglaterra, a quien los romanos no pudieron brindar su mayor legado a la humanidad, su Derecho.

La concepción filosófica y las costumbres de los pueblos de raigambre

¹⁹ Así por ejemplo, Antonio Bellver Cano señala la existencia de cinco sistemas, a saber: a) notariado de profesionales libres (notariado sajón); b) notariado como profesionales públicos (notariado alemán); c) notariado de profesionales-funcionarios públicos (notariado europeo, sudamericano y del Estado de Luisiana, Estados Unidos de Norte América); d) notariado de funcionarios judiciales (notariado rumano); y e) notariado como funcionario administrativo (notariado ruso antes de 1989); otros como Raoul de La Grasserie, cuatro, Moscatello tres e incluso Azpetia, dos.

anglosajona, han dado lugar a un sistema completamente diverso, donde la costumbre es la esencia del derecho, donde el Common Law es ley y la Equity y los Standards jurídicos (apreciaciones de conducta fundadas en el sentido común), son sus auxiliares.

Como explica Allende ²⁰, la función del notario en Inglaterra y los Estados Unidos, está circunscripta a restringidísimos límites. En Inglaterra existen los notarios generales de distrito y los de la City (entre estos los de Londres y Westminster aglutinados en la Sociedad de Escribanos). Al nombramiento precede un juramento ante Tribunal especial, un aprendizaje en una notaría y haber sido admitido en la Sociedad de Escribanos previo examen sobre derecho general inglés, procedimientos judiciales y conocimiento de un idioma extranjero. Los notarios ingleses no están obligados a la prestación de sus servicios, y lo que da una pauta de la escasa gravitación jurídica del notariado británico, es que los tribunales pueden dejar de acordar valor a los documentos notariales, y si se le acordara, de ser impugnados se admiten pruebas en contrario exigiéndose la declaración del notario, pues la equity y los standards jurídicos y el mismo common law imposibilitan el alcance probatorio erga omnes del documento.

Por su parte, los Estados Unidos de América heredan a través de las fuentes de su derecho la actuación notarial. Para acceder a la función de Notary Public las exigencias son: ciudadanía, mayoría de edad, residencia y buena conducta moral avalada por determinado juez. Si cumple con dichos requisitos se procederá al nombramiento y la prestación de juramento. Sus funciones son básicas y se limitan a la comprobación y certificación de documentos, y los efectos jurídicos de su actuación, en definitiva acuerdan sólo presunción de autenticidad.

En el sistema Anglosajón, los contratos deben ser siempre probados en juicio, es decir que los documentos no constituyen plena fe en sí mismos.

Respecto de los inmuebles, este sistema se basa en la mera confianza de las partes contratantes y su documento más común es el contrato privado respaldado por un seguro de títulos, que no genera titularidad permanente y sin turbaciones, como tampoco el “seguro de vida” logra que alguien no muera, sino

²⁰ Allende, Ignacio M. Op. Cit. Pág. 77.

que su verdadero objetivo es afianzar, en la mayoría de los casos sólo en forma parcial, el pago de la suma que correspondiere abonar por los daños económicos que emergen del hecho que tipifica el riesgo cubierto. Esto nada tiene que ver con la seguridad jurídica estática o dinámica, que procura la permanencia del sujeto en el ejercicio del derecho cuya titularidad ha adquirido.

Así, *“Sin posibilidad de conseguir una verdadera seguridad jurídica, el tráfico inmobiliario ha tenido que conformarse con esa seguridad económica”* ²¹, que incluso se ve puesta en jaque en épocas de crisis. Por ello, creemos que el sistema sajón no cumple ninguna función ya que solo se limita al cumplimiento de un requisito formal carente de toda seguridad jurídica.

2) Notariado Ruso

El sistema ruso fue el máximo exponente del notariado estatal o comunista. La Rusia pre-comunista respondía al sistema de notariado latino. Pero el avenimiento de la Revolución implicó sucesos como la abolición de la propiedad privada y otros derechos de importancia vital para el orden civil, que significaron la paralización de hecho y de derecho de todas las funciones notariales, y consecuente instauración de un nuevo sistema notarial, cuyo funcionamiento se basaba en el control estatal de las relaciones entre particulares y la fiscalización de las entidades del Estado. La función se ejercía al solo efecto de determinar aquellos actos que atentaran contra el régimen vigente. Esto implicaba el intervencionismo extremo del Estado en lo actos de la vida civil de los ciudadanos, incluso en aquellos de orden personalísimo, donde la libertad individual era escasa o nula.

En consecuencia, los notarios optaron o bien por abandonar sus protocolos o conservarlos y defenderlos, lo que duró hasta la intimación de los soviets de abandonar toda actividad. A partir de ese momento comenzaron a funcionar oficinas notariales para realizar declaraciones de inventario de bienes nacionalizados y manifestaciones de última voluntad.

Respecto a este sistema, nos expresa Allende: *“Solo la negación del*

²¹ Rodríguez Adrados, Antonio. Citado por Cosola. Op. Cit. Pág. 171.

derecho de propiedad, sólo el hecho social ruso, sólo el comunismo, justifica la estatización notarial"²². Por ello, caído el régimen comunista, este sistema ha desaparecido, y la mayoría de los países que lo utilizaban, han optado por el restablecimiento del sistema del notariado latino, inclusive Rusia.

3) Notariado Latino

Entre nosotros, los pueblos de raigambre greco romana, el sistema latino es fiel reflejo de nuestra concepción filosófica, cultura y costumbres, de la forma en que nos relacionamos, no solo con los otros miembros de la comunidad, sino también con las cosas. Entablamos con ellas relaciones complejas desde lo jurídico y económico, y especialmente desde lo social y psicológico, que exceden la sola materialidad.

La mayoría de los países latinos responden a un notariado de fondo y de características similares, pues son herederos del Derecho Romano.

Europa tomó este sistema de la fuente, mientras que a América fue traído por los conquistadores españoles y franceses. Es por ello que también lo encontramos en América del Norte en los estados de Quebec en Canadá y Luisiana en los Estados Unidos de América.

Teniendo en cuenta las características de nuestro sistema, el I Congreso Internacional del Notariado Latino declaró que: *"El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad..."*²³.

Por el carácter social de su función, el notario latino debe ser imparcial, velar por la equidad de los contratos, buscar el equilibrio entre las partes y sobre todo asesorar; todo esto lo convierte en un insustituible garante de los derechos de las personas.

No se limita a ser un mero documentador, sino que es quien dirige a las partes en el período anterior a la documentación, ya que los intereses de los individuos y de la sociedad exigen del notario una tarea interpretativa que le

²² Allende, Ignacio M. Op. Cit.

²³ Buenos Aires, 1948.

permita captar la voluntad de los requirentes y finalmente darle sentido jurídico. Es por ello que: *“El notario debe ser un jurista y un buen jurista”* ²⁴.

Sin embargo, y a pesar de que los sistemas respondan, como hemos dicho, a la realidad de cada sociedad y a diversas concepciones filosóficas, se pretende desplazar el sistema latino, poniendo en duda la necesidad de la función notarial, desde una postura pragmática y utilitarista, que encuentra en la economía la justificación de cualquier decisión, aún contraria a nuestra propia idiosincrasia.

Así lo manifestó Juan Bolás Alfonso: *“Cuando del notariado se trata, entran en colisión dos culturas distintas, la norteamericana y la europea. La primera, por su prepotencia mundial, trata lógicamente de imponerse también en este campo y, en consecuencia, intenta reducir la función notarial a la de mera legitimación de firmas como si esta función, perfectamente razonable en el sistema norteamericano de procedimiento oral y desconocimiento del documento público notarial, fuera exportable sin más a los sistemas europeos”* ²⁵.

Prueba de esto es el Doing Bussines in 2004, Understanding Regulation, elaborado por el Banco Mundial, que constituye una manera de ejercer presión por parte del sistema de mercado. Sobre cómo se elaboró dicho informe, explica la notaria Zulma A. Dodda: *“Creo con toda sinceridad que no hay ningún tipo de inocencia en el planteo del Banco Mundial; no es un desconocimiento de datos sino que se trata de un uso de datos direccionado hacia un objetivo y en función de ello son los informes que transmiten al mundo económico, a la Comunidad Europea y cuyas influencias, obviamente, llegan a nuestro continente”* ²⁶.

Finalmente dicho documento, al comentar la mejor manera de realizar inversiones en otros países, considera al notario como una carga innecesaria y a la actividad notarial como un obstáculo para las inversiones.

Durante la reunión plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL (México D.F. Agosto 2008), la Comisión Common Law - Civil Low expresó:

²⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aida. *Reflexiones sobre la Responsabilidad de los Escribanos*. Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. VI, Edición 1998. Pág. 387.

²⁵ Bolás Alfonso, Juan. *El papel del notariado en el espacio jurídico europeo*. Conferencia pronunciada en la UNA el 19/7/2000. Citado por Sebastián J. Consola. Op. Cit. Pág. 223.

²⁶ Conferencia pronunciada durante la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos. Mar del Plata, Argentina, Abril de 2005.

“Los informes Doing Business muestran al notariado desde el punto de vista económico, como un “simple trámite”, lento y caro, que debe desregularse, sin considerar para nada, que el notario es el garante de la legalidad de los actos que pasan ante su fe, brindando la seguridad jurídica que la comunidad reclama. Así mismo, su aplicación preventiva del derecho, evita un número importante de juicios y un gasto considerable al Estado en su aparato judicial. Famosa es la frase de Don Joaquín Costa: A notaría abierta, juzgado cerrado”.

Pero el ataque no viene solo desde afuera del sistema latino. A ello se suman la intenciones del Colegio de Registradores Españoles, que quedan expuestas en el siguiente párrafo del informe del Secretario General del CINDER: *“Países como México y Argentina, con un notariado loado por el propio Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, presentan un nivel desastroso en materia de efectividad en los derechos de los acreedores y por lo tanto en volumen de crédito hipotecario, debido al tipo de Registro de que disponen. Como ya he adelantado, estos datos no significan en absoluto que el notariado sea ineficiente sino que la clave a los efectos de crear y desarrollar un mercado inmobiliario e hipotecario, o de lograr su óptimo funcionamiento, está en el Registro. Caso de que éste opere mal, o sus efectos sean reducidos de modo que tan sólo se apliquen principios de oponibilidad y prioridad, la única forma de impulsar el mercado antedicho será mediante la generalización del uso de los seguros de título”* ²⁷.

Como así también en el de hecho haber elegido para el desarrollo de los Congreso de Derecho Registral, a países con menor trascendencia notarial, se pretendió demostrar la innecesariedad de nuestra función, y suplantarla por la fe pública registral a ultranza, una nueva ficción que como agua bendita haga que lo que quede inscripto quede absolutamente saneado.

Así, quienes pretenden transmitir que el notariado no cumple ninguna función en la construcción de la seguridad jurídica y como garante de los derechos de las personas, apuntan al seguro de títulos, los primeros, y a la fe pública registral y, en consecuencia, a un registro de derechos y no de documentos, los

²⁷ 26 Congreso de Registradores Fortaleza, Brasil, 2006.

segundos.

Ante estos ataques, el notariado latino debe dar respuesta, y debe hacerlo desde la firme convicción de que nuestra función responde, tal como lo explicamos, a la necesidad humana de certeza y seguridad jurídica en la vida social; no es una creación de la ley, sino que esa ley solo está receptando la necesidad y la refleja en la norma.

Tan elevado es el carácter social de nuestra función que el gran jurista Francesco Carnelutti expresa: *“Si tenemos en cuenta los progresos científicos que la técnica nos presenta cada día, podemos decir que si el notario fuera exclusivamente un mero documentador, estará en trance de desaparecer porque con los progresos de la fotografía, de la cinta magnetofónica, etc., esa función de plasmar una declaración de voluntad en un documento de modo que no quepa ninguna duda acerca de su autenticidad se llegará a realizar por medios mecánicos y más que suficientes para los fines pretendidos. Sin embargo el notario tiene algo más que hacer, y estas consideraciones son la que nos llevan a la conclusión de que esta función documentadora es lo accesorio en el notario. De ahí la injusticia que supone llamarlos, como en algunos países, “escribanos”, puesto que si por ser lo más aparente –sobre todo en base a la consideración histórica del desarrollo del notariado- puede confundirse la misión puramente adjetiva de documentador con su esencia, es preciso ir mucho mas lejos para encontrar la verdad... La esencia de la función notarial hay, pues, que buscarla en otra que nos da de manera definitiva su base, su contenido y su significado. Esta esencia está en vías de encontrarse cuando se supone la idea de su misión con la mediación. Es decir, cuando se parte del estudio de la figura jurídica del intérprete. Pero no del intérprete material... y he aquí lo más importante del interprete jurídico. El notario lo que hace en realidad es interpretar, traducir, la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, ligar la ley al hecho”* ²⁸.

Esa convicción, que no basta por si misma, deberá ser respaldada por nuestra capacidad para satisfacer esa necesidad, pues será ella la que nos

²⁸ Carnelutti, Francesco. *La figura jurídica del notario*. Revista Internacional del Notariado, año 1950. Pág. 320, citado por Ignacio M. Allende. Op. Cit. Pág. 44.

mantenga “vivos” en esta sociedad. Y para ello el notariado deberá continuamente adecuarse a las exigencias de las transformaciones sociales, políticas y técnicas, para poder ofrecer, en todo momento, la utilidad social de nuestra función, para lo cual, como profesionales del derecho, tendremos que capacitarnos permanentemente, y al hacerlo comprender que los adelantos técnicos serán siempre auxiliares de la función, nunca sustitutos; y por su trascendencia social y la confianza que en nosotros se deposita, nos impone además, que profesemos principios éticos inquebrantables, acordes a la honorabilidad de la función.

Por último, quienes atacan al notariado latino, falsean la realidad sosteniendo que nuestros costes son muy elevados en comparación con los de sus sistemas. Esto es falso, en dos sentidos: primero, no debe confundirse el coste estrictamente notarial, con las tasas e impuestos que como agentes de retención percibimos, pues ello puede confundir con relación al costo final del negocio; y segundo, se ha demostrado empíricamente que el coste del arancel notarial es muy inferior a los costes y daños sociales y económicos que se evitan por la intervención del notario.

Así nuestra función reduce considerablemente el litigio postcontractual, que en cambio, es sumamente elevado en el área del Common law, lo que a su vez permite reducir importantes costos, no solo a los particulares sino también al Estado, en cuanto a los fondos destinados a la administración de justicia, lo que permite disminuir los costos del acceso a la misma. Por ejemplo en los Estados Unidos el costo total de acceso a la justicia asciende al 2,5 %, mientras en los países de derecho civil, éste representa un 0,5 % del PIB en Japón hasta un máximo de 1,4% en Bélgica ²⁹.

Por otro lado, la seguridad jurídica plena que nuestro sistema notarial aporta (procedente del asesoramiento profesional, el estudio de títulos, la liberación de deudas propter rem, la autorización del acto con contenido auténtico y su publicidad, sumadas al ejercicio de la posesión) y la función que cumplimos como garantes de los derechos de las personas, hace que reemplazar la tarea del notario por un seguro de título sea ineficiente y más caro, y lo que es peor, no se

²⁹ Fuente: Unión Internacional del Notariado Latino en: www.uinl.net

obtenga el resultado querido por la comunidad.

Un claro ejemplo de ello es que en nuestro país los representantes de las empresas que intentaban imponer el seguro de títulos lo primero que hicieron fue un análisis estadístico de cuántos títulos de origen notarial estaban judicialmente cuestionados. Y la respuesta fue que el porcentaje era tan bajo y tan ínfimo que no iban a poder imponer el seguro de títulos, porque no hay riesgo a cubrir ³⁰.

³⁰ Dodda, Zulma A.. Conferencia pronunciada durante la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos. Mar del Plata, Argentina, abril de 2005.

III) PERSONA

III.a) Persona física: concepto, atributos.

En un breve repaso del concepto de persona, decimos que nuestro Código Civil entiende que son personas *"todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones"* (art. 30),

Existen dos corrientes de pensamiento: a) la que entiende que persona y hombre son dos realidades diferentes, y por tanto la expresión "persona" denota un concepto jurídico construido por el derecho y el concepto "hombre" alude a una realidad natural, el ser humano (positivismo jurídico); y b) la corriente del derecho natural que entiende que el derecho no es una creación arbitraria del legislador sino una disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos, y que por tanto el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer en todo hombre la calidad de persona.

El artículo 51 del nuestro Código Civil define a las personas de existencia visible: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible", y el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, en la misma línea, garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley ³¹.

Las personas de existencia ideal son definidas en el artículo 32: *"Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas"*.

Las Personas Jurídicas: Pueden serlo tanto públicas o privadas y en éstas distinguimos dos especies: las que tienen por objeto el bien común y un patrimonio propio (asociaciones y fundaciones) o las que tienen un fin de lucro (sociedades civiles o comerciales).

Teniendo en cuenta que el objeto del presente trabajo es el estudio de la labor notarial en la protección de los derechos de las personas más vulnerables, o

³¹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales, ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

en situaciones de vulnerabilidad, más adelante vamos a ver de qué modo las personas jurídicas pueden ser útiles para la protección los derechos de dichos ciudadanos.

Las Personas Físicas: El derecho argentino reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción (artículo 70 del Código Civil) ³². De este artículo, sacamos las siguientes conclusiones: - La existencia está sujeta a la condición del nacimiento con vida; - El nacimiento sin vida actúa como una condición resolutoria de la personalidad; - A su vez, el nacimiento con vida no implica ninguna influencia sobre la personalidad.

Del mismo modo la Convención de Derechos Humanos de San José de Costa Rica suscripta por nuestro país y con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional reconoce el derecho a la vida a la personas por nacer desde la concepción ³³.

Atributos inherentes a la persona

Llambías dice que *"son calidades dependientes e inseparables del ente personal, de manera que no pueden existir sino en él y éste no puede ser sin revestir esas mismas propiedades"* ³⁴.

Los atributos de las personas son en definitiva *"calidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad y a*

³² Código Civil Argentino Art. 70: " Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

³³ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 75: "Corresponde al Congreso: ... inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos....."

³⁴ Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I. Editorial Abeledo Perrot, 1995, pág. 292.

*determinar al ente personal en su individualidad”*³⁵.

Estos atributos son: nombre, estado (éste es propio de las personas físicas), capacidad, domicilio y patrimonio.

Nombre:

*“Es la designación exclusiva que corresponde a cada persona”*³⁶, *“constituye uno de los atributos esenciales de la persona, desde el punto de vista jurídico, pues la personalidad supone la individualidad propia, que permite la identificación de cada persona en relación con las demás”*³⁷. Es un *“derecho-obligación de identidad”*³⁸. Es el signo individualizante de la persona; *“ser persona equivale a poder ser titular de derechos que el ordenamiento reconozca como propios del sujeto de que se trata. Para poder investir derechos propios y distintos de los derechos de los demás, cada sujeto debe poder ser individualizado”*³⁹.

Estado:

Es el conjunto de calidades extrapatrimoniales determinantes de su situación individual y es el modo de ser de la persona dentro de la familia.

El estado civil de los ciudadanos argentinos es: soltero, casado, viudo o divorciado. Muchas personas viven “en pareja”, es decir conviven, tienen hijos en común, pero no existe entre ellos el vínculo legal de los cónyuges. En estos casos, nuestras leyes solo otorgan derechos previsionales, es decir con relación a la atención de la salud y a las pensiones. Y si bien gran parte de quienes conviven en esta forma conocen los limitados derechos de su pareja y la inexistencia de derechos patrimoniales, no pueden, generalmente por motivos económicos, tramitar un divorcio y contraer nuevo matrimonio con quien posiblemente conviva desde hace muchos años y haya formado un verdadero hogar. Y en este tema vale decir como en el de dominios informales que veremos más adelante, un

³⁵ Neppi, V. Principios del Derecho Civil. Bs. As 1947. Página 88, citado por Horacio N. García Mele: El nombre y el apellido de la mujer. Ed. De Palma. Página 19.

³⁶ Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Página 283.

³⁷ Orgaz, Alfredo. Personas Individuales. Córdoba, 1961. Página 199. Citada por Horacio García Mele, obra citada en pág. 19.

³⁸ Hermard. Précis de droit civil. Paris, 1928. Tomo I, Página 35. citada por Horacio García Mele, obra citada en pág. 19.

³⁹ Salvat – López Olaciregui. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Buenos Aires 1964. Tomo II, página 391.

derecho, una justicia que no está al alcance de todos los ciudadanos no es justicia ni es derecho, y que se necesitan políticas de Estado serias y eficaces para que todos puedan ejercer sus derechos. Mientras tanto, cobra relevante importancia el asesoramiento notarial a los ciudadanos que conviven en esta situación, a fin de proteger al integrante de la pareja, en cuanto a la vivienda que ocupa con el titular registral.

Capacidad:

Más adelante lo trataremos, ya que nos interesa estudiarlo especialmente para el presente trabajo.

Domicilio:

Es el asiento jurídico de la persona.

Nuestro Código Civil distingue entre domicilio legal y domicilio real.

Al respecto el artículo 90 establece: "El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente".

La finalidad de la institución de esta clase de domicilio es la seguridad jurídica.

Y el artículo 89 dice: "El domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios..." Es decir es la residencia permanente de la persona con la intención de establecer allí el asiento de su actividad.

Patrimonio:

El Dr. Guillermo Borda, dice que *"dentro del conjunto vasto y heterogéneo de derechos de los que las personas son titulares (derechos personalísimos, políticos, de familia, reales, creditorios, intelectuales, etc.), hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que por ello pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos derechos constituyen su patrimonio"* ⁴⁰.

Y esta clara definición concuerda con el escueto contenido del artículo 2.312 del Código Civil: "Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e

⁴⁰ Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil.

igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.

No está integrado por cosas económicamente valiosas, sino por los derechos que tenemos sobre ellas, y concebido como atributo de la personalidad, reúne los caracteres comunes a todos los atributos.

Caracteres de los atributos de la persona

Son: necesidad (no puede haber persona que no los tenga); unidad (cada persona tiene un solo atributo del mismo orden); inalienabilidad (la persona no puede desprenderse de alguno) e imprescriptibilidad (no se ganan ni se pierden por el paso del tiempo).

Régimen de capacidad en el Código Civil Argentino

Queremos tratar especialmente el régimen de capacidad, dada la importante relación con el concepto de “persona” y el ejercicio de sus derechos, y las consecuencias de la recepción en nuestra Constitución Nacional de los convenios internacionales.

Capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas.

Es un atributo inherente a la personalidad, se debe ser persona para tener capacidad.

Debemos distinguir entre capacidad de derecho, que es la aptitud de ser titular de esos derechos y capacidad de hecho que es la aptitud de ejercerlos en forma personal.

El artículo 52 del Código Civil argentino sienta el principio de la capacidad, dicho de otra manera, la regla es la capacidad, por ende la excepción es la incapacidad. Todos los hombres son capaces para todos los actos y todos los derechos no prohibidos.

Las incapacidades emanan siempre de la ley (son de interpretación restrictiva).

La capacidad es susceptible de grados, en este sentido nuestro código

distingue entre incapacidad absoluta y relativa.

Tienen incapacidad absoluta (de hecho):

1.- las personas por nacer: En cuanto a su capacidad la persona por nacer es una persona absolutamente incapaz de hecho, su representante es quien ejerce sus derechos. Tiene capacidad de derecho, aunque de una manera restringida. (Puede recibir bienes por donación, herencia, legado; reclamar alimentos; ser designado beneficiario al afectarse una vivienda al régimen de bien de familia, etc.)

2.- los menores impúberes (menos de 14 años);

3.- los dementes;

4.- los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. (art.54).

Para nuestro código la incapacidad absoluta no admite excepción, sin embargo este es uno de los puntos que entendemos ha sido modificado como veremos más adelante. El sentido de esta norma es la protección de la persona, se lo sustituye en el ejercicio de sus derechos por otro que obra en su nombre y por cuenta del incapaz.

Tienen incapacidad relativa (de hecho) los menores adultos (menores de 14 años hasta los 18). Son incapaces que sólo pueden otorgar por sí los actos que las leyes le autorizan.

Régimen de inhabilitación:

En el artículo 152 bis se establece el régimen de inhabilitación. Éste es un medio técnico para suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente "normales", cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y su familia. El inhabilitado conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados y, por tanto, está ubicado en una condición básica de capacidad. Dentro de esta categoría encontramos a los pródigos, a los débiles mentales, los toxicómanos y los ebrios consuetudinarios.

Cese de la incapacidad de los menores: La incapacidad cesa:

- Al cumplir los 18 años de edad (art. 128 recientemente modificado por ley

26.579). Esto es, el día en que cumplieren dieciocho años.

- Por emancipación por matrimonio. Siempre con dispensa judicial previa y debe tratarse de un menor adulto (entre 14 y 18 años). Con la reciente ley mencionada precedentemente ha quedado derogada la emancipación por habilitación de edad o dativa, ya que requería que el menor hubiere cumplido los dieciocho años (Edad requerida ahora para la mayoría de edad).

En cuanto a los emancipados por matrimonio, el artículo 134 del nuestro Código Civil, establece ciertas restricciones a la capacidad: no pueden ni con autorización judicial aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito, hacer donación de bienes recibidos a título gratuito, ni afianzar obligaciones. A su vez, el artículo 135 establece respecto de los bienes adquiridos a título gratuito (antes o después de la emancipación) que no pueden disponer sin autorización judicial, salvo que mediase acuerdo del cónyuge y éste fuere mayor de edad.

La emancipación por matrimonio es irrevocable.

Con relación a los dementes, nuestro código utiliza esa terminología para referirse a los enfermos mentales en general. De acuerdo al artículo 141 son aquellas personas "que no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes"

La declaración de demencia debe reunir requisitos de forma y de fondo:

Requisitos formales:

- La declaración de demencia nunca puede ser dictada de oficio, siempre será a solicitud de parte.

- El presunto insano debe ser sometido a pericia médica. El artículo 143 además agrega que si del examen médico resulta la demencia éste debe calificarla. Nos interesa especialmente este punto que más adelante trataremos, ya que es de suma importancia esta calificación

- La demencia debe ser verificada y declarada por juez competente.

Requisitos de fondo:

- La enfermedad mental. - Que dicha enfermedad incida negativamente en el control de su persona y en la administración de sus bienes. - Que no sea un menor impúber. - Que no se haya rechazado una denuncia anterior.

Hasta aquí nos hemos referido a los requisitos para que una persona sea declarada incapaz, pero ¿cuál es la situación jurídica de los insanos no declarados tales judicialmente?.

Mientras no se dicte una declaración judicial de interdicción, el insano es capaz. Sin perjuicio de ello, los actos jurídicos obrados por el insano no declarado son anulables, para lo cual habrá que determinar en el caso concreto la falta o no de discernimiento.

En ese caso se trataría de una nulidad relativa, que tiene por finalidad la protección de la persona insana.

En el caso de que la demencia no fuere notoria, el artículo 473 del Código Civil establece en relación a los actos celebrados : “Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados”. Y la reforma del año 1968 agregó el siguiente párrafo: “Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso”.

Y el artículo 474 refiriéndose a actos entre vivos establece: “Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad” .Y el agregado de la ley 17.711 dice: “Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido”.

Queremos resaltar que respecto al otorgamiento de testamentos se exige "mucho más", no basta con no estar demente sino que se requiere un estado completamente normal y sano. Dice Llerena: "para declarar nulo un testamento por incapacidad mental del testador no se necesita que éste haya sido declarado demente, ni aún probar que estaba demente, tomada esta palabra en sentido restrictivo, sino únicamente probar que no estaba en su perfecta razón".

Llambías entiende que no hay fundamento para admitir una dualidad de criterio sobre el discernimiento del sujeto según que éste celebre actos onerosos o gratuitos. Dice: "*La aptitud de discernimiento, aunque no definida por el código es*

una noción unívoca que se verifica en cada caso según la posibilidad efectiva del sujeto para conocer lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones, distinguiendo lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente" ⁴¹.

De acuerdo al artículo 3.616, al que pidiera la nulidad del testamento, *"le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador, algún tiempo antes de testar, se hubiere hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido"* Entendemos que este artículo se refiere a los insanos no declarados. Son actos anulables ya que su falla reside en la falta de discernimiento.

Con relación al testamento el artículo 3.615 del código dice: *"Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces"*. La doctrina está dividida respecto a si este artículo se refiere a los insanos declarados o no. Algunos entienden que es una excepción a la incapacidad absoluta ya que creen que se refiere a interdictos declarados. Para la mayoría de la doctrina no existe tal excepción y este artículo sólo se refiere al discernimiento. Agregan además que *"contra el argumento que finca en la necesidad de respetar la expresión efectiva de la voluntad del testador cuando hay seguridad de que ella responde al sentir de aquél, respondemos que prueba demasiado porque igualmente ha de respetarse la voluntad de quienquiera en tales condiciones, lo que llevaría a la remisión de toda clase de incapacidad durante los intervalos de lucidez. Y si la ley no ha optado por ello es por la inseguridad que tal sistema introduciría en las relaciones jurídicas"* ⁴².

Efectos de la declaración de demencia

La declaración de demencia produce efectos:

⁴¹ Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 1995, página 516.

⁴² Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 1995, página 541.

- en primer lugar afecta la capacidad del sujeto y en consecuencia afecta los actos jurídicos que llegare a otorgar e inclusive puede afectar también los actos jurídicos otorgados con anterioridad a dicha declaración (actos anulables por falta de discernimiento).

- da lugar al nombramiento de un curador definitivo para el gobierno de la persona y sus bienes (art. 475)

Los actos otorgados por un insano declarado son nulos. Para Llambías: *"han de ser reputados nulos no sólo los actos de índole patrimonial realizados por los interdictos sino también los de carácter extra-patrimonial como los llamados actos "personalísimos", tales como el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de filiación, la impugnación de paternidad, etc."*⁴³. Así también opina la mayoría de la doctrina. El problema radica en que estos actos (los extrapatrimoniales llamados actos personalísimos) no pueden ser realizados por el curador; es evidente que el curador no puede celebrar actos personalísimos por el insano por el carácter mismo de estos actos. Nos encontramos entonces con que la declaración de insania se traduce en una incapacidad de derecho para la realización de actos personalísimos.

Cese de la incapacidad:

La incapacidad cesa por el completo restablecimiento de los dementes y exige nuevo examen médico, y la declaración judicial con audiencia del Ministerio de Menores.

Finalmente, con relación a los sordomudos, desde el punto de vista jurídico son aquellos que no pueden hablar con los demás ni oír lo que se les dice, sin atender al origen de su deficiencia. El artículo 54, inciso 4, del Código Civil Argentino, declara absolutamente incapaces a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

De la misma manera que el demente, el sordomudo queda privado de la posibilidad de ejercer cualquier acto, incluso los de carácter personalísimo. El artículo 166, inciso 9, del Código Civil Argentino, establece una excepción: *"Son*

⁴³ Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 1995, página 540.

impedimentos para contraer matrimonio ... la sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera". Por lo tanto, si el sordomudo no se pudiere dar a entender por escrito pero sí lo pudiera hacer de otra manera, siempre que sea inequívoca, el código le permite contraer matrimonio.

Extinción de la persona.

"Termina la existencia de las personas por la muerte natural de éstas" (artículo 130). Solo la muerte produce la extinción de la persona, ésta altera las relaciones jurídicas constituidas en cabeza del causante. Algunas relaciones jurídicas se extinguen; otras se transmiten a los herederos (artículo 3.417) y otras surtirán sus efectos una vez producida su muerte, tal es el caso del testamento.

Hasta aquí hemos hecho un breve repaso de lo establecido en nuestro Código Civil. Sin perjuicio de ello, veremos más adelante que nuestro código implícitamente ha sido derogado parcialmente por una serie de normas, algunas de ellas con jerarquía constitucional (de acuerdo a lo establecido por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

IV. DERECHOS PERSONALISIMOS

IV.a) Concepto

Esta parte del trabajo esta destinada a tratar el tema del conjunto de derechos subjetivos esenciales que han recibido la denominación de “derechos personalísimos”, por cuanto pertenecen a la persona por su sola condición de tal. Creemos que el notariado latino puede desempeñar un rol trascendente en su protección

Estos derechos aluden a un conjunto de facultades fundamentales que atienden a la más eficaz protección y defensa de la persona individual y de sus atributos.

Los derechos personalísimos corresponden innatamente a toda persona, desde antes de su nacimiento y hasta su muerte, por el simple hecho de ser persona humana, y le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales y un fundamento para su vida digna. Constituyen la base la Justicia y de la Paz en el mundo..

Han sido llamados de diversos modos por la doctrina y la legislación. Así, han recibido el nombre de “iura in persona ipsa”, “derechos en la propia persona”, “derechos de la individualidad”, “derechos fundamentales”, “derechos originarios”, “derechos esenciales de la persona”, etc.

Sin embargo la denominación que ha logrado mayor aceptación, en el derecho privado, ha sido la de “derechos personalísimos”, tal vez porque la terminología manifiesta el vínculo existente entre esta categoría de derechos y la persona; es decir, la palabra “personalísimos” afirma que estos derechos son “más personales” que el resto de los derechos subjetivos

IV.b) Antecedentes

Mucho se ha debatido sobre el origen cultural de los derechos humanos. Si bien algunos consideran que tienen sus raíces en la cultura occidental moderna, otros hacen referencia a proclamaciones como la Carta de Manden de 1222 y una tercera opinión sostiene que Occidente no ha creado la idea ni el concepto de derechos humanos, aunque sí ha logrado una sistematización y un proyecto de

filosofía de derechos humanos.

Lo cierto es que en el siglo XX, se produce su consagración sistemática.

Quizás el antecedente más remoto pueda encontrarse en las enseñanzas de la Iglesia Católica y en el pensamiento de la Escuela del Derecho Natural clásico, donde ya se hablaba de la existencia de bienes temporales del hombre, no materiales, como la vida y el honor, y se declaraba que dichos bienes pertenecían al hombre por su sola condición de tal, siendo preexistentes al Estado y a toda legislación positiva. Por eso, los derechos humanos son los herederos del derecho natural.

El cristianismo dio un sentido espiritual a la idea de cosmopolitismo: todos los hombres, como hijos de Dios, somos iguales. Y si bien no se hablaba expresamente de derechos humanos, en el espíritu cristiano estaba presente la idea de justicia, que provenía de la tradición judía y que concluyó influenciando al derecho romano.

Y así llegamos al derecho natural de Santo Tomás de Aquino, quien diferenció entre el derecho positivo (sancionado por los hombres) y el derecho natural (patrimonio de todo hombre por ser tal y que no puede ser desconocido por el derecho positivo).

La primera ley civil que se ocupa de los derechos de la personalidad es el código austríaco de 1811, que en su artículo 16 declara que “Todo hombre tiene derechos innatos, evidentes por la propia razón, y por ello tiene que ser considerado como persona”.

El Código Civil portugués de 1867 dedicaba varias de sus normas a los “Derechos originarios”, sosteniendo que son los que resultan de la propia naturaleza del hombre y que la ley reconoce y protege como origen de todos los demás.

En Latinoamérica son destacables el Código Civil boliviano de 1975, que regula el derecho a la vida y protege los derechos de la personalidad física y espiritual, y el Código Civil peruano de 1984, que contiene una regulación completa de los derechos de la personalidad, como paso previo al estudio de los atributos de la persona (nombre, domicilio, estado y capacidad).

Fue en el siglo XX que los derechos humanos se incorporaron al Derecho Internacional. Tal vez por los grandes atropellos producidos en la segunda guerra mundial, comenzaron a surgir importantes convenios y declaraciones universales, con el fin de asegurar las libertades individuales y la justicia social. Con ellos se ha universalizado el concepto de derechos humanos y han influido profundamente en las legislaciones propias de cada país.

Por su importancia y trascendencia podemos mencionar:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, que establece que “cada persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica. Noviembre de 1969), que reafirmó en su preámbulo que los “derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoció que los “pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus Constituciones nacionales, reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la proclamación de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”

- El Protocolo de San Salvador (adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que reafirmó el propósito de los Estados firmantes, de “consolidar dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal, y de justicia social, fundado en el respeto por los derechos humanos esenciales del hombre”.

Aunque el Código Civil argentino no tiene una consagración de la doctrina de los derechos personalísimos, existen una serie de leyes complementarias del Código que consagran la protección de un derecho personalísimo en particular ó la defensa de un aspecto especial de alguno de ellos.

Por ejemplo, la Ley 18.248 se refiere al derecho al nombre; la Ley 21.173 que incorpora al texto del Código Civil el artículo 1071 bis que tutela el derecho a la intimidad; la Ley 23.592 modificada por la Ley 24.782 que tutela el derecho a la igualdad, prohibiendo y penalizando los actos discriminatorios; la Ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, que tutela la integridad física y psíquica de las personas frente a eventuales lesiones o maltratos en el seno familiar.

Cabe agregar que la reforma de 1994 a nuestra Constitución Nacional ratificó los derechos de la personalidad, porque con la incorporación de los Tratados, Pactos y Convenciones prevista en el artículo 75 inciso 22 (con jerarquía superior a las leyes), y la incorporación de los artículos 37, 39, 41, 42 y 43 ha quedado establecido en nuestro ordenamiento jurídico un sistema íntegro de protección de los derechos personalísimos.

IV.c) Caracteres

Los derechos personalísimos tienen un conjunto de notas distintivas que los hacen singulares, especiales y los individualizan y distinguen de los otros derechos subjetivos.

Santos Cifuentes menciona como caracteres de esta categoría de derechos los siguientes ⁴⁴:

a) Se trata de derechos innatos en virtud de que nacen con el sujeto mismo. Son connaturales al hombre y pertenecen a él por su sola condición de persona humana, siendo indiferente lo que disponga o no al respecto el derecho objetivo.

b) Son derechos vitalicios, ya que pertenecen a la persona durante toda su existencia, no faltando en ningún instante de la vida.

c) Son derechos necesarios por cuanto no pueden faltarle a la persona, sin perjuicio de que en ocasiones su ejercicio pueda ser limitado por la autoridad

⁴⁴ Cifuentes, Santos. Derechos Personalísimos. Editorial Astrea. 2008.

pública (por ejemplo: Una condena penal de prisión, que privaría del ejercicio al derecho de libertad ambulatoria).

d) Se trata de derechos esenciales, ya que no le pertenecen al hombre por una circunstancia ajena o externa sino que se trata del mínimo indispensable, básico, para el contenido de la personalidad humana. La persona sería incompleta sin estos derechos.

e) Son derechos de objeto interior, ya que al ser manifestaciones de la persona se encuentran íntimamente vinculados a ella y no pueden ser captados sin atender a la unidad del hombre.

f) Son derechos inherentes, en el sentido de que son intransmisibles por no ser posible separarlos de la persona a la que pertenecen. Como consecuencia de ello resulta que los derechos personalísimos son irrenunciables.

g) Son extrapatrimoniales ya que no son susceptibles de apreciación o medición pecuniaria. Esto no significa que la lesión de los derechos personalísimos no vaya a tener repercusiones económicas, ya que si se atenta contra ellos, la víctima tiene la facultad de exigir su reparación, incluso mediante el pago de una suma de dinero.

h) Se trata de derechos relativamente indisponibles ya que no es posible venderlos, transmitirlos. Por ello, los derechos de la personalidad están fuera del comercio y no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico. Es decir se trata de derechos inenajenables, inembargables, intransferibles, imprescriptibles e inejecutables. Sin embargo indisponibilidad es “relativa” porque es posible alterarlos, transitoria y parcialmente.

i) Son derechos absolutos por cuanto son oponibles erga omnes a todos los miembros de la comunidad y no sólo a los particulares, sino también frente al Estado.

j) Los derechos personalísimos son derechos privados por cuanto se colocan en el campo del comportamiento de los particulares.

Sin perjuicio de ello, pueden encontrarse tutelados por el derecho público. Por ejemplo, el derecho penal tipifica y pena numerosas conductas atentatorias de los derechos de la personalidad.

k) Se trata de derechos autónomos, porque los derechos de la personalidad tienen un conjunto de caracteres, que los caracterizan e individualizan frente a los otros derechos subjetivos (patentes de invención, derechos de autor, derechos humanos, entre otros)

IV.d) Clasificación de los derechos personalísimos

La clasificación de los derechos personalísimos debe realizarse atendiendo a los bienes jurídicos o a las manifestaciones innatas de la persona que respectivamente protegen.

En este sentido, Santos Cifuentes, ha clasificado a los derechos de la personalidad en:

Derechos de la integridad física: dentro de los que quedan comprendidos todos los derechos relativos a las manifestaciones de la persona sobre su propio cuerpo.

En esta clase de derechos se incluyen las facultades humanas personalísimas vinculadas con el desarrollo, provecho y defensa de la personalidad física de la persona: el derecho a la vida que atañe a la existencia vital del cuerpo (consecuentemente se encuentra sancionado en nuestro ordenamiento el aborto, el homicidio en todas sus modalidades y en general todos los atentados contra la vida) y el derecho a la salud (tanto la conservación como el recupero de la misma); por eso se encuentran prohibidas ciertas operaciones quirúrgicas, imposibilitados ciertos tratamientos y prohibidos algunos exámenes médicos sin el consentimiento del paciente.

Derechos de libertad: que no sólo atienden a la libertad de movimiento (de locomoción o desplazamiento) sino también a la libertad espiritual, es decir a la posibilidad de hacer o no hacer (la concertación de negocios, la realización de actos) y la que se vincula a la libertad de conciencia (libertad religiosa, libre expresión de ideas, etc.).

Derechos sobre la integridad espiritual: comprensivos del honor, de la imagen y del derecho a la intimidad o a la vida privada.

Derechos al reconocimiento y respeto de la propia individualidad del sujeto:

En esta clase suele ubicarse el derecho al nombre; aunque puede sostenerse que más que de un derecho personalísimo se trata de un atributo de la persona.

IV.e) Medios de protección de los derechos personalísimos

Los remedios de cesación del daño representan en el ámbito de los derechos personalísimos un papel importante, que es previo a la propia reparación y punición. En efecto, al sujeto afectado le interesa en primer lugar, y antes que nada, hacer cesar los efectos o consecuencias lesivas del acto.

Los medios de protección repertorios, son aquellos que tienen por objeto reponer al titular en el goce y disfrute del derecho lesionado, sea mediante el restablecimiento de las cosas a su estado anterior ó mediante la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios materiales y/o morales padecidos.

Los instrumentos de protección punitivos son aquellos que tienen por finalidad el prevenir la producción de daños futuros similares.

Como medios repertorios, dos son las medidas previstas por nuestro ordenamiento jurídico:

1) Las medidas de reparación en especie, que tienen por objeto la reparación in natura, siempre que sea posible, del daño consumado; es decir el restablecimiento, de las cosas a su estado anterior. Por ejemplo: La retractación (cuando el ofensor, arrepentido, se desdice públicamente, en los medios de amplia difusión, admitiendo lo injustificado de su ataque); el derecho de réplica o respuesta (la posibilidad de la víctima de dar respuesta a las injurias o calumnias sufridas; la rectificación (de errores o falsedades difundidas en los medios de comunicación o bien de proceder).

2) La indemnización pecuniaria del daño sufrido, tanto cuando se trate de daño material, como de daño moral.

La elección de una de estas dos medidas, no importa la exclusión de la otra. De hecho, en la mayoría de los supuestos de lesión al derecho de la personalidad se piden ambas medidas reparatorias conjuntamente, esto es, la reparación en especie y la indemnización pecuniaria.

Como medios punitivos, encontramos las técnicas punitivas en materia

civil, las sanciones propias del derecho penal y los medios punitivos en materia administrativa.

En el ámbito del derecho privado, se menciona como medio efectivo de protección la indemnización punitiva de los daños.

En el ámbito del derecho penal, encontramos numerosos delitos que atentan contra los derechos de la personalidad, los que en su mayoría son sancionados con las penas más graves de nuestro ordenamiento penal.

Así por ejemplo, protegiendo a la vida humana desde su concepción se tipifica y castiga el aborto provocado en las situaciones previstas por los artículos 85 a 88, y reprime produzca la lesión, y su función es evitarla. Esto erige a los notarios en garantes fundamentales de los derechos, y castiga toda conducta que atente contra la vida (artículos 79 a 84 del Código Penal de la Nación Argentina).

Estos medios son para la reparación del derecho lesionado y son aplicados por el Poder Judicial.

Sin embargo, lo ideal es impedir que dichos derechos sean lesionados, y es allí donde la actividad notarial cobra trascendental importancia, pues es preventiva, es anterior a que se tal como veremos a continuación.

V) EL NOTARIO LATINO, GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Luego de haber hecho un breve repaso de los conceptos de notario, persona y derechos, es el momento de conjugar esas ideas y preguntarnos, ¿de que modo en el ejercicio de nuestra profesión actuamos como garantes de los derechos de las personas, sobre todo de aquellas personas que por su edad, su estado físico, su situación social, son los más vulnerables?

Y para respondernos esta pregunta, debemos comenzar por comentar cómo desempeñamos nuestra función los notarios argentinos.

En nuestro país, la mayoría de los notarios ejercemos la profesión en forma artesanal. Esto significa que tratamos personalmente con los requirentes y en muchos casos, conocemos su situación familiar, social, laboral, sus problemas e inquietudes. Intervenimos activamente en la tramitación de la operación y justamente por este conocimiento y nuestra participación en la etapa pre escrituraria, podemos brindar el más completo asesoramiento.

A este concepto de Notaria, se opone el de mega escribanía o escribanía empresa, donde salvo excepciones, el requirente es un número de carpeta, que difícilmente conozca al notario antes de la firma de la escritura.

Cabe destacar dos importantes funciones notariales y cuyo desempeño encaja perfectamente en el deber de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, sobre todo de aquellas, que por determinadas circunstancias son las más vulnerables.

Y nos referimos concretamente al ineludible deber de ASESORAMIENTO y a la MEDIACIÓN como método alternativo de solución de conflictos.

Creemos que esos roles solo se pueden desempeñar en aquellas Notarias en que el Notario trata personalmente con cada uno de los requirentes

El notariado es una institución puesta al servicio de la sociedad y la tarea del notario a partir de las audiencias previas a la instrumentación del acto jurídico, es fundamentalmente de asesoramiento. El notario debe escuchar, informar, asesorar, dar su consejo, pero su tarea importa una actividad más amplia, que no se limita al asesoramiento legal. Realiza una *“verdadera contención con aquellos que recurren a él, no solo para recibir un saber legal, sino en busca de otro*

“saber”, de ese que pasa por el consejo oportuno, por las palabras tranquilizadoras, por ese alivio, que en definitiva se lleva consigo quien acudió a “su” notario de confianza, para contarle los más íntimos problemas que lo aquejan”... “Si bien los tiempos y el hombre han cambiado, sus necesidades más importantes continúan siendo las mismas. Necesitamos pocas cosas para vivir bien: alimento y abrigo para nuestro cuerpo y caricias para nuestra alma. Y el notario suele darlas. De allí que el más humilde escribano del más pequeño pueblo, tenga en sus manos un papel trascendente....ese notario que cual prolijo sastre hace para sus requirentes, trajes a medida y no de confección” ⁴⁵.

Si partimos de la necesidad social de dar a los derechos una corporalidad que facilite su ejercicio natural, pacífico, normal, concluiremos que el Estado dispone para lograrlo de una función distinta de la función judicial, que está destinada a la conservación, reconocimiento y garantía del Derecho en estado normal: La función notarial.

El gran maestro italiano, Francesco Carnelutti, citado por nuestro colega Bernardino Montejano, afirma que *“entre el abogado y el notario el cometido es distribuido de tal forma que, mientras aquél interviene cuando la litis ya ha estallado, o está por estallar, la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle”* ⁴⁶.

Y esta diferenciación de funciones, y la búsqueda de la tranquilidad que aporta al requirente la intervención notarial, ya estaban explicadas en las declaraciones efectuadas en la exposición de motivos de la Ley del 25 de Ventoso del año XI : “Al lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, la tranquilidad llama a otros funcionarios que, consejeros desinteresados de las partes así como redactores imparciales de su voluntad, les hagan conocer en toda su extensión las obligaciones que contraen, redactando los compromisos con claridad, dándoles el carácter de un acto auténtico y la fuerza de una sentencia en última instancia, perpetuando su memoria y conservándolos en depósito con

⁴⁵ Revista Notarial 962. Gastón R Di Castelnuovo: A propósito de cumplir ella ciento quince años. Pág. 381.

⁴⁶ La figura jurídica del notario. Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid 1950. Citado por Bernardino Montejano en La argumentación del notario. Pág 9.

fidelidad, impidiendo las diferencias a nacer entre los hombres de buena fe y evitando a los hombres codiciosos con el espíritu del éxito, plantear una injusta contestación por envidia. Esos consejeros desinteresados, esos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las parte contratantes, son los notarios: esta institución es el notariado”.

Coincidimos plenamente con José María Paz cuando dice: “... *la misión del abogado se desenvuelve principalmente ante los tribunales y de ahí que pueda decirse que el palacio de justicia es la casa propia de los letrados, La del escribano tiende...a salvaguardar los derechos de sus clientes, dándoles una constancia indiscutible y fehaciente, para facilitarles su reconocimiento. De ahí el carácter de verdadero confidente, de depositario de secretos de familia, que reviste el escribano, a quien se acude cuando todavía la reflexión o el apasionamiento no han llevado el asunto a los estrados de Themis, donde la divulgación es inevitable y el interés herido se defiende, a veces, con calor y buena fe, y otras, con frialdad y sin mayores escrúpulos*” ⁴⁷.

Es que la actividad notarial se desenvuelve en la fase de la normalidad del Derecho, quedando fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en la fase contenciosa o de perturbación. Su actividad no es simple o únicamente documental, calificante, legitimante y autenticadora, sino además, y revistiendo fundamental importancia su función es de asesoramiento.

Y ¿Qué es “asesorar”? La mayoría de las acepciones definen al asesor como el experto consultivo que ilustra con su dictamen. Asesor es el que informa, propone, recomienda, sugiere. Es quien aconseja. El asesoramiento es la información que se da a otro para que sepa cómo debe obrar.

Y el “asesoramiento notarial” es la actividad del Notario cuando aconseja e instruye a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de sus actos y sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos de la operación que los requirentes proponen. Y en este asesoramiento, el notario vuelca su saber (capacitación permanente), sus

⁴⁷ José María Paz: Derecho Notarial Argentino. Compañía Argentina de Editores, 1939. Página 65, citado por Bernardino Montejano. Ob. Cit. Página 9.

preceptos morales (ética) y todo su compromiso profesional (responsabilidad social) para adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico, instrumentándola en un documento que cumpla los requisitos exigidos por las legislación vigente, confiriéndole la indispensable seguridad jurídica.

Este asesoramiento notarial está íntimamente ligado a uno de los principios que hacen al Derecho Notarial: el principio del control de legalidad. El cumplimiento de este principio tiene un doble efecto: por un lado el interés público en que los derechos sean ejercidos en la normalidad, sin litigios y esto conduce al segundo efecto: la estabilidad jurídica de los derechos adquiridos, la seguridad jurídica que emana del control efectuado y que garantiza que el acto otorgado producirá plenos efectos jurídicos porque se han cumplido todos los requisitos exigidos por la ley.

De lo expuesto se desprende que en nuestra función asesora, hay dos aspectos: el jurídico y el ético.

En el aspecto jurídico, nuestro asesoramiento se relaciona con el control de legalidad y juridicidad, y se lleva a cabo en dos sentidos: adecuando el acto a la ley, satisfaciendo así el interés del Estado de que los derechos sean ejercidos en la “normalidad”, es decir sin contienda (función legalizadora) y asegurando la plena eficacia del acto instrumentado (función legitimadora que logra la seguridad jurídica).

En el aspecto ético, el asesoramiento notarial es previo al jurídico. Para brindarlo el notario necesita conocer datos e informaciones, motivaciones e intereses que mueven la voluntad del requirente y evaluarlos con indispensable IMPARCIALIDAD y con la suficiente paciencia para dedicar a cada cliente el tiempo que haga falta, para saber qué es lo que realmente quiere, para cerciorarse que lo ha entendido.

Por eso consideramos que el notario debe situarse anímicamente, no del otro lado del escritorio, sino acompañando al consultante, brindándole su comprensión, disimulando las diferencias que a veces son inevitables, sin apuro, ofreciendo su tiempo sin restricciones, aun cuando otros consultantes esperen fuera del despacho. El tiempo en este momento es del consultante, como si éste

fuere el único del día, porque es necesario para que el notario capte su verdadera voluntad, proceda a conformarla y ofrezca las soluciones jurídicas adecuadas.

Y volvemos a reiterar la importancia que tiene para este eficaz asesoramiento notarial en su doble aspecto: jurídico y ético, los pilares del ejercicio de la profesión: capacitación, ética y responsabilidad social.

En cuanto a la mediación, nos referimos en esta parte del trabajo, solamente a la que a diario desempeña el notariado, aplicando herramientas que son propias de la mediación profesional.

Muchas veces, las partes que acuden a la Notaría, hacen una diferente interpretación del negocio que han consensuado, de los documentos que han firmado, y que es previa al otorgamiento de la escritura, o surgen problemas en cuanto al pago de impuestos, o demoras o cualquier otra circunstancia que de no ser solucionada, puede llevar a las partes a los estrados judiciales.

Y es allí cuando el notario, sin ser mediador profesional, brinda su despacho y manteniéndose como tercero neutral, facilita el diálogo y ayuda a las partes a aflojar la tensión que generan las interpretaciones opuestas y a que ellos mismos encuentren mediante el diálogo, la solución del conflicto, preservándose el secreto de lo hablado y manteniéndose el equilibrio de poderes.

En muchos casos, es una función complementaria a la del asesoramiento, y que el notario brinda en forma natural.

VI) INTERVENCIONES EN LAS QUE EL NOTARIO SE PERfila CON MÁS CLARIDAD COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Dijimos que si bien el rol de garante que cumple el escribano, se pone de manifiesto en toda su tarea de asesoramiento, creemos oportuno ampliar el comentario respecto de la intervención notarial en relación a: a) otorgamiento de testamentos, b) de actos de autoprotección, y c) de escrituraciones de vivienda social y de regularización dominial, en los que en nuestro país, se puede ver tal vez con más claridad el importante compromiso contraído por los notarios; y destacar nuestra obligación como garante de los derechos en todos aquellos casos en que por imperio de Convenciones y Tratados Internacionales, que han sido receptados por nuestra Constitución Nacional, nos convertimos en guardianes de los derechos en ellos establecidos. Para luego referirnos a las personas jurídicas como herramientas útiles para la protección de las personas físicas en situación de vulnerabilidad.

VI.a) Otorgamiento de testamentos

1) Generalidades:

Ya vimos que uno de los atributos de las personas es el patrimonio, que está integrado por el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero.

Aún después de la muerte, ese atributo de las personas es protegido por el Derecho, que mediante el Derecho Sucesorio, regula las relaciones jurídicas patrimoniales.

El patrimonio, *“es inmortal, ya que al desaparecer su antiguo titular perdura en su familia, descendientes, ascendientes o colaterales”* ⁴⁸ o en las personas a cuyo favor haya testado, y de no existir ninguno de ellos, en el Estado, ya que existiendo un patrimonio, necesariamente éste debe tener un titular.

Un importante lugar, dentro del Derecho Sucesorio, juega el Testamento.

El Código Civil Argentino consagra la libertad de testar en el art. 3.606: “Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la

⁴⁸ Pola Castillo, Celso de J. La Supremacía del Testamento Público Abierto. Revista Mexicana de Derecho. Número 9. Pág. 90.

facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad”

En los años posteriores a la sanción del Código Civil, era de buen padre de familia, el otorgar testamento. Significaba que la persona se preocupaba por su familia y por el cuidado y destino del patrimonio que sus sucesores heredarían a su muerte.

Y la función del escribano era de suma importancia, y no se limitaba al asesoramiento y a la redacción de la escritura pública en la que el testador expresaba su voluntad, sino que el artículo 3.672 del Código Civil, (aún no derogado expresamente) establece: “El escribano que tenga en su poder o en su registro un testamento, de cualquier especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, a ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasione”

Es decir, no sólo era el autorizante del testamento, sino además el celoso y discreto guardián de la voluntad del testador. Voluntad que debía hacer conocer en el momento en que el testamento comenzara a surtir efectos.

Por otra parte, el artículo 3.607 dice: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”

Del análisis de los artículos transcritos, surgen aspectos que abren al notario como profesional del derecho, y a los Colegios de Escribanos, como entidades intermedias, un amplio campo de aplicación de nuestra responsabilidad social en la protección de los derechos de las personas

2) El Notario asesor

En esta materia, nuestra tarea es fundamentalmente de asesoramiento, que solo puede realizarle en el trato personal del escribano y el testador, en la serie de audiencias previas en las que brindamos al requirente la más amplia información sobre las bondades del testamento, las formas de testar, el contenido del testamento (institución de herederos, constitución de legados, atribución de la

porción disponible, designación de herederos o legatarios sustitutos, derecho de acrecer, indisponibilidad de los bienes por el mayor tiempo permitido por la ley, constitución de usufructo, y de fideicomiso). Es muy importante informar además sobre la posibilidad de contemplar en las disposiciones testamentarias otros aspectos que no sean los esencialmente patrimoniales que expresa el art. 3.607 (“disponer de todo o parte de sus bienes”), como por ejemplo el reconocimiento de hijos y la designación de tutores para sus hijos menores de edad; es decir informar para qué sirve un testamento.

Es el “escribano artesanal”, el que atiende personalmente a sus requirentes, el que conversa con ellos y escucha su voluntad, el que puede asesorarlo eficientemente. Pola Castillo refiriéndose al testamento público abierto en la legislación mejicana, dice que *“hay que lograr que la población deje atrás los mitos respecto del testamento, tales como: - la creencia de que la única razón para otorgar un testamento es tener la muerte cerca, - que al hacer el testamento, el testador se morirá más rápidamente, - que al realizar el testamento ya no se pueden realizar cambios, ni se puede disponer de los bienes, - que el testamento es de alto costo, etc.”*⁴⁹.

3) Los colegios profesionales y la publicidad del testamento

En cuanto a la labor de los Colegios de Escribanos, debemos mencionar por lo menos dos aspectos: el de la publicidad registral, y el de la posibilidad de implementar campañas que tengan por objeto instaurar en la sociedad la cultura del testamento.

La publicidad establecida en el artículo 3.672 transcripto up supra, es hoy, debido a la densidad poblacional, de imposible cumplimiento. Conscientes de esta circunstancia y en protección de los testadores, cuya voluntad debe conocerse al tiempo de su fallecimiento, el notariado argentino a partir del año 1959, en el que la ley 6.191 creó el primer Registro de Testamentos, en sede del Colegio de Escribanos la Provincia de Buenos Aires, paulatinamente ya sea por leyes

⁴⁹ Pola Castillo, Celso D. J. “La supremacía del testamento público abierto”. Revista Mexicana de Derecho nº 9, página 95.

provinciales o por resolución de los respectivos Consejos Directivos de cada colegio se fueron creando registros en cada una de las provincias. Con ellos se publicita la existencia del testamento, pero no de su contenido, asegurándose así el secreto profesional. La información que suministran los registros es reservada y sólo se brinda al mismo testador o su mandatario especialmente facultado, o a requerimiento judicial y acreditada la muerte del testador o de su ausencia con presunción de fallecimiento.

En la República Argentina, existen 24 Registros de Testamentos (uno por cada provincia y uno por la Capital Federal). 22 de esos Registros funcionan en sede del Colegio de Escribanos de cada provincia, y en Salta y Río Negro, funcionan en ámbito del Registro de la Propiedad.

Pero teniendo en cuenta que la registración de los testamentos en cada una de las provincias, es simplemente local, y si el testador fallece en una jurisdicción distinta de aquella en que testó y se registró su testamento, se corre el serio peligro de que se desconozca su existencia, y por consiguiente no se cumpla su voluntad, el Consejo Federal del Notariado Argentino, creó el Centro Nacional de Información de Registros de Actos de Última Voluntad.

Este centro funciona en sede del Consejo Federal y a él remiten mensualmente el informe de los registros de testamentos, cada uno de los registros provinciales, incluso los dos que funcionan en sede de los Registros de la Propiedad, con quienes se han firmado sendos convenios para brindar esa información, que una vez procesada es reenviada por el Centro Nacional a cada registro local.

Debemos mencionar además, que en la mayoría de las provincias argentinas, es obligatorio al iniciarse un sucesorio, solicitar un informe al Registro de Testamentos local, sobre la existencia o no, de testamento inscripto a nombre del causante. El Registro informa si existe testamento en la provincia o a qué otro registro debe remitirse para obtener la información solicitada. Esa obligatoriedad está establecida en la provincia de Buenos Aires, por disposición del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, y en las restantes provincias, por imperio de las respectivas leyes notariales, o por Acordadas del Poder Judicial. En todos

éstos ámbitos se ha logrado, que cualquiera sea el lugar donde fallezca el testador, su voluntad sea conocida al iniciarse su sucesión. El Consejo Federal del Notariado Argentino continua trabajando con los colegios notariales que aún no ha conseguido la obligatoriedad de la consulta, a fin de lograrla en todo el país.

Completando la actividad colegial en el tema testamentos, creemos que podría con la ayuda de todo el notariado, implementarse campañas que tengan por objeto la difusión de la figura del testamento, haciendo conocer a la población los beneficios de su otorgamiento.

De esta forma, tanto el notario, desde lo personal como profesional del derecho, y los Colegios de Escribanos, como instituciones intermedias que nos nucleamos, podemos ejercer nuestra responsabilidad social, protegiendo un tan importante derecho de la persona, como es el referido a todo el régimen sucesorio, a través del otorgamiento de un testamento.

VI.b) Actos de Autoprotección

Desde tiempos remotos las personas establecen, a través de testamentos, sus disposiciones a cumplir llegado el momento de su muerte.

En las últimas décadas, los notarios comenzamos a encontrar en el desempeño cotidiano de nuestra función, frente a requirentes que solicitan la redacción de un documento en el que queden asentadas sus previsiones o disposiciones sobre su vida o su patrimonio ante una situación de vulnerabilidad.

Si reflexionamos sobre las inquietudes que nos plantean sobre su eventual pérdida de discernimiento, ya sea por edad, por enfermedad o accidentes, vemos que en el fondo siempre existe un temor a ser tratados como cosas, y no como personas, como objetos y no como sujetos de derechos.

Cuánto temor expresan nuestros requirentes a ser sacados del seno familiar e internados en un geriátrico que ellos no eligen, y en el que temen ser abandonados o ser sometidos a determinados tratamientos médicos que no comparten, siendo su deseo morir con dignidad y en el momento en que Dios lo decida. Cuánto temor a no poder vivir en la forma en que desean vivir sus últimos días, al abandono familiar y cuánta injusticia al ser tratado como una cosa, sin

posibilidad de expresar en ese momento, justamente por la falta de discernimiento, su legítima voluntad...

Pero también reflexionemos sobre la responsabilidad y la angustia de aquellas personas que ante la pérdida de discernimiento de un familiar están obligadas a tomar difíciles decisiones que hacen a la forma de morir de un ser querido o al modo y lugar en que pasará sus últimos días, sin saber a ciencia cierta, qué es lo que hubiese decidido en cuanto a su persona y a sus bienes si gozase del discernimiento necesario.

Luis Rogelio Llorens cuando se refiere al ocultamiento de las personas limitadas en sus capacidades, sostiene que *“como estas personas quedaban relegadas a alguno de los ámbitos interiores al cuidado de algún servidor o de alguna señorita mayor que, quizás, destinaba su vida a ello, el interés a tutelar no era el de esa persona oculta, sino el de la familia”*⁵⁰. ¿Es que produce vergüenza una persona sin discernimiento en el seno de la familia?.

La Notaria Belkis Castellucci de Rugnon, en las conclusiones de su ponencia en el Congreso Nacional de Derecho Privado y Derechos Humanos, acertadamente sostuvo: *“No podemos olvidar que una persona que en un momento dado no está en condiciones de decidir, no ha perdido la calidad de persona. Por tanto la misma debe haber podido disponer anticipadamente para la eventualidad de una pérdida de discernimiento, tanto en los aspectos personales como en los aspectos patrimoniales... es necesario que los escribanos decidamos autorizar estos actos...”*⁵¹.

Es cada vez más frecuente que las personas preocupadas por su futuro, ante la posibilidad de la pérdida de discernimiento, deseen incluir en un instrumento (acto de autoprotección) directivas de distinta naturaleza, como por ejemplo: - Las vinculadas con la propia persona: Salud, lugar de residencia. - Las patrimoniales: Designación de curador, administrador, destino de los bienes. - Las referentes a la pérdida, transitoria o definitiva, de la salud mental. - La falta de

⁵⁰ Luis Rogelio Llorens: Protección Jurídica y Patrimonial de las personas con discapacidad en el derecho Argentino. Revista Notarial n° 955. Pág. 153.

⁵¹ Congreso Nacional de Derecho Privado y Derechos Humanos. Rosario, Santa Fe, 16 y 17 de Agosto de 2007.

discernimiento, sin declaración judicial. - La declaración judicial de incapacidad, mediante proceso de insania.

Este es uno de los casos más claros en los que como notarios, somos garantes de los derechos de las personas, brindando el asesoramiento necesario para el otorgamiento de un instrumento que garantice la eficaz protección de los derechos personalísimos o fundamentales y el respeto al ser humano. Somos nosotros quienes debemos informar que toda persona tiene el derecho de establecer como afrontar una eventual pérdida de discernimiento y que éste es un derecho que se vincula a la dignidad esencial del ser humano, basado en el respeto a la libertad, dignidad e igualdad de todos los seres humanos.

Podemos definir la autoprotección como *“el derecho de todo individuo a decidir y a disponer sobre su vida, persona y bienes para el futuro, ante una pérdida eventual de su discernimiento”* ⁵².

No obstante la falta de previsión expresa en las leyes de fondo, el otorgamiento de actos de autoprotección tiene plena vigencia y validez, y encuentran sustento en la Constitución Nacional Argentina, los Convenios Internacionales y las leyes especiales.

En las conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, (Buenos Aires 1998), se estableció: *“La autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, pueden organizarse de antemano, con la intervención de un notario”*.

Los doctores María Isolina Dabove y Daniel Barbero sostienen: *“... esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del Código Civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos”* ⁵³.

⁵² Llorens, Luis Rogelio Llorens. Rajmil, Alicia Beatriz. Derecho de Autoprotección. Revista 1 del Instituto de Derecho e Integración. Pág. 48.

⁵³ Davobe, María Isolina, y Barbero, Daniel Oscar. “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección”. Revista del IDel 1, Año 1, Página 41.

La persona que comparece ante nosotros a otorgar un acto de autoprotección deberá contar con la información adecuada y suficiente acerca de los alcances y consecuencias del acto que se va a instrumentar. En ocasiones se hace necesaria la consulta a otros profesionales, pero nuestra actuación es fundamental, sea escuchando, interpretando, asesorando y elaborando la herramienta jurídica válida y eficaz para que su voluntad sea respetada en el futuro

Nuevamente capacitación permanente, ética y responsabilidad social cumplen un papel trascendente.

Para un correcto asesoramiento y una eficiente confección del instrumento de autoprotección, son vitales las audiencias previas con el otorgante. Sostenemos la importancia de que sean varias entrevistas para llegar a conocer la verdadera voluntad del requirente, para tener la certeza de que conoce el alcance y el significado de sus decisiones, para redactar interpretando su voluntad, con claridad y precisión, y en definitiva, para darle la tranquilidad y la seguridad que viene a buscar a la notaría.

Estas audiencias deben llevarse a cabo únicamente con el requirente ó integrando a las mismas a personas allegadas a él, siempre cuidando que esta presencia no influencie indebidamente al compareciente.

Así, una vez receptada la voluntad del otorgante, nos encontramos en el momento de la redacción del instrumento.

Respecto a la forma de la redacción de los instrumentos de autoprotección, consideramos que el documento idóneo es la escritura pública. En ese sentido, en las conclusiones de la III Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro se estableció que “... *la forma recomendada para el otorgamiento de un acto de autoprotección es la escritura pública, ya que ésta da autenticidad, matricidad, fecha cierta y esencialmente garantiza con el asesoramiento la correcta comprensión del alcance del acto que se otorga...*” ⁵⁴.

“La trascendencia de las directivas contenidas en un acto de autoprotección

⁵⁴ III Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro. Resistencia, Chaco, 7 de Diciembre de 2007

es de tal magnitud en la vida del otorgante que deben gozar de las máximas seguridades. En efecto, todo documento en el cual el sujeto deje plasmada su voluntad en el sentido señalado para que se respete cuando por una pérdida o disminución del discernimiento no pueda expresarla, debe ser fehaciente y estar rodeado de las garantías que aseguren, al momento de ser ejecutado, que expresa su auténtica y bien deliberada voluntad, el pleno discernimiento, la intención y la libertad con fue otorgado, seguridades que sólo puede brindar la escritura pública. De utilizarse otra vía frecuentemente será necesario acudir a la justicia para que se verifique la autenticidad y demás recaudos, con las demoras y gastos que ello implica”⁵⁵.

Creemos que además del otorgamiento de la escritura en la que el requirente realiza las manifestaciones para su eventual pérdida de discernimiento, puede otorgar poderes, con la expresa constancia de su voluntad de que subsistan a pesar de la declaración judicial de su incapacitación y nos parece oportuno relacionar ambos instrumentos.

Finalmente, para que la voluntad expresada en la manifestación de autoprotección sea eficaz, debemos darle adecuada publicidad con la inscripción en el Registro correspondiente.

Los registros de actos de autoprotección:

En nuestro país, el notariado ha tomando conciencia de la importancia de la manifestación para la eventual pérdida del propio discernimiento y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, pionero en este tema, ha creado en el año 2004 el primer Registro de Actos de Autoprotección, en sede del mismo colegio notarial. Tanto este Registro, como los que se crearon posteriormente en los distintos colegios provinciales, reciben a diario consultas de los Tribunales en los que se están tramitando insancias, sobre si existe acto de autoprotección registrado. Y los jueces también están tomando conciencia de la importancia de conocer la voluntad de la persona sobre la cual recaerá la sentencia de insania y realizan la consulta al Registro, a pesar de que no están obligados a hacerla.

De allí la necesidad de que en todas las provincias se creen Registros de

⁵⁵ Llorens, Luis Rogelio. Talleres sobre Autoprotección. Provincia de San Juan. 2009.

Actos de Autoprotección. Así lo ha entendido el Consejo Federal del Notariado Argentino, que ha creado en su seno la Comisión de Autoprotección, que durante el año 2009 ha brindado al notariado de todo el país, 18 talleres cuya finalidad fue informar al notariado qué es la autoprotección, para qué sirve, cómo se instrumenta y cómo se registra y ha asesorado a la dirigencia notarial de cada provincia, sobre la posibilidad de crear en su jurisdicción el Registro de Actos de Autoprotección local.

Al comenzar el año 2009 solo existían en el país los Registros de Autoprotección de las provincias de Buenos Aires, II Circunscripción de Santa Fe, Entre Ríos, Chaco, y Córdoba y como resultado de los talleres comentados, en sólo cinco meses se logró la creación de cinco registros más (Provincias de San Juan, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Salta, Tierra del Fuego, Santa Cruz y Catamarca).

Durante el desarrollo de la última Asamblea Ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino, celebrada en Buenos Aires en diciembre de 2009, se aprobó la creación del Centro Nacional de informes de Registros de Autoprotección, al que los registros locales vuelcan su información, que una vez procesada, es reenviada a los registros de todas las jurisdicciones. De esta forma, cuando se logre la obligatoriedad de la consulta al registro local, se podrá conocer la existencia de la manifestación de autoprotección, cualquiera sea el lugar donde deba ser cumplida.

VI.c) Otorgamiento de escrituras de vivienda social y de regularización dominial

Creemos que es en las escrituraciones de vivienda social y en la regularización dominial, donde el escribano juega otro rol importantísimo y que está íntimamente relacionado con la función de garante de un derecho tan primordial para el desarrollo social y cultural del ciudadano, como es el derecho a una vivienda digna.

Nos referiremos brevemente a los siguientes temas:

- 1) Concepto de vivienda digna.
- 2) Escrituraciones sociales y regularización dominial en la República

Argentina.

3) Función del escribano como garante del derecho.

1) Concepto de vivienda digna.

Se define a la persona como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero en ese adquirir derechos, los distintos sucesos de la historia, el acontecer de todos los días ha ido cambiando la visión, la importancia y el alcance del derecho de cada hombre frente al de la sociedad.

Hablamos a diario del derecho de propiedad atribuyéndole contenido social, centrándolo especialmente en el derecho de propiedad a una vivienda digna. El déficit habitacional, la falta de vivienda en condiciones que hagan a la dignidad, es uno de los problemas básicos que se plantea en todos los países como el nuestro, de un alto crecimiento demográfico que supera al crecimiento económico y donde las políticas de Estado son insuficientes para asegurar el ejercicio del derecho a las personas de bajos recursos y de sectores marginados.

Día a día el déficit habitacional se va agravando. Un importante estudio realizado por la Universidad Argentina de la Empresa, señala que la vivienda es una bien difícil de alcanzar y que hay que trabajar el doble para llegar a ella ⁵⁶.

La XXIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada, correspondiente a las necesidades esenciales de un vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

Este principio se repite en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y ha tenido recepción en nuestra Constitución Nacional.

Pero ¿Qué es una vivienda digna?

Emanuele Caló dice que *"la única atribución de títulos formales a los poseedores de inmuebles no es absolutamente suficiente, si no se proporcionan otros elementos, para invertir la ruta que lleva a la pobreza y subdesarrollo"* ⁵⁷.

"... No bastará con atribuir títulos de propiedad para aumentar el status de

⁵⁶ Diario *La Nación*. 10 de Febrero de 2010.

⁵⁷ *Entre realidad y utopía: El papel del notariado en la difusión de la propiedad*. Revista Notarial n° 956. Pág. 535.

los pobres y para hacerlos salir de la pobreza. La Comisión de Alto Nivel para el Apoderamiento Legal de los Sectores Pobres (HLCLEP) afirma que la propiedad no es un argumento que se agote con el acceso a los registros inmobiliarios, sino que se vincula a la instauración de un sistema legal que implique a todos los ciudadanos de manera paritaria” ⁵⁸.

Por eso decimos que no basta que el ciudadano posea cuatro paredes, un techo y un piso y un título de propiedad sobre ello. Es necesaria la electricidad, el agua, todas las obras de urbanización, estructura, servicios y equipamiento comunitario, para que ese ciudadano que logra un título de propiedad (escrituración de vivienda social) o que pasa del dominio informal al formal (regularización dominial) pueda establecer dentro de esas cuatro paredes el asiento de su hogar, pueda criar a sus hijos, pero también pueda compartir un barrio, una escuela, una plaza, una sala de primeros auxilios, una iglesia, un potrero de fútbol, todo eso que contribuya a la “dignidad” de la vivienda, y en la que el individuo pueda lograr el desarrollo social y cultural de su familia.

Para tomar conciencia de las carencias que rodean este tema basta el informe de la Organización Mundial de la Salud y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, del que da cuenta el diario La Nación del 10 de marzo de 2010, que manifiesta que a diez años de haber asumido las Naciones Unidas el compromiso de mejorar la vida de los más pobres del planeta, 884 millones de personas viven sin agua potable y 2600 millones no cuentan con los servicios mínimos de saneamiento. Estos organismos internacionales informan también que el 87% de la población mundial ya bebe y utiliza agua potable para el consumo, pero que en cambio, la situación es decepcionante en cuanto al alcance de los servicios higiénicos básicos (capaces de evitar el contacto de los seres humanos con los desechos fecales) con un 39% de habitantes del mundo que no tiene acceso a ellos.

Si bien estos informes se refieren sobre todo a regiones de Africa, India y China, en países de Latinoamérica, aunque en regiones muchísimo más

⁵⁸ *Entre realidad y utopía: El papel del notariado en la difusión de la propiedad.* Revista Notarial n° 956. Pág. 539.

reducidas, se padecen las mismas carencias.

En el tema viviendas, debemos diferenciar dos casos:

El primero, que contempla la situación de aquellos ciudadanos que han adquirido su vivienda, la ocupan y no tienen sobre ella un título de propiedad, la escritura pública registrada a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble. Se trata en estos casos de “regularizar el dominio”, que el ciudadano pase del dominio informal al dominio formal. Son por lo general, viviendas urbanizadas y con una estructura de servicios mínima, que hacen a la “dignidad “ de la vivienda. Y es en este supuesto que el notariado argentino puede prestar una importante colaboración a la que nos referiremos al tratar las escrituraciones de vivienda social y de regularización dominial.

El segundo, el de los “asentamientos” o “villas”, que según las manifestaciones del ministro de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, ascienden sólo en la provincia al número de 1.000, con aproximadamente dos millones de bonaerenses que las habitan ⁵⁹ y en las que si bien existen viviendas, éstas carecen de agua potable, de cloacas, de zanjas, de seguridad....de todo aquello que hace a la dignidad de la vivienda. Y en estos casos, lo primero, lo elemental es instrumentar políticas de Estado creíbles y realizables, con los recursos necesarios para hacerlas realidad. Sin esta realización es imposible el involucramiento social de nuestros ciudadanos y por ende del notario como integrante de la sociedad.

2) Escrituraciones sociales y regularización dominial en la República Argentina.

La escrituración de vivienda social se lleva a cabo en todo el país, en mayor o menor número y fundamentalmente a través de los Institutos Provinciales de la Vivienda, y mediante el cumplimiento de convenios celebrados con los colegios de escribanos de cada una de las provincias. En el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, funciona la Oficina de Vivienda Social, con estructura y personal a cargo del colegio, que contribuye eficazmente en la tarea pre y post escrituraria, facilitando el trabajo del escribano, que recibe una muy exigua

⁵⁹ Diario *La Nación*. 6 de Abril de 2010.

remuneración, pero que igualmente la lleva a cabo con plena conciencia de su participación como garante del derecho a una vivienda.

La regularización dominial se esta llevando a cabo en la provincia de Buenos Aires y a través de las leyes nacionales 24.374 y 25.797 y de los convenios celebrados con el Colegio de Escribanos provincial. Y queremos centrar nuestro comentario en la aplicación de esta ley, que ha permitido entre otros importantes logros, la regularización del dominio de miles de viviendas, y muchas de ellas se encuentran en la actualidad en la etapa de consolidación. Y esto importa cumplir con el requisito previo que exigen los organismos internacionales para el otorgamiento de créditos para el mejoramiento de barrios: que el dominio de las viviendas esté regularizado. Significa fundamentalmente que el ciudadano con el título de propiedad inscripto a su nombre en el Registro de la Propiedad, comience a disfrutar de una vivienda, que si se cumplen las correspondientes políticas de Estado, será una vivienda digna.

¿Cómo funciona la regularización dominial de la ley 24.374 y cómo participa el notariado en ella?

En nuestro país, un vasto sector de la población, particularmente en los cinturones urbanos que rodean las grandes ciudades, se encuentra en una verdadera situación de marginalidad jurídica, al no obtener el título de propiedad de las viviendas que han adquirido y que ocupan. Y si bien nuestra legislación tiene soluciones para estos supuestos, (juicio por escrituración, prescripción adquisitiva), el poseedor adquirente se vería inexorablemente obligado a acudir a los estrados judiciales y nuestro sistema judicial carece hoy de capacidad operativa suficiente para receptar y dar solución a toda esta problemática, y además, tales soluciones no están realmente al alcance de los afectados, ya fuere por ignorancia o por carencias económicas.

Esta realidad fue la que motivó a los legisladores argentinos a sancionar una ley *“que sin lesionar el orden jurídico, sea viable para lograr el objetivo social pretendido”* ⁶⁰.

El objetivo central es el amparo judicial de los derechos de los ciudadanos y

⁶⁰ Antecedentes parlamentarios. Año 1995. Número 6. Pág. 256/7

coincidimos con los legisladores en que *“el derecho es caro, y eso determina que para una amplia franja de la población, el derecho y la justicia sean realmente inexistentes. Y un derecho que no le sirve a la gente para resolver sus problemas, porque es inaccesible, no es derecho, no es justicia”* ⁶¹.

La ley intenta terminar con la marginalidad jurídica, que va unida a la social, cultural y económica, sin privar a nadie de su derechos en forma arbitraria, ni de la posibilidad de que los resguarde dentro del marco legal existente.

¿Cuál es el régimen de la ley 24.374?

Transcribimos las palabras del miembro informante de la mayoría parlamentaria, Doctor Martínez Almudevar, que con toda claridad y justeza, esbozó los fundamentos básicos del régimen de la ley: *“... régimen de excepción, para resolver el problema de la falta de título por parte de los ocupantes de inmuebles de escasos recursos, instituyéndose un procedimiento administrativo y notarial que consiste en los siguientes tres pasos: Primero, la necesaria y efectiva acreditación de la ocupación por parte del beneficiario. Segundo: la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de un documento notarial con efecto de anotación preventiva del dominio a favor del ocupante. Y Tercero: el transcurso del plazo previsto por el artículo 3.999 del Código Civil, que es de diez años”* ⁶².

Y nos preguntamos ¿por qué en la Provincia de Buenos Aires (que es donde realmente se están regularizando dominios con muchísimo éxito) se le asignaron al notariado funciones que van mucho más allá de su contenido esencial de dar fe?

El notario ejerce como regularizador dominial, una verdadera jurisdicción no contenciosa, dado que está a su cargo el armado de un expediente administrativo que comenzando por el imprescindible asesoramiento, incluye el acopio de las pruebas que justifiquen el cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley, la tramitación de certificados, la publicación de edictos, las verificaciones técnicas y sociales, la notificación al titular registral, hasta culminar el procedimiento con el

⁶¹ Antecedentes parlamentarios. Ibidem página 254.

⁶² *Entre realidad y utopía: El papel del notario en la difusión de la realidad.* Revista Notarial nº 956. Pág. 542.

otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro Inmobiliario.

Y creemos que si se nos ha confiado esta tarea es por dos importantes motivos: *“la seguridad jurídica que brinda la actuación notarial, y la confianza, que tanto en el escribano en particular, como en el Colegio que los agrupa, deposita la gente, los usuarios de sus servicios”*⁶³.

Y es la imparcialidad y la ética del notariado, la que motivó al gobierno bonaerense a encomendar la gestión al notariado, considerándolo esencial para el éxito del programa⁶⁴.

Resumiendo el procedimiento de regularización dominial en la provincia de Buenos Aires, decimos que comprende dos etapas: la de regularización dominial, propiamente dicha, y la de consolidación. En ambas actúan en forma conjunta el notario regularizador, el Colegio de Escribanos y la Subsecretaría Social de Tierras como órgano de aplicación de la ley.

La regularización dominial es un procedimiento de excepción, temporario, en el que el notario cumple dos funciones: la primera, que comienza con el asesoramiento, es una función administrativa, que el notario lleva a cabo mediante el armado del expediente y las tareas que conlleva el mismo: - recepción de la solicitud de acogimiento a los beneficios de la ley. - evaluación de las pruebas de cumplimiento de los requisitos legales. - tramitación de certificados. - realización de la verificación social y técnica. - publicación de edictos y recepción de oposiciones si las hubiere, que deberá elevar al órgano de aplicación. - citación del titular registral.

La segunda, es la función fedataria, en la que el notario redacta la escritura resumiendo las constancias del expediente administrativo y luego de su otorgamiento, la autoriza e inscribe en el Registro de la Propiedad

⁶³ Ferrari de Solari del Valle, Ema B; Colinas, Claudina; Basanta, Luis Felipe; Gómez, Néstor O. *Titulación de contenido social y regularización dominial en la República Argentina*. Revista Notarial n° 959.

⁶⁴ Palabras del gobernador bonaerense en audiencia mantenida con autoridades del Colegio de Escribanos: *“Es mi deseo y mi más íntima convicción basada en mi experiencia como gobernante, que este sistema no fracase y para ello es necesario protegerlo de la intervención de sectores y personajes de la política partidista, colocando su gestión en manos del notariado que, en mi concepto, es uno de los pocos sectores sociales no alcanzado por la corrupción generalizada que ataca a nuestra sociedad, y cuya imparcialidad constituye un factor que habrá de asegurar el éxito de este programa social”*.

La Consolidación del dominio, regulada por la ley 25.797, opera por el mero transcurso de diez años a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Transcurrido ese tiempo, el interesado se presenta ante el notario regularizador, y presenta una solicitud para que sea reconocida la consolidación de dominio. En esta etapa y siempre que no haya habido oposición, el regularizador arma también un expediente conformado por la solicitud, fotocopia de la escritura de regularización, fotocopia del documento de identidad del solicitante, e informes dominiales y catastrales. Prepara la escritura de consolidación y la inscribe en el Registro de la Propiedad.

A partir del reconocimiento de la consolidación, el beneficiario es titular de un derecho real y se extingue la inscripción a nombre del anterior titular de dominio, así como las medidas cautelares que se hubieren trabado.

3) Función del escribano como garante del derecho

De lo expuesto, se deriva la importancia que reviste el hecho de haber quedado en manos del notariado argentino la ejecución de toda la operatoria de regularización dominial, en la que el notario ejerce una verdadera jurisdicción no contenciosa, además de su función fedataria.

Es en la etapa administrativa, en la que el notario se pone junto al ciudadano, le informa sus derechos, arma el expediente administrativo, coopera en el acopio de las pruebas de cumplimiento de los requisitos legales, y en la que se involucra en la solución del problema social y constituye una garantía del ejercicio del derecho de propiedad de una vivienda.

El desafío de la Declaración del Milenio, entre cuyos objetivos está el reducir a la mitad, para el año 2015, el número de pobres en el mundo, necesita para llevarse a cabo no solo la instrumentación de políticas de Estado y de recursos para financiarlas, sino además, del trabajo conjunto de todas las esferas sociales.

Así lo ha entendido el notariado que participa de la regularización dominial en nuestro país y esta intervención ha puesto de manifiesto una vez más, la magnitud de los logros que se pueden obtener cuando un organismo del Estado

(la Subsecretaría Social de Tierras, dependiente del Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires) y una entidad profesional, el Colegio de Escribanos, aúnan sus esfuerzos en el cumplimiento de un objetivo de tan alto contenido social.

Pero esta intervención, esta gestión que se nos ha encomendado, poniendo su confianza en nosotros tanto el Estado como la Sociedad, tiene además un importante requisito: privilegiar el interés social, sobre el interés personal del notario regularizador, dado que lo mismo que acontece en toda escrituración de vivienda social, el notario percibe honorarios muy reducidos y debe aplicar aquel concepto que nos enseñara una querida colega de nuestra zona: “No mires tanto el monto de la escritura que te traen, sino el ser humano que te trae la escritura y los problemas que lo aquejan” ⁶⁵.

En el cumplimiento de su tarea como regularizador, el notario, que es primero hombre capaz, ético y socialmente responsable, encontrará una de las satisfacciones más relevantes que brinda la profesión: haber cooperado en el ejercicio de uno de los derechos más importantes, el de una vivienda a partir de la cual otro hombre pueda lograr su desarrollo familiar y social.

VI.d) El Código Civil Argentino y las Leyes Especiales;

Trataremos en este punto de analizar la importancia de la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, su recepción por la Constitución Nacional y la Ley 26.061.

Estamos acostumbrados en nuestra labor profesional a la aplicación estricta de nuestro Código Civil, pero nos encontramos que día a día se van sancionando leyes, que expresa o implícitamente derogan importantes principios del Código Civil, y que van llevando a un proceso de descodificación ⁶⁶.

Y esto lo ha señalado muy claramente el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, Dr. Ricardo L. Lorenzetti, al manifestar que *“... ya superamos las treinta y seis mil leyes; el ciudadano las desconoce; el*

⁶⁵ Escribana Lina Josefina Piatti de Di Castelnuovo.

⁶⁶ Davobe, María Isolina y Barbero, Daríel Oscar. “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección”. Revista del IDel 1, Año 1, Página 30.

Código pierde abarcabilidad, la legislación especial es derogatoria de los principios generales codificados. Es difícil establecer un orden, y más aún mantener principios axiomáticos”⁶⁷.

La Constitución Nacional, como Ley Suprema está sobre el Código Civil y de allí la importancia de nuestra función como operadores del derecho, de aplicar las nuevas leyes, sancionadas en virtud de convenciones internacionales receptadas en la Constitución, que establecen principios respecto a los niños y adolescentes y a los discapaces, con importantes variantes de los que por años aplicamos, derivados del Código Civil.

Las normas a las que nos referimos son: las Convenciones Internacionales sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad, y las leyes 26.061 y 26.378

1) Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y ley 26.061.

La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989 e incorporada a nuestra legislación en 1990. De acuerdo a lo establecido en el artículo 475 de nuestro código esta convención es aplicable también a los mayores incapaces, ya que remite al régimen de capacidad de los menores respecto de los mayores incapaces.

El artículo 12 de la Convención obliga a los Estados parte a garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, de acuerdo a su edad y madurez. Y nos preguntamos: ¿Cuándo está el niño en “condiciones de formarse un juicio propio”? ¿Hay una edad fija en la cual el niño pueda ejercer por sí mismo el derecho a hacer conocer su opinión? ¿Hasta qué momento de su menor edad podrá ser escuchado por medio de sus representantes legales?. Y aparece nuevamente nuestra función asesora, que deberemos ejercer más que nunca con la mayor dedicación, estudio, ética, imparcialidad y sobre todo prudencia.

El 21 de Octubre de 2005, fue sancionada la ley 26.061 cuya finalidad es la "protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y

⁶⁷ Las Normas Fundamentales de Derecho Privado. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 1995. Pág. 13.

disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte".

Destacamos tres artículos de la Ley 26.061:

- Artículo 27 que se refiere a las garantías mínimas de procedimiento ⁶⁸.
- Art. 30 que legisla sobre el deber de comunicación .
- Artículo 31: Que establece el deber del funcionario de receptar denuncias

⁶⁹ .

La ley ha intentado receptar en el derecho interno lo suscripto en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Escribano Luis Rogelio Llorens, que es en nuestro país uno de los colegas que más se ha dedicado al estudio de los actos autoprotección y a los casos de falta de discernimiento, dice que *"la pretendida adecuación de nuestro régimen jurídico interno a dicha convención no ha sido lograda. Veremos que, por un lado, subsisten nominalmente, normas en nuestro Código Civil absolutamente incompatibles con las nuevas disposiciones, algunas de ellas directamente vinculadas con nuestra actividad notarial; y que, por otro, las categorías jurídicas que emanan de ambos sistemas son contradictorias"*

⁷⁰ .

El establecer el derecho a "ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta", es de vital importancia para nosotros, ya que somos garantes de este derecho y al otorgar cualquier acto en el que los intereses de un menor se vean

⁶⁸ Artículo 27: "Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente del procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

⁶⁹ Artículo 30: "Deber de comunicar. Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de los derechos de los niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión".

⁷⁰ Luis Rogelio Llorens: Algunas de las novedades en torno de la comparecencia de menores de edad en las escrituras públicas. Revista Notarial n° 962. Pág. 393.

afectados, debemos verificar si este derecho se respetó, y si así no fuera, buscar la manera de que sea ejercido.

El artículo 3 de la ley comentada dice: "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". A su vez, el artículo 58 de nuestro código dice: *"Este código protege a los incapaces, pero dándoles la representación que en él se determina y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio"*. Creemos que este artículo ha quedado implícitamente derogado, dado que la ley 26.061 privilegia los intereses de las personas menores cuando existiera conflicto de intereses.

Uno de los puntos más importantes de la ley con relación a nuestra función, es que ella otorga a los menores derecho de asociarse libremente (artículo 23) con fines sociales, deportivos, culturales, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier índole. Pueden formar parte de asociaciones e incluso de sus órganos directivos. Estas asociaciones pueden estar formadas exclusivamente por menores.

¿Cómo debemos actuar los notarios ante un requerimiento realizado por menores con estos fines? La ley otorga ese derecho a los menores. ¿Tienen el discernimiento necesario para asumir las consecuencias que, por ejemplo, la constitución de una asociación implica? ¿Podrá luego esta asociación contratar, tomar personal, cumplir con la normas impositivas, o realizar cualquier acto propio de este tipo de asociaciones? La ley autoriza a realizar algo que en la práctica vemos de difícil concreción y si bien no podemos negarnos al otorgamiento del acto, debemos ejercer con la mayor capacidad y prudencia, nuestro deber de asesoramiento, buscando un equilibrio entre la garantía de la seguridad jurídica y el ejercicio de los derechos que nos ocupan.

b) Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad receptada por la ley 26.378.

La convención en su artículo 12 reconoce a las personas con discapacidad, capacidad jurídica, y que dicha capacidad la tienen en igualdad de condiciones

con las demás personas en todos los aspectos de su vida. Más adelante dice: "los estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

Pareciera que el Estado sólo debe proporcionar "apoyos" puntuales para los actos que la persona con discapacidad no puede realizar por sí.

La sentencia que declara la incapacidad no puede ir más allá de lo que la persona no puede realizar de acuerdo a sus capacidades. Por lo tanto, el juez en cada caso determinará para qué actos el incapaz necesita del curador y cuáles puede realizar en forma personal. Evidentemente el sistema establecido por nuestro codificador de capacidad o incapacidad como las únicas opciones ha quedado modificado por la convención en la que de acuerdo al caso concreto se determinará el "grado" de capacidad.

En esta línea, el mismo artículo 12 dice que los estados deben brindar salvaguardias para asegurar "que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica ... sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos ... Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

Con relación a los actos personalísimos, la sanción de esta ley lleva a parte de la doctrina, a sostener que podrán ser realizados por los incapaces (declarados en sentencia judicial o no), siempre y cuando tengan discernimiento para el acto concreto, en el momento de otorgarlo.

No hay dudas que un sistema de capacidad graduado para el caso concreto es más justo para la persona. Una sentencia judicial que incapacita para aquellos actos para los que la persona está naturalmente capacitada es injusto. Además se violarían los derechos consagrados en la "Convención Internacional de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad". Por lo tanto el juez siempre deberá indicar los límites y alcances de la interdicción.

En concordancia con lo dicho, al tratar la capacidad en nuestro código civil,

el artículo 143 exige que el examen médico que determina la demencia debe "calificarla", lo cual debe ser teniendo en cuenta al momento de graduar la capacidad.

Ante estos cambios que no han sido receptados explícitamente por nuestra legislación interna, la responsabilidad notarial abarca dos aspectos. Por un lado, debemos proteger y ser garantes de los derechos de las personas más vulnerables de nuestra sociedad, entendiendo por más vulnerables, a los que por diversas circunstancias son los más frágiles. Por el otro, no debemos perder de vista nuestra función esencial de constructores en definitiva, de la seguridad jurídica.

Es evidente que hay una profunda tarea legislativa pendiente, mientras tanto será función de nuestros colegios brindar la formación necesaria para que en el desarrollo de la tarea diaria se recepten estos cambios con sumo cuidado, aplicando las nuevas legislaciones y protegiendo los derechos de la sociedad toda, esto es, brindando las garantías jurídicas que nos caracterizan.

Es de relevante importancia la tarea de todos los operadores del derecho, jueces, notarios y abogados, en estado constitucional del derecho, en el que al existir normas contradictorias, debe predominar la vigencia de los derechos fundamentales tanto en el ordenamiento jurídico, como en la vida social. A los notarios nos exige, en todos aquellos casos en que los derechos de los niños y de los discapaces estén interesados, efectuar el correspondiente control del cumplimiento de las normativas especiales.

VII) LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO HERRAMIENTAS ÚTILES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.

Sólo nos vamos a referir a las personas de existencia ideal en tanto pueden ser una herramienta útil para la protección de los derechos de las personas físicas más vulnerables. El objeto de este trabajo es el estudio de la protección de los derechos de las personas físicas, en ningún caso, de las jurídicas.

Muchas personas con discapacidad pueden llegar a gobernar sus propias vidas, si cuentan con el apoyo necesario. Para quienes no logran hacerlo, las leyes preveen la declaración de incapacidad y el sometimiento a la tutela, que nunca debe significar una limitación a la independencia y libertad de la persona tutelada, sino el incremento de su capacidad en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 57 de nuestro Código Civil establece que son representantes de los incapaces: - de las personas por nacer, sus padres, a falta de éstos o incapacidad, los curadores que se les nombre; - de los menores, sus padres o tutores; - de los mayores incapaces, los curadores que se les nombre.

Y en principio parecería que la representación de los incapaces está reservada a las personas físicas (artículo 379 del Código Civil Argentino) dado que no se ha previsto explícitamente la posibilidad de que esta representación sea ejercida por una persona jurídica. Así lo ha afirmado también la doctrina Sin embargo tampoco existe norma que lo prohíba.

A diferencia de nuestro sistema, el derecho español sí lo prevee expresamente. La ley 13/1983 incluyó a las personas jurídicas dentro de las personas que pueden ejercer funciones tutelares, el artículo 242 dice: "Podrán también ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados". Así en el derecho español se han difundido las denominadas "fundaciones tutelares", que son personas jurídicas. *"Tienen a su cargo el ejercicio de las tutelas, curatelas o de otras figuras de guarda de personas discapacitadas, por lo general psíquicamente, que han sido declaradas incapaces para gobernarse a sí mismas por autoridad judicial, cuando no existan familiares ni allegados que puedan asumir el cargo y la*

persona se encuentre en situación de desamparo familiar o social; ejercen la representación legal de los tutelados y atienden su aspecto personal y patrimonial. Además, asesoran a tutores, padres y otros familiares sobre cómo atender la fundación tutelar, brindándoles apoyo y asesorándolos en la tramitación de los procesos de incapacitación" ⁷¹.

Nuevas realidades sociales, tales como la mayor expectativa de vida, el temor de los padres de los discapacitados de proteger a sus hijos cuando falten, el rol de la familia que ha perdido fuerza como institución en las últimas décadas, y tantos otros motivos han sido algunas de las causas de la necesidad de la expansión y necesidad de este tipo de fundaciones, de vital importancia para todos aquellos casos en que no existe dentro del ámbito del discapaz, la persona física que en la actualidad o en el futuro., se comprometa con el bienestar de la persona tutelada, que tenga capacidad para relacionarse con ella y para conocer y comprender sus aspiraciones, deseos y necesidades, brindándole todo el afecto y la asistencia personal que necesita.

El ejercicio de la curatela comprende tanto el plano patrimonial como el personal. Respecto del patrimonial la representación por medio de las fundaciones tutelares no encuentra problemática alguna. Pero desde el plano personal puede, a primera vista, parecer dificultosa, ya que sería imposible que una persona jurídica pudiera brindar, por ejemplo, contención afectiva. Sin embargo estas fundaciones cuentan con la colaboración de los llamados "delegados tutelares", que cumplen esta función.

Los delegados tutelares, comprometidos y sensibles a la realidad del tutelado, son voluntarios que establecen con él una relación permanente, cálida y cercana, representándolo, protegiendo sus derechos y satisfaciendo sus intereses y necesidades.

Para cumplir el objetivo de tutelar y mejorar la calidad de vida de las personas tuteladas, es necesaria la implementación de programas que garanticen eficazmente la supervisión y el apoyo que la labor del delegado tutelar exige.

⁷¹ Zito Fontán, Otilia del Carmen. "El ejercicio de la tutela por personas jurídicas en el derecho español. Fundaciones Tutelares". Revista Notarial nº 959, página 487.

Es evidente el beneficioso aporte de las fundaciones tutelares en el cuidado de los incapaces, su designación como curadoras da la tranquilidad a quien la realiza, que ellas subsisten en el tiempo mucho más que cualquier persona física.

En nuestro país no se ha expandido aún la implementación de las fundaciones tutelares. Pero debemos destacar la importante labor que en forma conjunta están desarrollando la Fundación Aequitas y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires a partir del convenio firmado entre ambas instituciones en el año 2006 y que tiende a sistematizar acciones a fin de poder brindar desde todos los ámbitos, el asesoramiento necesario a personas vulnerables, a sus padres y familiares, informando sobre los medios jurídicos de protección y a trabajar en la realización de actividades que promuevan el involucramiento y la participación social.

Aequitas, cuyo lema es “PODEMOS HACER MAS”, es una ONG que tiene su casa central en España y cuyo propósito es ayudar a aquellas personas necesitadas de una protección especial, elaborando reformas y propuestas legales, con el fin de proteger a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, y que están afectados por legislaciones defectuosas y vacíos legales.

En la actualidad, la fundación AEQUITAS y su Delegación en Argentina a través del Colegio de Escribanos de Provincia de Buenos Aires, trabajan activamente, mediante la organización de charlas, encuentros y jornadas, en la divulgación del instituto y de la necesidad de que la sociedad toda se involucre en un tema de alto contenido social.

La participación como notarios en forma particular, y en la actividad que al respecto realiza nuestro Colegio, colaborando en la lucha por los derechos de quienes más lo necesitan, es otro ejemplo del desempeño como garantes del ejercicio de los derechos.

VIII) OTROS ASUNTOS EN LOS QUE LOS NOTARIOS INTERVIENEN COMO GARANTES DE LOS DERECHOS

En la República Argentina tanto la normativa de fondo, como los reglamentos de ejercicio, regulan la competencia del notario, la que incluye numerosos asuntos en los que interviene garantizando el respeto y ejercicio de los derechos, o colaborando con funcionarios del poder judicial, lo que repercute en la adecuada garantía de los derechos que están en juego en cada oportunidad.

Así el notariado interviene en nuestro país en: la creación de sujetos de derecho o personas jurídicas; reconocimientos de derechos o situaciones jurídicas sin contradicción; toma de posesión de bienes; emancipaciones; autorizaciones para salir del país a menores de edad; adjudicación de bienes por disolución del régimen patrimonial matrimonial; deslinde de terrenos ⁷²; ejercicio o renuncia al derecho real de habitación por parte del cónyuge supérstite; apertura de testamentos cerrados ⁷³; elevación a escritura pública del testamento; preconstitución de pruebas mediante actas de constatación; la intervención en la subasta judicial, luego de la sanción de la Ley 24.441, y en la nueva Ley de Quiebras 24.522; entre otras.

Aspiraciones para el futuro

Al igual que todas las instituciones humanas, cuya esencia y razón de ser son inmutables, pero que el progreso les impone evolucionar, la notarial, no es algo fijo, cristalizado, sino vivo y en permanente movimiento al compás de la configuración social e idiosincrasia de cada pueblo, evolucionando y adaptándose.

Y ese progreso es el que permite que la actividad del notario dentro del derecho sea tan amplia como imprevisible es la voluntad de las partes, pues el fenómeno notarial trasciende y excede el derecho positivo. No hay sector de la ciencia jurídica al cual el notario pueda sentirse ajeno.

⁷² De acuerdo con el artículo 2.753 de nuestro Código Civil: “El deslinde de los terrenos puede hacerse entre los colindantes por acuerdo entre ellos con que conste en escritura pública...”.

⁷³ Acto para el cual, conforme con los artículos 3.694 y 3.695 del Código Civil, el notario es citado junto con los testigos a efectos de reconocer sus firmas y abonar el acto, y en caso de que el escribano no pueda hacerlo, se deberán cotejar las letras y el juez ordena la protocolizar el testamento.

La importancia del notariado y el elevado concepto que como institución social y jurídica le corresponde, generan que la sociedad requiera su intervención, como profesional del derecho, aún cuando el ordenamiento jurídico no lo exige. Esto evidencia la gran confianza que la sociedad deposita en notario, por su honorabilidad y capacitación, y por encontrar en él un verdadero garante de sus derechos.

Es por ello que el notariado debe procurar extender sus fronteras de actuación y que dicha expansión sea contemplada por el ordenamiento jurídico. Y aquí debemos resaltar la competencia en asuntos no contenciosos, pues como sostiene Couture, *“La jurisdicción voluntaria perteneció en los primeros tiempos a los notarios, y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial; nada impide que pasen mañana a la administración y aun que vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto”*⁷⁴.

En ese sentido la doctrina notarialista e incluso civilista y procesalista consideran conveniente que en estos asuntos intervenga el notario, ya que en la jurisdicción voluntaria los actos son extrajudiciales por su esencia; en ellos se declaran hechos y situaciones jurídicas, no derechos controvertidos, que bien pueden ser receptados en una acta de notoriedad; y en los que la intervención notarial permitiría la descongestión del Poder Judicial, aportando celeridad, capacitación y especialización en *“los procedimientos en los que no hay controversia y en los que se hace ociosa la intervención judicial, recargando en esfuerzos y costos la función de administración de justicia”*⁷⁵.

Todo ello conllevaría a una mejor protección de los derechos de las personas y a que se reduzcan los costos de acceso a la justicia.

Así vemos como son numerosas las legislaciones que han incorporado a la competencia notarial asuntos no contenciosos, como por ejemplo: Alemania (el notario tiene el dominio de la jurisdicción voluntaria por la Ley Federal que rige al notariado); Austria (la Ley de Mandatarios Tribunalicios del año 1970 le asigna

⁷⁴ Couture, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1976.

⁷⁵ Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España. Publicación coordinada por la Dra. Cristina N. Armella, sobre el tema 2 de la VII Jornada Notarial Iberoamericana. Salamanca. España 1996. Pág 177.

obligatoriamente todos los actos de naturaleza sucesoria, inventarios, tasaciones, liquidaciones, contratos de matrimonio, renuncia de herencia, reconocimiento de paternidad); Bélgica (los notarios intervienen en particiones, celebración de contratos de matrimonio, cambios de regímenes matrimoniales, liquidación de sucesiones, declaración de paternidad, adopción, tutela); España (el notario realiza las sucesiones ab-intestadas por Acta Notarial siempre que esté frente a personas mayores de edad, capaces y contestes); Francia (el notario posee la jurisdicción voluntaria o graciosa con las mismas facultades que el juez pero no interviene en cuestiones litigiosas); Holanda (la actividad del notario se extiende en el ámbito del Derecho Privado, su actuación es llamada state planning o planificación de herencia); Italia (se le otorga al notario el *lus Postulandi*, actúan en contratos de matrimonio, liquidación de sucesiones, declaración de paternidad, adopción, tutela, inventarios, aceptación o renuncia de herencia, en subastas judiciales, ejecuciones hipotecarias); República Checa (El notario es comisario jurídico en las sucesiones, tiene amplias facultades para intervenir en ese proceso, salvo la facultad de decisión); China (las sucesiones sean testamentarias o ab intestato tramitan en sede notarial); Canadá (notariado de Québec) (celebran contrato de matrimonio, de separación o divorcio amigable, intervienen en sucesiones); Colombia (celebran contrato de matrimonio, intervienen en la liquidación de herencia siempre que se trate de personas capaces y procedan de común acuerdo); Costa Rica (intervienen los notarios en la adjudicación, en la distribución y en el inventario de los bienes en el sucesorio); Chile (intervienen sólo en la liquidación de sucesiones); Guatemala (actúan en el proceso sucesorio extrajudicial, realizan actas de familia, y a título declarativo intervienen en particiones); México (Por el Código de Procedimientos Civil del Estado de Veracruz, refiere a la sucesión testamentaria ante notario. Interviene en el procedimiento sucesorio desde su inicio hasta la adjudicación de bienes tratándose de herederos mayores de edad); El Salvador (el notario actúa en cuestiones de jurisdicción voluntaria); Paraguay (el notario sólo interviene en la partición y división de bienes de la sociedad conyugal sujeta a homologación judicial); Puerto Rico (competencia del notario concurrente con los Tribunales,

según el peticionario lo estime conveniente); República Federativa de Brasil (en su reciente reforma en el Código de Procedimientos del año 2007, se reconoce al notario la posibilidad de intervenir en procesos sucesorios, separación consensual, divorcio consensual por vía administrativa)⁷⁶.

En nuestro país el Consejo Federal del Notariado Argentino, a solicitud del entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos, ha presentado un “Anteproyecto de Ley de Determinación Notarial de la Calidad de Ascendiente, Descendiente o Cónyuge del Causante” Dicho anteproyecto modifica solamente un artículo del Código Civil, que abriría las puertas para que se tramitaran ante un notario las sucesiones ab intestadas, entre herederos forzosos, sin menores e incapaces y siempre con patrocinio letrado obligatorio y respeto por los aportes a las cajas previsionales. Esta determinación de herederos, como se expresa en sus fundamentos, por sí sola no constituye, ni transfiere, ni declara o modifica derechos reales sobre inmuebles: su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario.

Con respecto a la mediación previa al proceso judicial, se trata de un procedimiento alternativo, no adversarial, voluntario y confidencial que facilita la comunicación entre las personas que enfrentan un conflicto, brindando un espacio para el diálogo, en el que las partes en forma conjunta acuerdan la solución a su problema, asistidas por el mediador, tercero neutral, imparcial y especialmente capacitado, que facilita la comunicación, permitiéndoles identificar claramente sus intereses, expectativas, objetivos y necesidades, guiándolas a encontrar una nueva mirada del conflicto, sin juzgar ni decidir por ellas.

Y así entendida, es claro que los notarios por su formación académica, su función alitigiosa, que facilita el acercamiento de las partes, el alto grado de confianza y el prestigio con el que la sociedad lo ha distinguido, resultan ser especialmente aptos para desempeñar un rol activo en los métodos alternativos de

⁷⁶ Podrez Yaniz, Sabina Haydee. “Competencia notarial en asuntos no contenciosos”. Trabajo presentado en las XII Jornada Notarial Iberoamericana, Asunción del Paraguay, República de Paraguay, 2008.

resolución de conflictos ⁷⁷.

Y con esa convicción se han creado Centros Institucionales de Mediación, en el ámbito de los Colegios de Escribanos de la República Argentina, los que, junto con la Comisión de Mediación del Consejo Federal del Notariado Argentino, se encuentran trabajando para lograr el reconocimiento legislativo de la mediación multidisciplinaria.

Con ese fin, se realizan talleres y congresos, audiencias con legisladores y otros miembros de la comunidad profesional. Y se trata de instaurar en una sociedad acostumbrada a la cultura del litigio, esta cultura de la mediación, instrumento de pacificación social, que nos pone otra vez como garante de los derechos de las personas.

En el mismo sentido debería evaluarse la posibilidad de ampliar la competencia notarial a otros asuntos como: Informaciones sumarias tendientes a acreditar actos; declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; reconocimiento de hijos; rectificación de Partidas y Actas del Registro del Estado y Capacidad Civil de las Personas y de documentos públicos por errores u omisiones; declaraciones de identidad de personas; cualquier información que acredite situaciones de hecho exigidas por disposiciones legales o administrativas: certificados de subsistencia, de domicilio; reconocimiento de concubinato; celebración de matrimonios y divorcios consensuales, entre otros.

Por ello, convencidos los notarios de nuestra función social, debemos seguir incursionando en todos los campos del derecho dando los primeros pasos y abriendo brechas no solo en el orden privado sino también, en el derecho internacional publico y privado, registral, tributario, administrativo y procesal.

⁷⁷ Podrez Yaniz, Sabina Haydee. "Competencia notarial en asuntos no contenciosos". Trabajo presentado en las XII Jornada Notarial Iberoamericana, Asunción del Paraguay, República de Paraguay, 2008.

IX) CONCLUSIONES

1) El notariado latino convencido de que su función responde a la necesidad humana de certeza y seguridad jurídica, deberá respaldar esa convicción con su capacidad para satisfacerla, pues será ella la que nos mantenga “vivos” en esta sociedad. Y para ello el notariado deberá continuamente adecuarse a las exigencias de las transformaciones sociales, políticas y técnicas, para poder ofrecer en todo momento, la utilidad social de nuestra función, para lo cual, como profesionales del derecho, tendremos que capacitarnos permanente, y al hacerlo comprender que los adelantos técnicos serán siempre auxiliares de la función, nunca sustitutos; y por su trascendencia social y la confianza que en nosotros se deposita, se impone además, la observancia de principios éticos inquebrantables, acordes a la honorabilidad de la función.

2) No es posible que el notario conozca todas las transformaciones que se suceden diariamente en el campo económico y político y que inciden en el Derecho, la correcta aplicación de las nuevas figuras, las modificaciones legislativas, los avances informáticos y pueda asesorar eficientemente a los requirentes, instrumentando adecuadamente los actos jurídicos, sin una capacitación permanente, sin una actualización de conocimientos diaria y que abarque todas las áreas del Derecho, con profundización especialmente en las que hacen a nuestra función notarial.

3) Responsabilidad significa compromiso y la responsabilidad social con la que el notario debe ejercitar su función, lo encamina a la defensa y garantía de los derechos de aquellas personas que por su edad, estado de salud, situación social, económica o por otras circunstancias, son las más frágiles y se encuentran en situación de vulnerabilidad. El ejercicio de esta responsabilidad, importa poner sobre los intereses particulares del notario, el interés social.

4) Si bien nuestro origen social, la idiosincrasia y las costumbres de cada

pueblo dieron nacimiento a distintos sistemas notariales, solo el notariado latino es capaz de garantizar la seguridad jurídica y los derechos de las personas, contribuyendo así a la paz social.

5) El asesoramiento y la mediación son imprescindibles en la tarea notarial desarrollada en la faz de la normalidad de los derechos, y en la que el notario vuelca su saber (capacitación permanente), sus preceptos morales (ética) y todo su compromiso profesional (responsabilidad), en la adecuación de la voluntad de las partes a la legislación vigente, otorgando al acto que se instrumente la necesaria seguridad jurídica.

6) Es la persona física, el ser humano, quien puede llegar a encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Es nuestra tarea resguardar la dignidad de las personas protegiendo sus derechos, con las herramientas que nuestras leyes proveen expresamente y con todos los recursos que ayuden a nuestra ineludible tarea de asesoramiento y de mediación.

7) El régimen de capacidad de nuestro código que establecía capacidad o incapacidad como las únicas alternativas, ha sido derogado por los convenios internacionales que establecen un sistema de capacidad graduado, cuya correcta aplicación exige de los operadores del derecho: Capacitación, ética, responsabilidad social, y máxima prudencia para lograr la adecuada protección de los derechos de los más vulnerables sin que ello importe un deterioro para la seguridad jurídica.

8) Son los derechos personalísimos los que queremos proteger, ya que son aquellos que le corresponden a todo ser humano innatamente y le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales, lográndose con su respeto el ejercicio de las libertades personales y la justicia social. Es fundamental desde nuestra función salvaguardar esos derechos evitando que sean vulnerados.

Sin bien existen medios de reparación de los derechos personalísimos, estamos convencidos que el llegar a la reparación significa un “fracaso” para nosotros, dado que nuestra función debe ser preventiva, evitando con la intervención notarial, que los derechos sean vulnerados.

9) La autoprotección es el derecho que tiene toda persona a efectuar manifestaciones para la eventual pérdida, total o parcial, de su propio discernimiento.

Es fundamental la difusión de este derecho para que todo ciudadano conozca su existencia y que su ejercicio beneficia no solo a quien deja expresada su voluntad, sino además a su familia, que obrará de acuerdo a las manifestaciones efectuadas y a la sociedad toda evitando conflictos innecesarios.

Son de vital importancia las entrevistas previas a fin de llegar a conocer la verdadera voluntad del requirente, para tener la certeza que conoce el alcance y significado de sus decisiones y para darle forma en el instrumento notarial con claridad y precisión y en definitiva para dar al requirente la tranquilidad y la seguridad que viene a buscar a la notaría.

10) Es necesario volver a instaurar en todo el país la cultura del testamento como instrumento idóneo para la disposición después de la muerte, no solo de los bienes que integran el patrimonio, sino además, para hacer conocer la voluntad en temas que van más allá de lo patrimonial. La registración de los actos de última voluntad y la conexión de todos los registros locales en el Centro Nacional de Información de Registros de Última Voluntad, así como la obligatoriedad de la consulta a los registros, al iniciarse un sucesorio, es indispensable para garantizar el derecho del testador, esto es, que su voluntad va a ser conocida, cualquiera sea el lugar donde tramite su sucesión.

11) Escrituraciones sociales y de regularización dominial:

a) El déficit habitacional, la falta de vivienda en condiciones que hagan a la dignidad, es uno de los problemas básicos que se plantea en todos los países

como el nuestro, de un alto crecimiento demográfico que supera al crecimiento económico y donde las políticas de Estado son insuficientes para asegurar el ejercicio del derecho a una vivienda digna a las personas de bajos recursos y de sectores marginados.

b) Vivienda digna es aquella que rodeada de las obras de urbanización e infraestructura indispensables, haga posible el desarrollo social y cultural del ciudadano y de su familia.

c) En la regularización dominial, el notario regularizador cumple una función administrativa, de jurisdicción no contenciosa, en todo el armado y tramitación del expediente que concluye con su función fedataria en el otorgamiento y autorización de la escritura-acta de regularización dominial.

12) Las fundaciones tutelares son un instrumento útil para la protección de las personas que han sido declaradas judicialmente incapaces, en los casos en que en su ámbito no existan personas físicas que se comprometan, ejerciendo la curatela necesaria. Si bien no están previstas expresamente en nuestro Código Civil, no hay disposición alguna que las prohíba.

13) La labor conjunta de la Fundación Aequitas y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, está logrando el involucramiento y la participación de todos, en una tarea social de información sobre los derechos, y de acompañamiento para lograr la modificación de legislaciones defectuosas y de cobertura de vacíos legislativos.

14) El Notariado está especialmente capacitado para intervenir en asuntos de jurisdicción no contenciosa y es necesario concientizar al Estado y a la sociedad del beneficio de su intervención en todos aquellos casos en que no hay controversia, como forma de descongestionar el trabajo de los jueces y abaratar los costos de justicia.

X) PROPUESTA DE PONENCIA

Teniendo en cuenta las conclusiones precedentes, y dado que:

a) El notario latino es depositario de la confianza de la sociedad, por su capacitación, su conducta ética y su responsabilidad, y de la fe pública por delegación del Estado, es el profesional idóneo para actuar en asuntos de jurisdicción no contenciosa, descongestionando la tarea de los jueces y asegurando de ese modo una mejor protección de los derechos y una reducción de los gastos, tanto para los particulares como para el Estado,

b) Que en varios países de América y en España, los notarios actúan exitosamente en asuntos de jurisdicción no contenciosa, y en toda la operatoria de regularización dominial,

c) Que en algunos notariados iberoamericanos, se ha logrado la legislación eficaz sobre actos de autoprotección, mediación, y sobre todo en España, respecto a las fundaciones tutelares,

d) Que como notarios debemos garantizar el ejercicio de los derechos, sobre todo de aquellas personas que por su edad, estado de salud, condiciones sociales o económicas, u otras circunstancias se encuentran en situación de vulnerabilidad,

e) Que existe creado en el seno de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL un grupo de trabajo sobre el tema Regularización Dominial,

Se proponen la siguientes **PONENCIAS**

1) Jurisdicción no contenciosa: Las organizaciones notariales deben continuar con las actividades que conduzcan a la efectiva concreción de la actuación notarial en jurisdicción no contenciosa.

2) Se integre y se ponga en funcionamiento en la Comisión de Asuntos Americanos el grupo de trabajo creado sobre Regularización Dominial y se lo complemente con la inclusión de los temas de jurisdicción no contenciosa, mediación, autoprotección y fundaciones tutelares, a fin de que con la experiencia de los países que han incursionado con éxito en estos temas, se logre impulsar la actividad en aquellos otros donde aún no se han sancionado las normas que nos

incluyan.

3) Que la comisión de derechos humanos de la UINL, cuya creación aconsejara el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, recoja la experiencia de cada país en la aplicación de los convenios internacionales sobre los niños y los discapaces, a fin de hacerla conocer a los distintos notariados, cooperando así con aquellos en los que la normativa de fondo, los convenios internacionales y las leyes especiales presentan conceptos opuestos.

XI) BIBLIOGRAFÍA

- ♦ Alberdi, Juan Bautista. Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho. Ed. Ciudad Argentina. 1998.
- ♦ Allende, Alberto G. Derecho Notarial, función notarial y numerus clausus. En Revista del Notariado nº 840.
- ♦ Allende, Ignacio M. La Institución Notarial y el Derecho. Ed. Abeledo Perrot, 1969.
- ♦ Alterini, Altilio Aníbal. La Inseguridad Jurídica. Ed. Abeledo Perrot. 1993.
- ♦ Calamandrei, Piero. Demasiados Abogados. Ediciones Jurídicas Europa América. 1960.
- ♦ Couture, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1976.
- ♦ Bollini, Jorge A. Organización del Notariado Latino. Separata en Revista Notarial nº 863.
- ♦ Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil.
- ♦ Calo, Emanuele. Entre la realidad y utopía. El papel del Notariado en la difusión de la propiedad. Revista Notarial nº 956.
- ♦ Cernelutti, Francesco. La función Jurídica del Notario. Revista Internacional del Notariado. 1950.
- ♦ Cifuentes, Santos. Los Derechos Personalísimos. Buenos Aires. Editorial Lerner. 1974.
- ♦ Cifuentes, Santos. Código Civil Comentado y Anotado. La Ley. Año 2003.
- ♦ Congreso de Registradores. Fortaleza, Brasil.
- ♦ Congreso Nacional de derecho privado y derechos humanos. Rosario, Santa Fe. 16 y 17 de Agosto de 2007.
- ♦ Constitución Nacional Argentina.
- ♦ Cosola, Sebastián J. Los deberes éticos notariales. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 2008.
- ♦ Davobe, María Isolda y Barbero, Dariel Oscar. Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección. Revista del IDel nº 1, año 1.

- ♦ Del Campo Wilson, Estanislao. Estado, Derecho y Libertad. Ed. Goncourt. 1968.
- ♦ Di Castelnuovo, Gastón R. Revista Notarial nº 962. A propósito de cumplir ella 15 años.
- ♦ Di Pietromica, Viviana Cecilia. Régimen tributario de la actuación notarial. Buenos Aires. Lexis Nexis, 2008.
- ♦ Dodda, Zulma A. Conferencia pronunciada durante la reunión plenaria de la Comisión de Asuntos Interamericanos de la UINL. Mar del Plata. Abril de 2005.
- ♦ Ferrari de Solari del Valle, Ema B.; Colinas, Claudina A.; Basanta, Luis F.; y Gómez, Néstor O. Titulación de contenido social y regularización dominial en la República Argentina. Trabajo publicado en Revista Notarial nº 959. Mayo - Agosto de 2008.
- ♦ García Cortazar, José. Organización gremial y profesional del Notariado, Colegios regionales y Consejos nacionales. II Congreso Internacional del Notariado Latino.
- ♦ Gattari, Carlos Nicolás. El escribano en el Corán. En: RN, nº 928.
- ♦ Gattari, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- ♦ Gattari, Carlos Nicolás. Práctica Notarial. Buenos Aires. Depalma. 1988.
- ♦ Hegel, Guillermo Federico. Filosofía del Derecho. Ed. Claridad. 1987.
- ♦ Kemelmajer de Carlucci, Aida. Reflexiones sobre la Responsabilidad de los Escribanos. Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Edición 1998.
- ♦ III Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro. Resistencia, Chaco. Diciembre de 2007.
- ♦ Lajugie, Joseph. Los Sistemas Económicos. Ed. Universitaria de Buenos Aires. 1972.
- ♦ Ley nacional 24.374. Antecedentes parlamentarios.
- ♦ Ley nacional 23.849. Convención Internacional de los derechos del niño.
- ♦ Ley nacional 26.061. Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- ♦ Ley nacional 26.378. Convención Internacional sobre los derechos de las

personas con discapacidad

- ♦ Llambias, Jorge J. Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. 1995.
- ♦ Llorens, Luis Rogelio. Protección jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad en el derecho argentino. Revista Notarial nº 955.
- ♦ Llorens, Luis Rogelio. Talleres de autoprotección. San Juan. Año 2009.
- ♦ Llorens, Luis Rogelio. Algunas de las novedades en torno a la comparecencia de menores en las escrituras públicas. Revista Notarial nº 962.
- ♦ Martínez Segovia, Francisco. La función notarial. Delta Editora, Paraná, E. Ríos, 1997.
- ♦ Montejano, Bernardino (H). Curso de Derecho Natural. Ed. Abeledo Perrot, Sexta Edición.
- ♦ Montejano, Bernardino (H). Argumentación del Notario. Editorial Kadma SRL. Año 2005.
- ♦ Neppi, V. Principios del Derecho Civil. Buenos Aires. 1942.
- ♦ Neri, Argentino. Tratado teórico práctico de derecho notarial. Desalma.
- ♦ Orgaz, Alfredo. Personas Individuales. Córdoba. 1961.
- ♦ Paz, José María. Derecho Notarial Argentino. Ed. Compañía Argentina de Editores. 1939.
- ♦ Perez Lozano, Néstor O. La función Notarial Creadora de Derecho. Revista Notarial nº 942.
- ♦ Podrez Yaniz, Sabina H. Competencia notarial en asuntos no contenciosos. Trabajo presentado en las XII Jornadas Notariales Iberoamericanas.
- ♦ Pola Castillo, Celso de J. La supremacía del testamento público abierto. Revista mexicana de derecho nº 9.
- ♦ Pondé, Eduardo B. Origen e historia del notariado. Ed. Abeledo Perrot.
- ♦ Sitio Web de la Unión Internacional de Notariado Latino: www.uinl.net.
- ♦ Solari del Valle, Claudio A. El presente y el futuro del notariado. Revista Notarial nº 873.
- ♦ Vigo, Rodolfo L. Interpretación Jurídica. Rubinzal Culzoni. 1999.
- ♦ VII Congreso Internacional del Notariado Latino. México. 1965.

- ♦ Von Ihering, Rudolf. La Lucha por el Derecho. Ed. Heliasta S.R.L. 1993.
- ♦ Zito Fontán, Otilia del Carmen. El ejercicio de la tutela por personas jurídicas en el derecho español. Fundaciones tutelares. Revista Notarial nº 959.