



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

Unión Internacional del Notariado *29° Congreso Internacional del Notariado* *Indonesia 2019*

Tema II: “El notario y la persona física”

Ponencia de la República Argentina

Coordinadores Nacionales por la República Argentina:

Not. Sebastian Justo COSOLA (sjcosola@gmail.com)

Not. Maritel BRANDI TAIANA (maritelbrandi@escribaniabrandi.com.ar)

Coordinador Internacional:

Fatou Mballo Thiam

I.

Introducción

Los Congresos Internacionales del Notariado conforman, como oportunamente se ha señalado, la fuente de doctrina internacional más importante del notariado mundial¹, siempre en la consideración de su naturaleza romano-germánica. De sus conclusiones fueron deduciéndose las sólidas bases para conformar en origen, *la triple declaración vigente de principios de la Unión Internacional*², hoy más vigentes que nunca como argumento probatorio de las bondades del notariado latino, y aún más trascendente que ello: como elemento decisorio para la argumentación notarial del derecho. Conforme a lo dicho, acercar la aportación de nuestro país

¹ Cfr. Bernardo PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Doctrina Notarial Internacional*, Porrúa, México, 2.013, p.1.

² Como acertadamente sostienen Jorge LATINO y Franco DI CASTELNUOVO en la ponencia argentina a este congreso, en el marco de la convocatoria efectuada por el tema I, relativo a los “principios del notariado en el siglo XXI”: “En su condición de institución internacional, la UIN ha desarrollado, anotado y difundido durante 70 años los principios troncales que sirven de fundamento a la actividad notarial latina y, en esta línea, se destacan la “Declaración de Principios de Deontología Notarial”, aprobada en la Ciudad de México en el año 2004, resultado del esfuerzo mancomunado de los colegas que integraron por ese entonces la Comisión de Deontología de la Unión Internacional del Notariado, presidida por Juan Francisco Delgado de Miguel; y la Declaración de los Principios de la Función Notarial, aprobada en Roma en el año 2005, denominada “Principios Fundamentales del Sistema del Notariado de Tipo Latino”. Este ciclo se complementa con la declaración de “Deontología y Reglas de Organización del Notariado”, que tuvo lugar en Lima en el año 2013”.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

al ámbito internacional que nos ofrece el formar parte de la ya referida Unión Internacional del Notariado Latino constituyó un desafío y una oportunidad institucional y personal de enorme trascendencia para nosotros. En particular, el análisis y estudio del Tema II propuesto nos permitió mirar hacia atrás para observar el camino recorrido, dimensionar y valorar el presente, y ordenar los deseos, ilusiones y posibilidades que constituyen el futuro nacional e internacional del Notariado.

A través de esta ponencia intentaremos exhibir el funcionamiento del Notariado en la República Argentina en su relación con la persona humana, a la luz de distintos factores que afianzan, matizan, dan sentido, colaboran y a veces dificultan el desarrollo de nuestra profesión teniendo en cuenta las diferentes realidades económicas, culturales y sociales que se dan cita en nuestro territorio más allá del factor fundamental de unidad que brinda el plexo normativo constitucional, civil y mercantil unificado para todo el país.

Argentina tuvo la fortuna de contar con un Código Civil centenario que, sin perjuicio de haber sido dictado en el año 1869, tuvo la doble virtud de receptor el gran desarrollo doctrinario del derecho privado internacional de su época y permitir, además, su adaptación a los enormes cambios sociales y económicos de su tiempo venidero. En ese cuerpo codificado originario, el notariado y su función han estado descriptos y resguardados adecuadamente en las obras clásicas de los primeros comentaristas³, algunos hoy, más que en ningún otro momento de la historia, con aportes de ineludible referencia⁴.

Así, de la mano de su nutrida estructura, de la incorporación constitucional de los avances legislativos que dieron cabida a los grandes cambios de paradigmas de los últimos 150 años, y de los criterios jurisprudenciales que acompañaron la evolución de la norma positiva, se alcanzó la entrada en vigor, el primero de agosto del año 2.015, del denominado *Código Civil y Comercial de La Nación*, que unifica los derechos civil y mercantil, que vino a reemplazar y a

³ Cfr. Lisandro SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Tomo Primero, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, Buenos Aires, 1.881, p. 270; Baldomero LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, Tomo Cuarto, Sociedad Bibliográfica Argentina Editores, Buenos Aires, 1.931, p. 39.

⁴ José O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Tomo III, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1.899, p. 250. Dice el autor: “La institución de los escribanos públicos que heredamos de la España, ha penetrado de tal manera en nuestras costumbres, que forma parte esencial de nuestro ser social; y sin embargo, no tiene precedentes en las antiguas legislaciones, con las facultades tan ilimitadas que nosotros le concedemos. Por más garantía de competencia y honestidad que se exijan a estas personas que desempeñan un puesto de tanta responsabilidad, difícil será librarse de actos sumamente bochornosos. Apresurémonos a decir en honor a este gremio, que rara vez faltan a la confianza que la ley deposita en sus manos”.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

ordenar el Derecho privado argentino con virtudes y falencias, como toda obra humana pero, sobre todo, con posibilidades y retos.

El Notariado fue el receptor inmediato y directo de los cambios avecinados, porque fue quien debió y debe instrumentar y poner en marcha las nuevas posibilidades que la legislación ofrece pero sin descuidar los valores y principios de certeza, justicia, seguridad jurídica y conciliación que permiten nuestra actuación con fiel respeto a la máxima del notario español *Joaquín Costa*: ““El número de sentencias ha de estar en razón inversa al número de escrituras: teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado⁵”. Esa recepción inmediata de los cambios legislativos fue en nuestro país originaria, precisamente porque como enseña *Cristina Noemí Armella*: “El notario es el primer interprete de la ley, porque su aplicación en el ámbito del acuerdo, del pacto, de la convención entre partes es anterior a cualquier conflicto y ese posterior acaecimiento de la controversia interesara luego al abogado y ulteriormente a los jueces que solo intervendrán para dirimirlo⁶”.

En Argentina -como entendemos que sucede en el resto de los países del notariado latino-, el notario es receptor y guía directo en las necesidades de la persona humana tanto en el ámbito del ejercicio de sus derechos personalísimos como en el patrimonial y familiar en el que se reflejan y concretan los desarrollos y metas personales de cada individuo. De esta manera, se acompaña desde esta función los cambios de paradigmas más trascendentes que vienen operando, al menos en los últimos quince años, en el mundo jurídico latino. Así, desde los antecedentes provenientes de las bases instauradas por el derecho romano, el centro de atención del derecho privado, siempre fue el patrimonio. Por los tiempos actuales, su epicentro de atención primaria es ocupado por la *teoría de la personalidad humana*, de marcado desarrollo en Sudamérica⁷, proyección sobre la que sin duda alguna gira la verdadera importancia de esta disciplina, y de la cual el notario es verdadero protagonista, tal cual lo ha asumido en las deliberaciones del *XXII Congreso Internacional del Notariado Latino*, celebrado en Buenos Aires en el año 1998. En aquella oportunidad se ha reconocido que el notario latino tiene relación directa con la problemática referente a los derechos fundamentales de las personas que habitan el mundo:

⁵ Cfr. Joaquín COSTA, *Reorganización del notariado, del registro de la propiedad y de la administración de justicia*, IRL, Madrid, 1.890-93, p. 198.

⁶ Cfr. Cristina Noemí ARMELLA, *Cheque Cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Teoría y práctica*, Ad hoc, Buenos Aires, 2.001, p. 14.

⁷ Cfr. Santos CIFUENTES, *Los derechos personalísimos*, Lerner Editores, Buenos Aires, 1.974; Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, Grijley, Lima, 2.004.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

a) De la persona humana, donde cada notario se constituye un defensor natural mediante la prevención de los conflictos (asistencia imparcial e independiente basada en la equidad, legalidad y justicia);

b) Aplicación notarial cotidiana de principios referentes a los derechos humanos incluidos en las declaraciones internacionales y constituciones nacionales; y

c) Respeto de la dignidad humana desde el nacimiento hasta la muerte, que incluye la libertad contractual, el matrimonio y la familia, la libertad de reunión y asociación, el derecho a la propiedad y a la herencia, la participación en el desarrollo social y económico

Desde esta perspectiva, debe asumirse que la escritura pública elaborada, otorgada y autorizada se erige como la máxima creación notarial del derecho, pues como lo sostenía el gran maestro *Juan Vallet de Goytisolo* el notario, es un verdadero jurista y como tal, resulta esencial en él la educación del sentido de lo *justo*⁸. Esa educación de lo justo hoy se encamina, siguiendo a *Barak*, tanto hacia el ejercicio de ponderación de valores y principios dentro del marco de la razonabilidad como hacia el cumplimiento del principio de *proporcionalidad*⁹, lo que implica que para cada caso puntual de actuación notarial, el cumplimiento de la ley y su balance desde los derechos fundamentales reviste el carácter de esencial¹⁰. La *razonabilidad notarial* impone al notariado la tarea de encontrar, entre el dialogo de fuentes, la mejor respuesta para el caso que se le plantea, ponderando soluciones, alternativas y decisiones para que el documento notarial no sea ni arbitrario ni injusto. En este sentido, las líneas directrices de la concreción de la razonabilidad notarial pueden resumirse en las siguientes:

a) El obrar notarial parte de la idea del conocimiento y apunta al control racional;

b) Ese conocimiento supone la idea que manda a que del mismo el notario extraiga conclusiones valiosas;

c) Recepción de la voluntad de los requirentes adecuada al nuevo derecho;

d) Arribo a un resultado justo (el bien debe hacerse, el mal evitarse)

⁸ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *L función notarial de tipo latino*, en Deontología Notarial, de Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (Comp.), JDCNE-CGNE, Madrid, 1.992, p. 449 y ss.

⁹ Cfr. Juan CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.007, p. 281 y ss. (TD); *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde la tesis del positivismo jurídico*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.009, p. 57 y ss. También: Laura CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2.009, p. 23 y ss. (TD), y Roberto M. A. SAGGESE, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.010, p. 134 y ss (TD).

¹⁰ Cfr. Aharon BARAK, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, 2.017, p. 43.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

- e) Aplicación de los conocimientos integrados con la equidad.

Para escoger la mejor solución posible y así, cumplir con la razonabilidad destinada a evitar el potencial conflicto del derecho (sobre todo en materia de derechos fundamentales), el hombre de derecho escoge, entre algunos otros métodos, el camino de la ponderación. Es así que el mismo, si es prudente, no puede pensar que la aplicación del derecho que se concreta con su labor pueda traer consigo problemas posteriores. Es por esta razón que en alguna ya lejana oportunidad, no se ha dudado en considerar que la función notarial es *una función social, realizada por un profesional del derecho, que en virtud de sus cualidades morales y científicas, accede a la función jurando ejercerla con decoro, revalorizando los conceptos de fe pública y de seguridad jurídica que encuentran esencial reposo en la escritura pública, y no perdiendo de vista nunca el sentido de la responsabilidad moral que tiene para con la comunidad a la que se debe*¹¹. Desde esta perspectiva, la función práctica del notario siempre será la de *atender los acontecimientos, equilibrar los deseos y narrar los hechos, conforme a derecho*¹². Ese conforme a derecho –y no simplemente a la ley-, incluye hoy la argumentación constitucional del derecho notarial. Nuestro opus cotidiano tiene entonces que tener como primer cometido, el de seguir los lineamientos generales de la Constitución Nacional con todo lo que ello conlleva, para luego poder desde la práctica cumplir con las leyes positivas y vigentes que se adecuan al texto supremo, y que en el documento elaborado vienen a garantizar la voluntad, la verdad –tanto como certeza, como virtud-, la justicia y la seguridad, que no culmina con la elaboración documental, extendiéndose hacia la propia conservación y custodia del mismo.

En este sentido, el Notario tiene un lugar de privilegio dentro de los operadores jurídicos pero, a la vez, un compromiso y una responsabilidad que debe honrar para justificar su existencia en un mundo en el que la rapidez y lo instantáneo se constituyen en forma y fin de vida, en desmedro, en muchas ocasiones, de la seguridad jurídica y el análisis meditado de las distintas circunstancias que se presentan.

Es por ello que es cada vez más necesaria la formación amplia, consciente y global del Notario en los distintos aspectos del Derecho privado civil y mercantil como “médico” jurídico de familia capaz de orientar, cobijar, amalgamar las necesidades de la persona humana que en la búsqueda de lo inmediato se va quedando sola en los aspectos importantes y trascendentes de su vida. En muchas ocasiones somos un recurso que les permite volver a la fuente de lo importante

¹¹ Cfr. Sebastián Justo COSOLA, *Los deberes éticos notariales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.008, p. 302.

¹² *Ibidem*.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

por sobre lo urgente y todo ello sin menospreciar ni desaprovechar las herramientas tecnológicas que nos permiten brindar un servicio eficiente y de calidad¹³.

En Argentina, además, incluso la participación directa del Notario en el ámbito tributario como agente de recaudación impositiva puede visualizarse como una oportunidad del Estado de contar con un colaborador cualificado que le permite incorporar recursos genuinos e inmediatos para mejorar su función pública en pos de la persona humana a la que debe su actuación. Esta función, sumada a la que el notariado en su conjunto presta, en carácter también de colaborador del Estado a la lucha contra el lavado de activos provenientes del terrorismo, conforma en la actualidad un aspecto destacable y trascendente más en el que el notariado argentino desarrolla la función pública que se le ha encomendado en beneficio último del individuo.

Consecuentemente, en torno a todo lo antedicho, pensamos que en la actualidad, una descripción de la función notarial aplicada a la teoría de la personalidad humana es el camino a seguir en la mencionada contribución. Que describa los avances en el derecho patrio y en su aplicación práctica. Que refiera al desarrollo de una función tradicional y milenaria, adaptada a los cambios que el derecho proyecta en la norma, influenciado por la sociología, por la economía, por la psicología y por la antropología. Que demuestre en este tema la relevancia de la elaboración notarial del derecho documental en base al multiculturalismo que el derecho vigente proyecta y proclama. Sostener esta actuación notarial comprometida con el presente, es en definitiva, justificar la necesidad e importancia de nuestra función.

En el fin, queremos dejar plasmado en este espacio nuestro profundo y sincero agradecimiento a los colegas autores de los trabajos que en tiempo y forma hemos recibido como contribución para poder elaborar la presente ponencia nacional, respondiendo a la convocatoria que a nivel nacional efectura el *Consejo Federal del Notariado Argentino*. Ellos son coautores del presente trabajo que oportunamente se nos encomendara realizar. No puede existir un notariado firme y decisorio sin que entre sus miembros se destaque el deber ético de solidaridad y cooperación, aun en los tiempos actuales, propios del individualismo más

¹³ Señalan las escribanas Claudia L. Busacca y María Ivana Pacheco en el trabajo que con tanta amabilidad y buen hacer presentaron para colaborar en la elaboración de esta ponencia “En una sociedad con una necesidad vertiginosa de resolución rápida de los negocios, se impone con mayor relevancia nuestra intervención para que la celeridad y la mayor inclusión no impliquen resignar seguridad jurídica.” V. Claudia L.BUSACCA y María Ivana PACHECO, “*Impacto del nuevo paradigma de capacidad restringida en la actividad notarial argentina hacia una nueva concepción de la dignidad humana. Análisis de la interpretación judicial e incidencia notarial*”. Trabajo especial para esta convocatoria.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

exacerbado, en donde no sobreabundan actitudes nobles que permiten considerar la esperanza en el futuro, en manos de las generaciones venideras. Sin perjuicio de sostener que desde el espíritu o desde la aplicación práctica nos referiremos a los trabajos a lo largo de toda la ponencia, no queremos dejar de nombrarlos a todos y a cada uno en este espacio:

- BRAMATTI, Erika, “¿Cuál es el papel del notario en la gestión de las dificultades referentes a la modalidad creciente de las personas físicas (migración)?”.
- BUSACCA, Claudia L y PACHECO, María Ivana: “Impacto del nuevo paradigma de capacidad restringida en la actividad notarial argentina hacia una nueva concepción de la dignidad humana. Análisis de la interpretación judicial e incidencia notarial”.
- GOVER, Gloria A., “Las dificultades encontradas en el notario en sus relaciones con las personas físicas”.
- KATZ, Flora M: “”El adulto mayor en la sociedad y en el Derecho”
- LALANNE, Maria Luján A., “El notario y la persona física en el trabajo y la empresa”.
- LANZÓN, Patricia Adriana: “Directivas Anticipadas de las personas menores de edad”
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “El papel del notario en el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica”; “El papel del notario en la protección de las personas que pueden volverse vulnerables (en especial en la redacción)”.
- PACCIE, Rosanna A., “El papel del notario en la identificación de la persona física y su identificación formal” / El papel del notario en la búsqueda de la cohesión social y la protección de los derechos humanos”.
- RAJMIL, Romina Andrea, “El papel del notario en caso de enfermedad grave e irreversible”
- TALLONE, Lucia V., “¿Cuál es el papel del notario en las uniones de hecho y otras formas de unión entre personas físicas?”
- TORRES, Sandra Milagros, “¿Cuál es el papel del notario en la gestión de la sucesión? (¿presentación del testamento, validación del testamento, repartición de bienes, renuncia, aceptación?)”.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

II.

El notario en el inicio de la vida de la persona humana.

En la República Argentina el derecho privado unificado se encuentra regulado en el ya referido *Código Civil y Comercial de La Nación*, con entrada en vigencia el primer día del mes de Agosto del año dos mil quince. Es interesante advertir como en nuestro derecho el paradigma del constitucionalismo viene incidiendo, de manera persistente, en los últimos años y especialmente, en el tema que hoy ocupa nuestra atención. Prueba de ello es tanto la decisión de mantener al inicio, un *título preliminar* argumentativo de valores y principios¹⁴, como el cambio de denominación relevante en la teoría de la personalidad, que destaca como primer punto relevante del presente tratamiento un cambio de denominación: ya no se acuña la expresión “*persona física*” relacionada con la regla rígida de capacidad, determinante de la personalidad en el derecho decimonónico, sino que se adopta la voz “*persona humana*” mucho más relacionada con el cambio de estructura del derecho actual, comprensiva inclusive de todos los derechos personalísimos que la conforman estructuralmente¹⁵.

La intervención notarial no tiene en principio lugar en la concepción de la persona humana. Son reglas lógicas y matemáticas a las que el código recurre, para determinar el tiempo de la concepción y desde él, el cómputo de los plazos. En materia de filiación, la moderna legislación nacional la recepta y la divide en tres tipos:

- a) filiación por naturaleza,
- b) filiación por adopción y,
- c) filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Dentro de estas últimas, se establece que la voluntad procreacional debe ser expresa y protocolizada ante un notario, debiendo inscribirse la misma inmediatamente después de que la madre dé a luz al niño con vida. Esta obligación se extiende a las declaraciones que la/el/los progenitores realicen en el respectivo Registro Nacional de las Personas. Si el niño o niña nacido

¹⁴ Cfr. Ricardo Luis LORENZETTI, *Título preliminar*, en Ricardo Luis LORENZETTI (Dir.), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014, p. 25.

¹⁵ Como sostiene Elena Highton: “*El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código*”. Cfr. Elena I. HIGHTON, *Capacidad de los menores de edad*, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 199-200.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

fueron concebidos a partir del método de técnicas de reproducción, deben declarar ante el oficial público esa voluntad procreacional adjuntando, con otros documentos de rigor formal, el consentimiento prestado para someterse al tratamiento de reproducción humana asistida, declarando eventualmente cual fue la técnica aplicada.

Sobre esto, debemos aclarar que al igual que en la mayor parte de los países que profesan el derecho continental, en nuestro país la persona humana supedita la propia imputación de derechos y obligaciones al nacimiento con vida el que desde la propia legislación, ante la duda, se presume existente. En este marco, no se encuentra prevista legislativamente la actuación o intervención notarial al momento del nacimiento. Toda la cuestión de la viabilidad está reservada a los profesionales de la medicina, que son quienes se encuentran a cargo de las informaciones del referido nacimiento y de los sucesos que pueden con ellos acaecer tanto prevista como imprevistamente. Sin embargo, el Código Civil y Comercial en vigencia admite como única fuente obligatoria de argumentación jurídica a la Constitución de la Nación (Art. 1 CCCN), lo que permitiría comprender que cualquier actuación notarial podría eventualmente requerirse si la misma está de acuerdo con los derechos y garantías que ofrecen al momento de nacer, todos los tratados con jerarquía constitucional que la nación admite. Finalmente, hay que decir que, como ya hemos advertido, las inscripciones de los nacimientos se realizan en los denominados “Registro Nacional de las personas” con jurisdicción local (provincial).

Una mención especial merece en este apartado la determinación de la filiación extramatrimonial, la cual desde el principio general establecido en la norma vigente establece que la misma queda determinada, entre otros supuestos, por el reconocimiento. En este sentido, hay varias formas de reconocimiento, encontrándose prevista “la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido”. De acuerdo a los principios establecidos para todo el derecho continental, mientras que el documento público hace plena fe y tiene efectos ejecutivos, probatorios y conservatorios, los instrumentos privados para producir efectos deben ser homologados judicialmente. **El reconocimiento de la filiación es posible frente a notario**, y para que surta efecto frente a terceros ese documento tiene que ser inscripto en el Registro Civil. El propio acto de reconocimiento así efectuado produce efectos retroactivos al día de la concepción del hijo, siendo el mismo irrevocable sin necesidad de aceptación del reconocido, y aunque el mismo pueda ser impugnado por el hijo en cualquier



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

momento. También es posible el reconocimiento del hijo por nacer, supeditando los efectos del mismo al nacimiento del mismo con vida¹⁶.

II.1 El Notario y la identificación de la persona.

La identificación de la persona en la República Argentina la lleva a cabo el Registro Nacional de las Personas que es la autoridad que expide los documentos nacionales de identidad. A través de dichos documentos, se prueba y justifica la identidad.

El notario tiene, entre las tareas a su cargo, la función de justificar la identidad de los comparecientes a la escritura pública. Para ello, el Código Civil y Comercial recepta dos alternativas en su artículo 306: a) por identificación a través de documento idóneo o b) por conocimiento personal del notario.

En el Código Civil derogado, modificado en este aspecto por la Ley 26.140 del año 2006 que fue la que introdujo la identificación por documentos idóneos, se preveía además la posibilidad de justificar la identidad de la persona por declaración de dos testigos.¹⁷

Se consideran documentos idóneos el Documento Nacional de Identidad que se expide para todos los nacidos en Argentina y para todos los extranjeros legalmente radicados en el país. Para todos los extranjeros no residentes en el país, el documento idóneo será el pasaporte vigente.

Resulta interesante advertir cómo el ordenamiento jurídico prevé en la actuación del notario, a diferencia de en la de otros funcionarios públicos, la cercanía directa de éste con sus requirentes al considerar la hipótesis del conocimiento personal como forma de identificación de la persona humana. Es más, parece tan inherente a la función notarial la fe de conocimiento de sus requirentes que dicha cercanía no sólo tiene consecuencias en la relación directa con el operador jurídico sino que, a través de la fe pública que le es propia, se derrama en todo documento autorizado por él incluso con oponibilidad *erga omnes* y sin que ello cuestione su necesaria imparcialidad. Es notable este criterio común que se repite con distintos alcances en

¹⁶ De los principios generales esgrimidos en la ley se infiere que toda actuación relacionada con el reconocimiento de la paternidad –inclusive, con supuestos especiales de impugnación- puede también documentarse en un instrumento público notarial, debiendo en cada caso el notario asumir los deberes propios de información a las autoridades y/o registros respectivos de acuerdo a la naturaleza del acto instrumentado.

¹⁷ Agradecemos especialmente la aportación de la Escribana Rosanna A. Paccie de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, en el comentario a este tema



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

muchos de los sistemas jurídicos propios del notariado latino, más allá que, ante el crecimiento de las grandes urbes, ha sido menester suavizar su incidencia.

Lo anterior no es más que uno de los tantos recursos con los que cuenta el notariado a fin de brindar seguridad jurídica en el ejercicio de los derechos de los individuos y en nada disminuye ni matiza su importante actuación a la hora de ponderar, además, el discernimiento de los intervinientes en el otorgamiento de los actos o negocios jurídicos, como nos referiremos más adelante.

II.2. El notario y la “internacionalización” de la personalidad humana.

Debido a la Constitucionalización del derecho privado argentino de forma indirecta, a partir del año mil novecientos noventa y cuatro con la reforma constitucional, y de manera directa y contundente a partir de la sanción del actual Código Civil y Comercial de La Nación en vigencia, hechos relevantes precedidos por más de un centenar de leyes y sentencias de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación* que orientan el ejercicio del derecho en ese sentido¹⁸, la intervención notarial en materia de asesoramiento de cuestiones de derecho internacional privado fue siempre destacable¹⁹. Sin embargo, en la actualidad, el mencionado cuerpo codificado contiene una serie de normas positivas de derecho internacional que los juristas argentinos deben cumplir²⁰. Esto implica no solo la preparación y el conocimiento de las leyes internacionales con impacto en nuestro país, sino además la adopción de ciertos y determinados principios de ejercicio relacionados con los denominados principios generales del derecho, especialmente teniendo en cuenta la regulación que en materia de personalidad humana, propone el código²¹. En efecto, son más frecuentes que esporádicos, aquellos casos en donde las personas humanas diversifican los patrimonios en varios países, o en materia de derecho de familia los viajes de niñas niños y adolescentes al exterior solos o con un solo progenitor, entre tantos otros casos, que obligan al notario a tener una participación verdaderamente activa en este tema. Ya

¹⁸ Cfr. Pablo L.MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Astrea, Buenos Aires, 2.017, p. 384.

¹⁹ Cfr. Ricardo J. SAUCEDO, *Régimen del notariado en el Mercosur. Derecho internacional privado notarial*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1.998, p. 21.

²⁰ Arts. 2594 a 2671.

²¹ Arts. 2613 a 2620, relacionados con el *domicilio y la residencia, los menores de edad, la capacidad, las personas con capacidades limitadas, el nombre, la ausencia con presunción de fallecimiento y las cuestiones generales de derecho aplicable.*



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

no es únicamente el deber de asesoramiento el que se encuentra implicado²², sino además la redacción de los documentos especiales que tendrán efectos en otros países, o la recepción e interpretación de documentos internacionales que reúnan todos los requisitos formales y materiales que se exigen en el país de destino. Desde nuestra perspectiva además, cobra en este tema, quizás como en ningún otro, la posibilidad de argumentación notarial del derecho. A modo de ejemplo, puede citarse la normativa actual que establece que las disposiciones de derecho extranjero deben ser excluidas cuando de las mismas se infiera una solución incompatible con los principios fundamentales que rigen e inspiran al ordenamiento jurídico argentino (Art. 2600 CCCN).

II.3 El notario, los atributos de la persona y los derechos personalísimos de la teoría de la personalidad²³.

Los derechos reales y personales que de manera constante y creciente se proyectan en la vida de relación, están destinados a convivir en el mundo jurídico tanto de forma *regular* como de manera *irregular*. Esta es una verdad indiscutible del derecho, por cuanto los mismos encuentran un fundamento inicial en la potenciación que cada hombre, cada mujer y cada niño pueden realizar de cualquiera de los *atributos de la personalidad*. Los *atributos*, a través del innegable desarrollo de la teoría de la *personalidad humana*, le son al hombre tanto inherentes como correspondientes²⁴.

Al mismo tiempo, la constante y persistente evolución del desarrollo de los denominados *derechos personalísimos*, viene a demostrar que desde el derecho privado, el progreso en el reconocimiento de los derechos de las personas humanas se muestra cada vez más amplio, más profundo pero también, más dificultoso²⁵. Es así que los diversos estudios

²² Cfr. José V. SAN MARTÍN, *Responsabilidad notarial por asesoramiento*, Talleres Gráficos Fanetti, Buenos Aires, 1.972, p. 25.

²³ Cfr. Sebastian Justo COSOLA, *Los efectos de la publicidad en el documento notarial*, Tesis Doctoral, Repositorio Institucional de la Facultad de Derecho, Universidad Austral, 23/2017.

²⁴ Cfr. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho y Persona*, Astrea, Buenos Aires, 2.015, p. 3 y ss.

²⁵ La lectura de la evolución del derecho civil en esta materia es tan importante como evidente. Un maestro como Jorge Joaquín Llambías brinda un perfecto panorama de los atributos de la persona, pero resta importancia al desarrollo de los derechos personalísimos, a los que considera *derechos subjetivos*. Otro maestro, Guillermo Borda, ofrece un tratamiento de los derechos personalísimos como parte relevante de los atributos de la personalidad, a los que denomina *derechos de la personalidad*. En la actualidad, uno de los desarrollos más acabados de los derechos personalísimos –inclusive con mayor énfasis que los propios atributos de la personalidad–, se encuentra en la obra de Julio Cesar Rivera. Cfr. Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Actualización a cargo de Patricio Raffo Benegas, tº I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.991, p. 275 y ss; Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho*



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

presentados acerca de la *personalidad* en general siempre han expuesto problemas de las más variadas naturalezas. La evolución del hombre que pretende con cada paso mejorar su condición de vida contando sólo con las herramientas que la desdicha o la fortuna le han brindado para poder proveerse, vuelve confusa la determinación equilibrada del ejercicio de los derechos contractuales, teniendo en cuenta la importancia de ciertos desarrollos puntuales actuales, como refiere en su aporte Maria Lalanne, relacionados al derecho del consumo²⁶. Referirse al sujeto y a la personalidad en todos los ámbitos, no solamente el contractual, importa asumir lo más entrañable, lo más sentido, y lo más profundo del derecho²⁷.

Sobre esto, debe tenerse en cuenta, que si bien es una obligación indelegable del Estado el velar por que tanto los atributos como los derechos de la personalidad sean alcanzados por las personas humanas sin mayores dificultades, lo cierto es que en la realidad algunos de ellos se alcanzan y se cumplen con mayor facilidad que otros. Esta cuestión excede inclusive los límites y las fronteras propias del derecho: razones inherentes a la política, a la economía y a la sociología inciden notablemente para que esta realidad no sólo sea así, sino que además no pueda nunca llegar a alcanzar un cierto y determinado equilibrio de manera definitiva. En suma, son cuestiones que en países como el nuestro - y en ocasiones cada vez más frecuentes- se vuelven extremadamente complejas, cuando los derechos esenciales para el desarrollo del hombre se encuentran totalmente alejados de la posibilidad real y del alcance de cada miembro y de cada familia componentes del núcleo social.

En efecto, los **atributos de la personalidad humana**, innatos, necesarios, vitalicios, inalienables e imprescriptibles en nuestro país son:

a) el nombre (conformado por el prenombre y el apellido), como derecho y deber de utilización por la persona humana (Art. 62 CCCN);

b) el domicilio, que como principio es el lugar de residencia (Art. 73), existiendo además otros tipos de domicilio, como el legal (presunción de residencia), el especial (el elegido por las partes en un contrato), y el ignorado (cuando el domicilio de una persona no es conocido, el mismo es donde ella se encuentra).

Civil-Parte General, Actualización a cargo de Guillermo J. Borda, tº I, La Ley, Buenos Aires, 2.008, p. 301 y ss, y Julio C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, tº I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.010, p. 681 y ss.

²⁶ V. Diego H. ZENTNER, *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2.016, y José H. SAHIÁN, *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 2.017.

²⁷ Cfr. Santos CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 2.008, p. XIII.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

c) el estado civil, relativo a la posición que una persona tiene en su familia, determinable tanto por el matrimonio, como por la unión convivencial, las relaciones parentales, el parentesco adoptivo, el parentesco por afinidad y el parentesco por voluntad procreacional;

d) la capacidad, que por su importancia será tratada en un ítem especial dentro de este trabajo, y

e) aunque algunos autores no lo consideren como tal, es recomendable seguir considerando al patrimonio como el quinto atributo, comprensivo del conjunto de bienes de una persona. El patrimonio con función de garantía se conforma con los bienes que están afectados al cumplimiento de las obligaciones (Arts. 242 y 743 del CCCN). El notario puede colaborar en la planificación patrimonial actual o sucesoria de la persona humana y se encuentra especialmente cualificado al efecto por cuanto su formación en Derecho privado, comercial y empresarial, familiar, registral, sucesorio y tributario (el notario argentino es agente de recaudación, que comprende las tareas de retención, percepción e información tributaria) lo posiciona en un lugar de privilegio a la hora de entender y dar respuesta a las inquietudes de los requirentes. En este sentido, el notario argentino cuenta con importantes herramientas al momento de sugerir y ofrecer diferentes opciones para la transmisión, defensa y protección del patrimonio de la persona humana. Respecto de bienes inmuebles, la escritura pública es en el aspecto formal, título necesario para la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales. También es requisito la escritura pública para la cesión de derechos hereditarios, cesión de derechos litigiosos y en general todos los actos que resulten accesorios de contratos otorgados en escritura pública. Respecto de algunos contratos como las donaciones de bienes registrables, la forma de escritura pública es requisito solemne.

Por su parte, **la teoría de los derechos personalísimos** cobró vital importancia en los últimos veinte años, a partir de su consideración tanto en leyes especiales como en fallos trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, siempre teniendo en cuenta la repercusión que en nuestro medio tuvo la tesis doctoral de Santos Cifuentes presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año..... A esta circunstancia se suma la normativización que en este tiempo tienen los derechos en estudio, con tipificación expresa en el cuerpo del Código Civil y Comercial en vigencia. El principio básico se encuentra establecido en la norma que establece que la persona humana es inviolable y en cualquier



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

momento tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (Art. 51 CCCN)²⁸. De allí se desprenden los derechos sobre la personalidad física, aquellos que se establecen sobre la personalidad espiritual, un reconocimiento esencial al derecho a la vida y en especial, a los modos en que cada ser humano escoge vivir, desde lo cual cobra absoluta relevancia en sede notarial las denominadas directivas anticipadas, tema que en nuestro país cuenta con abundante y variada bibliografía, y al que daremos tratamiento en el apartado siguiente.

III.

El notario y la capacidad. Principios generales y aplicación notarial del principio.

Directivas anticipadas.

Las reglas generales de capacidad que han asimilado las codificaciones iberoamericanas a través de los tiempos han causado notables cambios de interpretación motivados esencialmente por la innegable influencia que proyecta sobre las mismas la continua ratificación de tratados, declaraciones y principios internacionales, especialmente aquellos que tienen jerarquía constitucional. Para la República Argentina, el cumplimiento de los tratados suscriptos con los países de donde resulta la cooperación común, resulta ser absolutamente exigible y de innegable importancia, ya sea por la incorporación constitucional de los tratados con jerarquía de derechos humanos en 1.994, ya sea por la afirmación de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en vigencia desde 1.980.

En esta orientación, asumimos que el estudio del *derecho internacional privado* siempre fue relevante en nuestra tierra: específicamente en el tema que hoy ocupa nuestra atención, es la tesis doctoral de la Dra. Margarita Argúas, primera mujer en integrar la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, la que establece la importancia de esta disciplina, entre otros casos “cuando se refiere a la capacidad o incapacidad de las personas cuando trae como consecuencia la nulidad de los actos²⁹”. Por los tiempos actuales además, la materia ha pasado a ser absolutamente relevante y consustancial en el ejercicio práctico del derecho notarial, precisamente porque ya no es únicamente la doctrina internacional sino la propia ley la que recepta su contenido; el Código Civil y Comercial de La Nación vigente en nuestro país dedica todo el título IV para proyectar ciertos principios que la Nación admite como indispensables

²⁸ Cfr. Julio César RIVERA y Luis Daniel CROVI, *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2.016, p. 365.

²⁹ Cfr. Margarita ARGÚAS, *La regla “Locus Regim Actus”*, Revista “Lecciones y Ensayos” n° 31, Fac. de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1.966, p. 34 (TD).



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

para el desarrollo social (Arts. 2594 a 2671), estando presentes los relativos a la cuestión de la capacidad (Arts. 2616 y 2617), lo que permite pensar no solo en su relevancia, sino en su posicionamiento en el derecho argentino³⁰. Muy a pesar de la codificación interna del Derecho Internacional Privado en el cuerpo del CCCN, es bueno dejar en claro que otra gran parte de temas propios de la disciplina siguen estando regulados en leyes especiales y complementarias que también se encuentran vigentes en nuestro país³¹, y, dentro de estas consideraciones, la importancia de las *Conferencias interamericanas especializadas en Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P)*, antecedente de logro de codificación del Derecho internacional privado, muchas de las cuales nuestro país ha ratificado, vinculándose así con otros países firmantes³². En definitiva, la aplicación del derecho en referencia deviene obligatoria, ya que hoy, más que en ningún momento de nuestra historia, desconocer el mismo hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

A todo esto, el actual y repotenciado desarrollo de las temáticas de derechos humanos relacionadas con la protección del desenvolvimiento del hombre en libertad, influye aún mucho más para que los países realicen esfuerzos en sus legislaciones internas con el fin de conformar un bloque común de reconocimiento de derechos supranacionales. En la necesaria búsqueda de la normativización de las costumbres y específicamente en el tema de la capacidad, se justifica el ejercicio habitual del oficio notarial a partir de los intentos por brindar un marco legal protectorio dirigido a resguardar los intereses de aquellas personas que son las que precisamente, con capacidades limitadas, diferentes o restringidas, pretenden reunir sus voluntades en el derecho patrimonial, asumiendo la sujeción de las mismas a los principios elementales tanto de la personalidad como de la buena fe.

Posicionados en los avances que el derecho proyecta en la actualidad, el primer principio emergente del propio CCCN en materia de capacidad establece, en sintonía con la teoría de la personalidad, que la capacidad de la persona humana es plena -con algunas pocas excepciones previstas en la ley- para que la misma sea titular de derechos y deberes jurídicos (Art. 22), presumiéndose aun cuando la propia persona se encuentre *internada en un establecimiento asistencial* (Art. 31). Este principio rector se encuentra en sintonía con los principios sostenidos en el mismo cuerpo legal considerando el impacto de la capacidad de las personas para el derecho internacional privado, perfilándose como un *marco contenedor genérico* que no

³⁰ Cfr. Liliana E. RAPALLINI, *Temática de derecho internacional privado*, Lex, La Plata, 2.017, p. 26.

³¹ Cfr. Luciana B. SCOTTI, *Manual de derecho internacional privado*, La Ley, Buenos Aires, 2.018, p. 84.

³² Liliana E. RAPALLINI, *Temática de derecho internacional privado*, p. 23.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

diferencia las diferentes capacidades³³. En definitiva, estos primeros principios establecen la necesaria correlación de lo captado por la norma, en respeto a las convenciones y tratados en que la nación es parte, intentando fortalecer y hacer prevalecer, bajo toda circunstancia, la dignidad e igualdad de la persona humana que se encuentra en estado de vulnerabilidad, acrecentando su aptitud de actuar³⁴.

III.1 La capacidad y la noción del concepto de persona humana.

Si se considera a la capacidad como el principal atributo de la persona, puede sostenerse que la misma es definible desde la misma teoría de la personalidad. Más que ello: la referencia a la capacidad en la actualidad no es otra cosa que una referencia a la justicia³⁵ ya que la misma no define a la personalidad, sino que esta, define a la capacidad³⁶. Mientras que en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield la personalidad se desprendía de la capacidad, determinando que el ser humano es una persona cuando no presenta, desde su concepción, distinción de cualidades (se es persona por tener capacidad), para el CCCN todo ser humano es persona, sin tener en cuenta para nada las cualidades y accidentes a que se refería la legislación anterior. Se revaloriza entonces, el concepto de persona en la legislación actual, por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el Estado, sino que la misma le viene al mismo, entre otros caracteres interesantes, por su dignidad³⁷. Este reconocimiento por parte de destacada doctrina, se refuerza con la doctrina que emana de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, de donde se deducen innumerables fallos de trascendencia y valoración³⁸. Y la misma es analizada desde diversas perspectivas, que son necesarias destacar a los efectos de encuadrar los conceptos más allá del análisis del propio atributo de la personalidad. En efecto, la regla de la capacidad se orienta en nuestro país mucho más allá de la consideración general: la misma es proyectada desde el

³³ Rapallini, *Temática de derecho internacional privado*, p. 186.

³⁴ María Cristina PLOVANICH, *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias*, tº 1A Alberto BUERES (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2.016, p. 311.

³⁵ Cfr. Guillermo F. PEYRANO y Jorge N. LAFFERRIERE, *Restricciones a la capacidad civil*, El Derecho, Buenos Aires, 2.016, p. 13.

³⁶ V. Elena HIGHTON, "Capacidad de los menores de edad", en *Personas Humanas*, RDPC 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 199

³⁷ Jorge N. LAFFERRIERE, "La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales", en Gabriel LIMODIO (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2.016, p. 220.

³⁸ V. Carolina CALIVA y Melany ESSES, "La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia", en *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial*, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Dir.), La Ley, Buenos Aires, 2017, p.39.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

derecho de las niñas, niños y adolescentes con una contundencia notable y perspicaz³⁹, y también desde el denominado *derecho de la vejez*, considerado como un proceso que comienza con el nacimiento y finaliza con la muerte⁴⁰, donde claramente se hace necesario un sistema de fraternidad que posibilite la concreción de la solidaridad⁴¹.

Corresponde evaluar a las concepciones tradicionales sobre la persona física o de existencia visible en relación con las modernas tendencias que se sustentan claramente, en una posición diferente. La única diferencia clave para entender el paradigma –alejados del análisis de la cuestión terminológica- radica en comprender que ya no puede existir, sobre la personalidad humana, una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración de la voluntad y la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se le es permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

III.2 Creación notarial del derecho y aplicación de los valores constitucionales.

Las primeras teorías por nosotros esbozadas en el inicio del estudio del derecho notarial son las que sirvieron para dar fuerza al desarrollo de la disciplina y especialmente, del documento notarial como hoy lo conocemos: en el impulso de la ciencia (*cientiae*) y con un amplio desarrollo en la técnica (*tecné*). Por ello las estudiamos oportunamente, y por ello hoy las celebramos. Pero si tan solo esas teorías fueran lo suficientemente fuertes en la actualidad como para acompañar la evolución del derecho proyectada en nuestro país, con la instauración y puesta en vigencia del CCCN que normativamente constitucionaliza el derecho privado actual, este humilde aporte no tendría razón suficiente ni para ser ni para nacer. La determinación negocial del derecho exhibida a través del producto que cumple con las expectativas sugeridas en las letras de los códigos (el documento elaborado) no puede hoy prevalecer si desde su contenido, se proyecta una injusticia.

De acuerdo a lo antedicho, en la actualidad, la prevalencia de lo científico sobre lo artístico en sede notarial –y desde cualquiera de las teorías aludidas, sea una de ellas o varias de ellas en forma de complemento- no puede de ninguna manera sostenerse sino responde a una clara cuestión esencial de forma prescripta. Cuando la forma jurídica se impone como misión a tener en cuenta por el jurista notario para el nacimiento, la consolidación, la transmisión o la

³⁹ V. Mauricio L. MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2.015, 879 p.

⁴⁰ V. María I. DABOVE, *Derecho de la vejez*, Astrea, Buenos Aires, 2.018, p. 5.

⁴¹ Cfr. María I. DABOVE CARAMUTO, *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2.005, p. 30 (TD).



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

constitución de un derecho – de cualquier naturaleza-, no puede esta sobrevalorarse y mucho menos evitarse. La forma impuesta tiene que ver con el valor seguridad, la misma que engendrada en el seno de la escribanía presupone, sin lugar a dudas, a los valores de verdad (fe) y de justicia (voluntad), tres valores que, consolidados, determinan y afirman la paz.

Fuera de la forma impuesta, el notario es quien debe crear el derecho con todas las fuentes que tiene a su alcance⁴². Inclusive puede contribuir con lo justo cumpliendo con las formas, pero introduciendo en ellas manifestaciones que hacen a lo justo de cada uno, de cada caso en particular, cumpliendo con la máxima de Ulpiano que ordena al derecho ser *Ars boni et aequi* [(el derecho como) arte de lo bueno y de lo equitativo]. Pero siempre resguardando la forma impuesta y nunca en contra de la misma, porque precisamente esa es la garantía de la seguridad jurídica notarial.

Cumplir con el derecho formal era tarea relativamente sencilla con un código decimonónico, rígido en sus apreciaciones, defensor del orden público por sobre la voluntad individual o colectiva, limitado en teoría de la argumentación y alcanzado por la teoría de interpretación estricta que, en todo caso, ordena estudiar qué quiso decir la ley o el legislador en vez de analizar que necesita el hombre o la mujer para que el derecho cumpla con su cometido. En un código de esas centenarias características, el fundamento de la obligatoriedad de la ley es una necesidad que impone la seguridad jurídica de manera uniforme y general, aun ante quienes por ignorancia puedan desconocerla. La ley en sentido material entonces, como regla social obligatoria establecida por la autoridad pública, se aplica sin dudas y a través de criterios como el gramatical o el lógico, y únicamente cuando la misma, adecuadamente interpretada en sus palabras y en su espíritu no ofrece solución para el caso concreto, cabe la libre interpretación

⁴² Dice el artículo 301 del CCCN: “Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procedimiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera”. En este momento, las cualidades notariales deben aplicarse para definitivamente, “crear” el derecho documental.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

científica que dirige a la elucidación analógica, los principios del derecho, entre otras fuentes reconocidas en la antigua legislación⁴³.

Por todo lo antedicho, en la actualidad, este método de concreción del derecho no puede imponerse. Se sostenía sí, con la legislación anterior y con ciertos paradigmas pasados que hemos aprendido de los grandes maestros del derecho civil, que nos terminaron por confirmar que el sistema que hoy se denomina teoría de la personalidad humana, salvo en escasas excepciones, era rígido al que había que sujetarse en razón del control, de la protección y en nuestro caso, de la seguridad jurídica⁴⁴.

La consideración de la persona humana + sistema flexible de capacidad= concreción del juicio de capacidad notarial en las primeras audiencias. Es así que pude afirmarse lo siguiente:

a) La capacidad de ejercicio en la persona humana se presume aun cuando la misma se encuentre en un establecimiento asistencial;

⁴³ En este panorama, la regla rígida de capacidad en sede notarial siempre fue de sencilla aplicación y concreción. Asumíamos entonces quienes eran los capaces, quienes los incapaces; sabíamos de clasificaciones -de hecho, de derecho, lo absoluto y lo relativo en la incapacidad de hecho pero no en la de derecho-, entre otras cosas relevantes. La regla era sencilla, casi matemática. No hay lugar a dudas en la interpretación de un sistema rígido que valora al género humano por su condición negocial y no por su capacidad de esgrimir y afirmar la voluntad y la libertad. En definitiva, la teoría de las personas físicas o de existencia visible se ubicaba dentro de lo que antes he denominado forma prescripta. Un sistema rígido que hay que cumplir por cuanto la forma impuesta protege al acto, y lo que es más relevante: le brinda, por el solo hecho de su ejecución formal, tanto la validez como la vigencia.

⁴⁴ Tengamos presente que la doctrina en general ha venido advirtiendo el cambio de paradigma del derecho privado. De esta manera, y mucho antes de tener noticias de la creación de la comisión de elaboración del entonces anteproyecto de CCCN, el maestro santafesino Jorge Mosset Iturraspe comenzaba por generar la inquietud por conocer un nuevo derecho privado proyectado desde la carta magna. Se despojaba Mosset en esa obra de la cuestión de la dicotomía – no permitir que la esfera de lo público llegue a lo privado y viceversa-, aferrándose al concepto de paradigma, entendiendo al mismo como una tutela del derecho público en relación a los derechos fundamentales de los hombres que se irradian de/hacia el derecho privado. Fuera del país, los aportes de civilistas notables como el ya mencionado Carlos Fernández Sessarego, incluso desde posiciones iusfilosóficas asumidas, no dejan espacios para duda en estos temas tan trascendentes. Sessarego hablaba de estos temas mucho antes que fueran siquiera tenidos en cuenta por la jurisprudencia dominante. Forjada la inquietud, en la actualidad, autores como Horacio Rosatti no dudan en proyectar el nuevo ordenamiento jurídico privado en/ desde el derecho constitucional. Ya no debe preguntarse el jurista entonces acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, que es una realidad innegable, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado, recepta o no recepta los principios constitucionales, o en palabras del autor, el espíritu y el texto de la Constitución. En los tiempos que corren, las modernas doctrinas abocadas al logro de la obtención de reconocimientos de derechos, de garantías y de libertades en general, son explicadas a través del neoconstitucionalismo, que en la precisa explicación de Enrique Del Carril viene a revalorizar la trascendencia de la Carta Magna; la misma deja entonces de ser una mera referencia normativa, para erigirse como “*un baremo de toda actuación que quiera considerarse conforme a derecho*”.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

b) Las limitaciones son únicamente de carácter excepcional, y la intervención estatal siempre tendrá carácter interdisciplinario;

c) Ante un caso absolutamente excepcional, deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y de las libertades.

En el ejercicio del derecho positivo vigente, el notario no puede ni debe separar la persona de la capacidad; y por esa razón poco importa que el juicio de capacidad esté o no este referido en las leyes de ejercicio, porque al documentar un hecho o un derecho por voluntad de quien lo requiera, la tesis de la personalidad incluye en las primeras audiencias, la aceptación expresa o tácita que el opus notarial puede ser llevado adelante a través de la consolidación de los atributos en la persona requirente.

El notario debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva. En este sentido, si la capacidad se supone en todos los casos, hasta en los casos extremos que tanto a nosotros nos han preocupado durante todo el tiempo de vigencia del Código Civil, y ante ciertos casos puntuales y de excepción el nuevo ordenamiento autoriza la consolidación de apoyos, no sustituyendo la voluntad, sino todo lo contrario, para complementarla y para consolidarla en un hecho o un acto determinado previsto en el CCCN o en una ley especial, alejarse de ella invocando cuestiones técnicas o de ejercicio meramente formal parece no ser prudente.

La cuestión de la capacidad en sede notarial se vuelve especial y absolutamente relevante, sin ningún temor de ejercicio técnico, ni mucho menos de manifestación documental del mismo, por cuanto sigue siendo, como siempre lo fue, un análisis notarial que se enrola, tanto en la actividad notarial protectora de la legalidad y hoy más que en ningún otro momento, también protector de la voluntad y en tutela de la buena fe que el CCCN exige en muchos de los casos especialmente previstos como norma, y que asume como principio especial en el título preliminar (art. 9)⁴⁵.

⁴⁵ En resumen, debe tenerse en cuenta especialmente en este sentido, las conclusiones que se fueron dando en orden, de al menos las siguientes tres reuniones relevantes: a) La 41° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2015); b) Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015); c) Las XXXIX Jornadas Notariales Bonaerenses (2015). De las mismas se desprende que: a) La actuación notarial no se ve modificada por la normativa del CCCN; b) La exigencia de control de certificados específicos expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no es obligatoria; c) Tanto la declaración de incapacidad como las



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

Ese sistema rígido de conceptos relacionados con la persona física –hoy humana-, y sus capacidades limitadas mediante ley ha mutado absolutamente. El nuevo sistema exige al jurista una adecuación a la realidad y consecuentemente, a la verdad de lo que acontece de acuerdo al derecho.

III.3 El Notario, la incapacidad, la restricción a la capacidad y la discapacidad.

Derecho de autoprotección.

Cierta doctrina especializada en nuestro país afirma lo siguiente: *“En nuestro país el notariado ha desempeñado un rol trascendente en la elaboración de herramientas jurídico notariales para la protección de los derechos de las personas que pueden encontrarse, en el futuro, en situación de vulnerabilidad. Especialmente en el desarrollo de aquellas que garantizan, de manera preventiva, el sostenimiento de la dignidad y el respeto a la voluntad del ser humano más allá de sus circunstancias. El notario cumple una función social fundamental al promover y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas. Tanto desde la escucha del ser humano, la interpretación de su voluntad y el asesoramiento adecuado, como en la elaboración de los documentos idóneos para cada caso particular, en los que se expresa la auténtica voluntad del otorgante, con discernimiento, intención y libertad”*⁴⁶

El Derecho de Autoprotección, así designado a instancias del Notario y Registrador español, Juan José Rivas Martínez en las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas de Veracruz (México), en el año 1998, fue inicialmente estudiado en nuestro país en el seno notarial como sugerencia del ya fallecido escribano Eduardo Bautista Pondé, quien encargó su estudio a los notarios Nelly Alicia Taiana y Luis Rogelio Llorens en el año 1995.

A partir de ese momento, el notariado argentino inició un importante trabajo de la mano de prestigiosos profesionales que se sumaron a la iniciativa, como la Escribana Alicia Rajmil

restricciones a la capacidad tienen una finalidad tuitiva y no se dirigen a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sino a complementarlos; d) La designación de los apoyos por parte del juez únicamente tienen función de asistencia y no reemplazan la voluntad del interesado, porque la capacidad jurídica se presume y toda restricción constituye una excepción; e) La declaración de incapacidad queda absolutamente reservada para los casos de excepción; únicamente en estos casos el juez puede nombrar un curador con facultades de representación, pero siempre con la obligación de revisar la sentencia por tiempo determinado; f) La exigencia de inscripción de la sentencia es adecuada, pero se necesita estructurar un sistema de registros públicos acorde con las exigencias de la seguridad jurídica.

Llorens, Luis R., y Rajmil, Alicia B, escribanos del Partido de Morón, Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, respectivamente, en aportación especial para la elaboración de esta ponencia



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

quien es hoy, junto con el Escribano Llorens, referente en la materia, sin dejar de tener en cuenta que hace más de veinte años, el libro del referido Luis Llorens con la escribana Nelly Taiana de Brandi, relativo a las *disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad* constituye un valiente aporte de jerarquía en los tiempos en donde la regla rígida de la capacidad se encontraba no solo sustentada desde los otrora preceptos legales, sino además desde los plenarios jurisprudenciales⁴⁷.

El notariado desarrolló las primeras herramientas que dieron cabida a las legítimas preocupaciones de quienes, aun siendo plenamente capaces y contando con discernimiento adecuado, tenían la inquietud de otorgar disposiciones y estipulaciones en previsión de su futura eventual incapacidad o restricción a la capacidad que es la terminología finalmente adoptada por el Código Civil y Comercial. Todo ello en consonancia con las soluciones que en el Derecho comparado, también de la mano del notariado, se ofrecían ante inquietudes similares.

Aún sin normativa específica, con base en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales vinculantes para nuestro país, las denominadas “directivas anticipadas” comenzaron a otorgarse en las notarías en respuesta a la necesidad cierta de las personas humanas requirentes.

Como señalan los notarios Rajmil y Llorens, *“Quizás, la parte de esta rama más conocida en nuestro país es la vinculada con las disposiciones de salud, a las que se conoce generalmente como “directivas anticipadas”; aunque cabe destacar que cualquiera sea el contenido, siempre se trata de “directivas anticipadas” a la eventual pérdida del propio discernimiento. De acuerdo a la práctica notarial desarrollada en Argentina, todo acto de autoprotección puede contener directivas anticipadas que no sólo abarcan previsiones sobre la propia salud sino también una amplia gama de derechos personalísimos que integran hoy el ámbito de los derechos humanos.”*⁴⁸ (el remarcado es nuestro).

En la actualidad, esta problemática se encuentra regulada en diversas normas de distinta jerarquía y ha sido especialmente receptada en el Código Civil y Comercial en el que **se admite expresamente el otorgamiento de directivas médicas anticipadas y la designación del propio curador, así como del curador o apoyos para los hijos incapaces o con capacidad restringida.**

⁴⁷ Cfr. Luis Rogelio LLORENS y Nelly A. TAIANA de BRANDI, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1.996, 120 pág.

⁴⁸ Llorens, Luis R y Rajmil, Alicia B. Ob. cit



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

En efecto, el Código Civil y Comercial ha intentado incorporar en su letra los nuevos paradigmas contenidos en los tratados y convenciones internacionales modificando el criterio clásico de capacidad vs. incapacidad, estableciendo la capacidad como regla y admitiendo su restricción mediante la actuación judicial, siempre como medida de protección de la persona humana y mediante un sistema de **apoyos** que tiene la función primordial de asistir y acompañar sin sustituir a la persona, sin perjuicio de las disposiciones específicas que en cada caso establezca la sentencia.

No obstante, ha mantenido, aunque para situaciones muy específicas y extremas, el concepto de **incapacidad** sin asimilar completamente el criterio expuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para el exclusivo caso en que *“la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz”*.

Asimismo, convive en el código el concepto de **discapacidad** como un supuesto diferente al de capacidad o restricción a la incapacidad, en el que no se requiere actuación judicial que la declare. Este concepto tiene especial trascendencia en el ámbito sucesorio ya que permite instrumentar una mejora a favor de los descendientes o ascendientes que padezcan *“una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”* y dicha mejora puede recaer sobre un tercio de las porciones legítimas además de la porción disponible.

Esta incorporación en el Código Civil y Comercial resulta especialmente trascendente en nuestro Derecho teniendo en cuenta que tradicionalmente en el sistema argentino, la legítima hereditaria ha sido un instituto muy fuerte y amplio que en el caso de los descendientes alcanzaba cuatro quintas partes de la herencia y en el que la mejora recaía exclusivamente sobre la porción disponible. El Código Civil y Comercial redujo la porción legítima de los descendientes a dos tercios de la herencia y con la mejora al heredero con discapacidad, introdujo un supuesto en el que ésta puede afectar la porción legítima con base en el criterio subjetivo del testador que no requiere apreciación judicial.

Respecto de las Directivas Anticipadas de Salud, éstas pueden ser otorgadas en escritura pública aunque también en instrumento privado con firmas certificadas por notario o ante un juez de primera instancia competente. La asistencia y asesoramiento del Notario en estos



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

aspectos es fundamental no solo por su intervención en cuanto a la forma, sino para la elaboración del contenido del documento de manera tal de encauzar la voluntad y necesidades del requirente.

Téngase presente que nuestro ordenamiento jurídico, si bien no admite la eutanasia expresamente, prevé en la Ley del Paciente y su decreto reglamentario, así como en el artículo 59 del Código Civil y Comercial, que *“en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, -la persona humana tiene- el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”* estableciendo además que *“si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente”*

De lo expuesto surge evidente la necesidad de contar con el debido asesoramiento que permita a la persona disponente evaluar las distintas posibilidades que tiene para decidir por sí misma cómo quiere vivir su eventual falta o disminución de capacidad si no pudiera decidir por sí misma.

Por el momento, el notariado es quien brinda en el país esta clase de asesoramiento desde el punto de vista jurídico, casi en exclusiva.

III.4 Los institutos jurídicos al servicio de las necesidades de los más vulnerables.

Además de las directivas anticipadas de salud expresamente contempladas en el Código Civil y Comercial, el notariado argentino ha desarrollado en su quehacer diario el Derecho de Autoprotección y las herramientas necesarias para su efectivo ejercicio, en distintos aspectos.

Como señalan los escribanos Llorens y Rajmil, las directivas anticipadas pueden abarcar más aspectos que los estrictamente sanitarios y contener incluso disposiciones de orden patrimonial que aseguren el “bien-vivir” de los disponentes. Estos aspectos son fundamentalmente abordados por los notarios en su directa relación con la persona humana y sus necesidades, dando nacimiento a documentos particulares y a la medida de cada requirente.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial es aún más amplio que las previsiones contenidas en el Código y en las leyes especiales. Así pasa por ejemplo con el **Poder Preventivo**⁴⁹ entendido como aquél que puede subsistir a la pérdida de capacidad del otorgante o ser otorgado para el caso de que la disminución de la capacidad acaezca en un futuro, que ha sido una construcción doctrinaria. A partir del nuevo Código Civil y Comercial también es la doctrina quien encuentra en sus previsiones un sustento normativo que admite su validez aunque no esté expresamente contemplado.

El planteo doctrinario ha encontrado fundamentalmente dos vertientes: a) la que entiende que se trata de un supuesto especial en el que el contrato de mandato subsiste o resulta operativo ante la pérdida de la capacidad plena del otorgante; y b) la que considera que el poder como tal es una herramienta jurídica que puede tener diferentes negocios y/o actos subyacentes que lo causen y que, si se otorga con base en un acto de autoprotección, permanece vigente o nace a la vida jurídica, según el caso, ante la falta de capacidad sobrevenida, encontrándose amparado por la norma vigente.

Al no existir una previsión normativa expresa, aún subsiste la discusión doctrinaria respecto al alcance de la pérdida de capacidad de hecho frente a la inexistencia de una decisión judicial que expresamente restrinja la capacidad o declare incapaz a una persona.

El desafío del notariado argentino en este aspecto es importante ya que las herramientas legales que admiten el otorgamiento de este tipo de poderes existen en el derecho vigente pero requieren de una mayor toma de conciencia respecto de sus posibilidades, sin perjuicio de que de *lege ferenda* sería útil contar con normas más amplias y expresas que faciliten su utilización⁵⁰.

La renta vitalicia, las donaciones con o sin cargo, el derecho real de usufructo, los fideicomisos de administración, los protocolos de empresa familiar, son algunos de los institutos que el notariado pone habitualmente al servicio del *Derecho de Autoprotección*⁵¹. A ello se añade también el **fideicomiso testamentario** como instrumento de protección de los herederos con discapacidad, capacidad restringida o incapacidad, que constituyen una preocupación constante en la planificación de la vida y la ancianidad de los padres;

⁴⁹ BRANDI TAIANA, Maritel M. "Algunas consideraciones sobre el régimen de incapacidad en España. Alternativas prácticas". Año 2002. Primer Premio de la Fundación Aquitas del Consejo General del Notariado español por el trabajo, y BRANDI TAIANA, Maritel M. "El poder al servicio del Derecho de Autoprotección". Revista del Notariado 921 (2016)

⁵⁰ Para ampliar: Maritel M. BRANDI TAIANA, *Incapacidad*, Revista Notarial n° 954, La Plata, 2.006, págs.431 a 512.

⁵¹ Cfr. Luis R. LLORENS y Alicia B. RAJMIL, *Derecho de autoprotección*, Astrea, Buenos Aires, 2.010.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

especialmente en este último supuesto, el buen desarrollo doctrinario que existe en nuestro medio, impone la necesidad de tomar conciencia en torno a la posición notarial frente a la vejez⁵² y sus posiciones⁵³, cuestión que en los denominados *derechos de las minorías*, también se extiende hacia el análisis del rol notarial frente a los derechos emergentes de las cuestiones de género⁵⁴.

III.5 El Notario y los menores de edad⁵⁵

La evolución legislativa del derecho de menores en la República Argentina denota claramente *dos etapas de desarrollo*⁵⁶. La primera de ellas, llamada *de la situación irregular* tiene su fundamento en el control de los menores y en cierta manera, introduce el concepto de *exclusión, que ha sido asumido en explicación consecuente por la escuela crítica del derecho*⁵⁷. La segunda etapa es sustancialmente diferente⁵⁸. La doctrina actual, denominada doctrina de la *protección integral* viene a reconocer una amplitud de derechos y garantías a los *niños, niñas y adolescentes*, ubicándolos no sólo en el rol de *personas*, sino además en la especial condición de *personas que requieren de un cuidado especial*, con amplio reconocimiento de derechos y cumplimiento de estrictas garantías en beneficio de los mismos. De hecho autores como *Mauricio Mizrahi* no dudan además en advertir que en la evolución jurídica que se ha referido,

⁵² Cfr. Maria I. DABOVE CARAMUTO, *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2.005, (TD).

⁵³ Cfr. Maria I. DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2.018, p. 6.

⁵⁴ Cfr. Marcela V. SPINA, *A más vulnerabilidad, mayor protección. Discapacidad y cuestiones de género*, en O. ZITO FONTÁN (Coord.), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.014, p. 301 a 335.

⁵⁵ Para ampliar: Sebastian Justo COSOLA, *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial*, Revista Notarial n° 981, La Plata, 2.016, págs. 537 a 583.

⁵⁶ Cfr. Néstor Eliseo SOLARI, *El niño y los nuevos paradigmas*, La Ley, Colección Académica, Buenos Aires, 2.006, p. 6.

⁵⁷ Ver desarrollo en Cristina N. ARMELLA y Sebastián Justo COSOLA, *Abordaje teórico-práctico práctico de la ley de mayoría de edad 26.579*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.011. pág. 37 y ss.

⁵⁸ Además de las ya referenciadas, pueden consultarse las siguientes obras que intentan ampliar los conceptos de esta segunda etapa con efectos en el derecho privado, excluidos los análisis del derecho penal: Mary BELOFF (Coordinadora), *La protección de la infancia como derecho público provincial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.008; Daniel Hugo D'ANTONIO, *Convención sobre los derechos del niño –comentada y anotada-*, Astrea, Buenos Aires, 2.001; Nora LLOVERAS (Directora)-María de los Angeles BONZANO (Coordinadora), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni, Córdoba, 2.010; Cecilia GROSMAN (Dirección), *Los derechos del niño en la familia –discurso y realidad-*, Universidad, Buenos Aires, 2.004; Emilio GARCIA MENDEZ (Compilador), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes – Análisis de la Ley 26.061-*, 2° Edic, Fundación Sur Argentina-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.008; Carlos Antonio ROMANO, *La niñez –orientaciones para la aplicación de la ley y los derechos de los menores de edad-*, Lajouane, Buenos Aires, 2.009.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

hasta resulta positivo el cambio de denominación: ya no debemos hablar de *menores*, sino de *niñas, niños y adolescentes*⁵⁹. Una vez más – y al igual que en la consideración de la persona “física” y la persona “humana”-la cuestión terminológica resulta ser esencial para comenzar el tratamiento de un tema determinado.

Esta doctrina que antes surgía clara y precisa desde la interpretación de la *Convención de los Derechos de los Niños desde su acatamiento por nuestro país* y ni que hablar luego, desde su incorporación a la Constitución Nacional, ahora se positiviza en el derecho interno a través tanto de la ley de protección integral del año dos mil cinco⁶⁰, como en el actual CCCN. Recordemos que desde el propio *preámbulo* de la Convención se considera que a la infancia le corresponden los mismos derechos y garantías que a los adultos, más una protección jurídica complementaria dada su extrema situación de vulnerabilidad. En los últimos años, las evoluciones académicas, legales y jurisprudenciales en relación al derecho de los menores han sido elocuentes.

Debe siempre tenerse presente que el CC establecía categorías de menores [Los impúberes (hasta los 14 años) y los menores adultos (desde los 14 y hasta los 18)] y hoy el CCCN crea la categoría de adolescente (desde los 13 años y hasta los 18, con algunos derechos que emergen a partir de los 16 años, los que podrían incluso ser considerados como adolescentes “adultos”)⁶¹. En realidad, todas las categorizaciones establecidas de acuerdo a pautas rígidas (fijar una edad determinada para suponer que las personas humanas adquieren o no adquieren mayores aptitudes para ciertos actos específicos y determinados) no tienen tanta relevancia en los hechos⁶². Si es importante resaltar que las *niñas, niños y adolescentes* en nuestro país tienen el derecho de proyectar su voluntad y que el jurista considere, en cada caso puntual y determinado, la edad y grado de madurez suficiente. Ese es el baremo que hay que tener en cuenta a la hora de precisar cuál es el alcance y la necesidad de las personas humanas que cuentan con minoría de edad. Tal cual lo confirma el citado *Mauricio Mizrahi*: “*Es necesario advertir que la madurez y el juicio propio del niño o del adolescente no necesariamente tendrán que estar atados a una edad cronológica determinada; de modo tal que constituirá un error*

⁵⁹ Cfr. Mauricio L. MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2.015, p. 4.

⁶⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (Último acceso: 7/05/2019)

⁶¹ Cfr. Julio C. RIVERA y Luis D. CROVI, *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.016, p. 258.

⁶² *Ibidem*.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

valerse ciegamente de la perimida calificación entre menores impúberes y adultos...⁶³”. En resumen, los autores en la actualidad se inclinan a considerar que las *niñas, niños y adolescentes* se encuentran en una inmejorable zona de protección, que no incide en su voluntad sino que al contrario, la refuerza. Los principios que el CCCN receta en la materia en referencia tiene que ver con los aportes que se han venido elaborando tanto doctrinaria como jurisprudencialmente desde las interpretaciones de la *Convención de los Derechos del Niño* (primero adoptada y luego constitucionalizada), y de la Ley 26.061 de *Protección Integral de las niñas, los niños y los adolescentes*, con su decreto reglamentario 415/06. De todos estos instrumentos se desprende un paradigma esencial para ser tenido en cuenta por el jurista que es el que afirma el reconocimiento *de las niñas, de los niños y de los adolescentes* como sujetos de derecho considerados dentro de la familia, o fuera de ella en su individualidad pero perteneciendo a una comunidad, con todos los derechos y responsabilidades emergentes de los cuales pueden ellos aprovechar según su edad y grado de madurez⁶⁴.

Y todo esto amparado por un plus de derechos, que se relaciona con el segundo principio que es el de la *protección especial*⁶⁵, donde nuevamente la interpretación del *interés superior* juega un papel preponderante y esencial⁶⁶.

El papel del notariado en relación con los menores de edad es fundamental. Ciertamente que desde luego el cuidado esencial está a cargo de los padres, tutores, el ministerio público y eventualmente los jueces. No obstante, **el notario está especialmente presente en el ejercicio normal y regular de sus derechos como asesor, asistente y conecedor de los diferentes ámbitos en el que los mismos se encuentran comprometidos garantizando en primera línea su operatividad.**

En efecto, el documento público notarial es el principal instrumento que facilita el ejercicio del principio general de derecho privado internacional que se ha impuesto como un cambio de paradigma esencial en los últimos años y que consiste en **el derecho del menor a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta**. La escritura pública garantiza la inmediatez, inalterabilidad, guarda e imparcialidad que requiere tan alto derecho humano fundamental. A ello se suma la actividad propia del notario que, en su actuación, valora el

⁶³ Mauricio L. MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, ob. cit., p. 12.

⁶⁴ Cfr. Marisa HERRERA, *Manual de derecho de las familias*, Natalia DE LA TORRE- Silvia FERNÁNDEZ (Colaboradoras), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.015, p. 37.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Idem*, p. 39.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

discernimiento⁶⁷ del otorgante, es decir, el entendimiento del acto que otorga y de las consecuencias del mismo, más allá de la mayor o menor capacidad jurídica que el plexo normativo en forma objetiva pretenda reconocer a la persona humana en términos generales.

Señalan las mencionadas escribanas Claudia L. Busacca y María Ivana Pacheco *“a fin de receptar la voluntad del requirente y encuadrarla jurídicamente, el notario encuentra, en ocasión de la audiencia previa, el marco para determinar el discernimiento de aquel, sin perjuicio de otras instancias que le brindarán el trato continuado con el mismo. La audiencia previa no es intrascendente, la audiencia previa no es un mero trámite que el escribano pueda delegar en otros. Es la concreción en los hechos del principio de inmediatez reflejado por el derecho cuando se expresa que: “El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes” (Artículo 301 del Código Civil y Comercial) y que “Es competencia material del escribano recibir e interpretar las declaraciones de voluntad” y asimismo, “ajustar su actuación a presupuestos de escuchar, indagar, asesorar... así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes...” (Artículos 20 y 29 inciso c) de la Ley 404 Orgánica Notarial de la Ciudad de Buenos Aires).*”⁶⁸

El notario permite el funcionamiento de ese derecho en su verdadera magnitud ya que es capaz de receptar fuera de todo ámbito controversial la natural expresión de voluntad del menor.

De hecho, **en el ámbito de las directivas anticipadas de salud**, si bien el ordenamiento jurídico argentino establece la necesidad de plena capacidad en el otorgante, es fundamentalmente el notariado el que ha puesto de manifiesto que la letra de la ley local debe además preservar el principio general de reconocer en todo individuo capacidad jurídica suficiente para expresar su voluntad y esta advertencia surge, precisamente, anta la actuación inmediata del notario con la diversa realidad de las personas humanas que requieren su intervención. Es así como el notario es el operador jurídico idóneo para receptar la voluntad en el documento público, sin perjuicio de dar a conocer en su deber de asesoramiento, el alcance vinculante o no de sus disposiciones⁶⁹.

En Argentina, el notariado ha cumplido un importante papel en el desarrollo y la materialización normativa de los derechos de las personas humanas menores de edad y de

⁶⁷ LLORENS, Luis R. “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?” LA LEY 14 de septiembre de 2007.

⁶⁸ BUSACCA, Claudia L. y PACHECO, María Ivana op. Cit.

⁶⁹ LANZÓN, Patricia Adriana. “Directivas Anticipadas de las personas menores de edad”. Trabajo de investigación entregado como colaboración para la presente ponencia.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

quienes ven restringida su capacidad mediante limitaciones judicialmente impuestas con el fin de propender a su protección.

El derecho positivo admite, además, la **designación de tutor** en testamento o escritura pública.

En el ámbito patrimonial, es el notariado el que tiene a su cargo el **control de legalidad ante actos de disposición de bienes del menor evaluando las facultades** de quienes ejercen la responsabilidad parental y la eventual necesidad de contar con autorización judicial expresa al efecto.

Es muy importante además el estudio y desarrollo de la doctrina notarial con relación a **institutos íntimamente ligados al beneficio y protección del patrimonio de los menores** de edad como la donación, la estipulación a favor de menores de edad y su alcance, el otorgamiento de fideicomisos de administración o incluso testamentarios, y las excepciones que pueden establecerse con relación a la administración de los bienes de los menores por parte de sus padres cuando aquéllos han sido incorporados al patrimonio por herencia, legado o donación.

También la ley nacional prevé limitaciones en la actuación de los menores en el **ámbito societario** disponiendo que los menores, incapaces o personas con capacidad restringida sólo pueden ser socios con responsabilidad limitada. En los hechos, los notarios cumplen una importante función también en el control del cumplimiento de estos extremos al verificar la legitimación en la actuación de las personas humanas en circunstancias en que estos aspectos no alcanzan visualización judicial.

Finalmente, es de destacar la participación del notariado en la circulación segura de los menores de edad dado que habitualmente somos autores de los permisos o autorizaciones de viaje que los padres les confieren, con distintos alcances, para permitir su traslado dentro y fuera del país. Nuestra intervención en este ámbito coadyuva a fortalecer la verificación de la documentación que acredite la identidad de padres e hijos con el fin de disminuir el tráfico de niñas y niños con fines ilícitos.

IV. El Notario y la organización patrimonial tanto de la unión convivencial como del matrimonio.

Antes de abordar este punto, debemos recordar que, a diferencia de otros países del notariado latino en donde la competencia material del notario es amplia y contundente,



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

comprehensiva de todos los supuestos que prevén una actuación profesional autorizante o certificante no litigiosa, que además supone la concatenación previa de los deberes éticos de información, asesoramiento y consejo a los requirentes, nuestro país carece de casos que en otros son comunes. Está en una realidad generalizada inclusive en las provincias que, reservando su autonomía legislativa, conforma el notariado argentino. Si bien desde el punto de vista normativo no hay previsiones legales específicas que permitan la resolución de conflictos en vía notarial como forma de descomprimir y colaborar con el desarrollo de la actividad judicial, en los hechos, la formación integral del notariado realiza un importante aporte para evitar la judicialización de conflictos⁷⁰.

En este sentido, en cuanto a la formalización del matrimonio, en Argentina el notariado no tiene mayor intervención. No obstante, a partir de la consolidación del Código Civil y Comercial de La Nación, es fundamental su asesoramiento y actuación en la elección del régimen patrimonial matrimonial. La mayoría de la doctrina nacional entiende que la opción del régimen patrimonial que regirá el matrimonio, a la luz del mencionado código, debe ser realizada en escritura pública, debiendo además inscribirse en las oficinas del Registro Civil correspondiente. La modificación posterior del régimen patrimonial matrimonial también debe realizarse en escritura pública.

Asimismo, la función notarial fundamental en las uniones de hecho a las que el Código Civil y Comercial regula como uniones convivenciales, es la de asesoramiento acerca de los derechos que asisten a sus integrantes y las consecuencias familiares y patrimoniales que de las mismas derivan. En las transmisiones patrimoniales el notario recaba de los requirentes información acerca de su estado civil y de su situación convivencial advirtiendo los derechos que les asiste fundamentalmente respecto de la vivienda familiar. De esta manera, el asesoramiento es de gran importancia por ejemplo, en el ámbito del Derecho de Autoprotección y en el de la planificación sucesoria⁷¹.

⁷⁰ La función notarial a-litigiosa se aborda en nuestro país, contundentemente, desde dos aspectos diferentes: a) institucional: la mayoría de los colegios notariales del país cuentan con un centro de mediación u arbitraje vinculado al Colegio que permite dar asistencia para la resolución extrajudicial de conflictos; b) profesional/personal: es inherente al ejercicio de la actividad profesional notarial la colaboración permanente en la resolución de conflictos familiares e incluso empresariales gracias a la formación del notario en diversas áreas del Derecho.

⁷¹ Mediante el asesoramiento del alcance jurídico de los diferentes vínculos personales, se facilita la consolidación. Es fundamental para preservar la cohesión y armonía familiar y social, el debido asesoramiento notarial tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. Es allí en donde el notariado puede desplegar las herramientas de las que se nutre en sus distintas incumbencias: Derecho de



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

Debe además tenerse especialmente en cuenta que el sistema jurídico argentino admite la división y distribución de los bienes matrimoniales en el ámbito extrajudicial, por lo que la función notarial en este aspecto es de gran importancia. El notario colabora en la distribución y asignación equilibrada del patrimonio familiar sin descuidar los aspectos personales que lo justifican teniendo en su mano herramientas suficientes para la defensa de los intereses y necesidades de los más vulnerables en el ámbito familiar. Asimismo, cuenta con conocimientos tributarios que le permiten, con la asistencia de los profesionales contables expertos en el tema, colaborar en la distribución eficiente de los recursos. Esta visión integral de la problemática, permite al notariado un acercamiento diferente al que pueden ofrecer en solitario otros profesionales: abogados, jueces o contadores y ello colabora con el equilibrio y la paz social. Además de lo señalado, la posibilidad de proceder a la liquidación incluso previa al divorcio de los bienes provenientes del matrimonio, colabora a que la disolución de los vínculos sea más pacífica y menos onerosa. La actuación notarial también cobra especial relevancia al momento de la distribución de bienes de personas sujetas a una unión convivencial.

Sobre lo antedicho, señala la abogada Lucía Viviana Tallone de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, quien nos hizo llegar su aporte para esta ponencia, *“en Argentina, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1 de agosto del año 2015, ha venido a dar respuesta a la inclusión de otras formas de familia distintas al matrimonio”* y cita a la abogada Beatriz R. Biscaro que, al tratar específicamente el tema de las uniones convivenciales, que es como se ha decidido denominar en nuestro ordenamiento jurídico a las uniones de hecho, *“la diversidad emergente de la realidad social obliga a que se supere el sistema legislativo basado sobre la idea de que el matrimonio es la única forma familiar que merece ser protegida por la ley”*.⁷² El Código Civil y Comercial, por una parte, estableció una normativa específica para regular determinadas consecuencias generadas por la unión afectiva de personas que deciden no contraer matrimonio y, por otra parte, incorporó la posibilidad de optar entre el régimen patrimonial matrimonial de comunidad y el de separación de bienes, opción que antes no existía en nuestro ordenamiento en el que sólo era posible unirse en matrimonio en el marco del régimen de comunidad o de gananciales.

Autoprotección, protección de los menores, elección del régimen patrimonial matrimonial, planificación patrimonial familiar y/o sucesoria.

⁷² BISCARO, Beatriz R. *“Las uniones convivenciales en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”*, en la Revista Derecho de Familia, septiembre 2014, número 66, pagina ***



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

IV.1.- Uniones convivenciales

Respecto de las uniones convivenciales, debe destacarse que para hallarse comprendidas en el régimen legalmente previsto debe tratarse de *“relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo”*. (art. 509 CCyC)

El artículo 510 del Código Civil y Comercial establece además que los integrantes de la unión convivencial deben ser ambos mayores de edad, no deben estar unidos por vínculo de parentesco en línea recta en todos los grados ni colateral hasta el segundo grado, no deben tener impedimento de ligamen, y la convivencia debe mantenerse al menos durante dos años. Además, se prevé la inscripción de la unión en el Registro civil correspondiente a petición de ambos integrantes, y de los pactos convivenciales que celebren, con fines exclusivamente probatorios.

Los convivientes se deben asistencia.

a) Pactos de Convivencia

La norma establece la posibilidad de celebrar **pactos de convivencia que regulen las cuestiones que libremente las partes consideren conveniente** como la contribución a las cargas familiares, la atribución de la vivienda y distribución de otros bienes adquiridos con el esfuerzo común, en caso de ruptura.

Respecto de la vivienda familiar se prevé expresamente que, para disponer de los derechos sobre ésta así como de los muebles indispensables en ella contenidos, deberá requerirse el **asentimiento del conviviente**. También se establece que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la convivencia salvo que las mismas hayan sido contraídas por ambos o por uno con el asentimiento del otro.

El pacto de convivencia debe otorgarse por escrito pero no está sujeto a una forma específica sin perjuicio de la conveniencia de otorgarlo en escritura pública por los beneficios que supone esta instrumentación.

b) Cese de la convivencia

Si bien es claro que la unión convivencial no acarrea en nuestro ordenamiento jurídico derechos sucesorios, el Código Civil y Comercial determina consecuencias trascendentes para el caso de cese por ruptura o fallecimiento.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

En caso de disolución voluntaria del vínculo, se especifica que ésta puede ser decidida unilateral o bilateralmente.

Se incorpora un instituto nuevo en nuestro derecho, que se encuentra también previsto, como veremos, para el caso de disolución del vínculo matrimonial, que es la **compensación económica**. Al efecto el Código establece que *“el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial”* (artículo 524 CCC).

Si bien esta previsión se encuentra contemplada en el Derecho comparado, por ejemplo en España, para nuestro sistema es una novedad.

También se prevé la posibilidad de **atribuir la vivienda familiar** al conviviente que tenga a su cargo el cuidado de los hijos menores, con capacidad restringida o discapacidad (téngase en cuenta que, como hemos dicho antes, la restricción a la capacidad en nuestro ordenamiento tiene un alcance diferente al de la discapacidad tratándose en este último caso de una apreciación subjetiva no judicializada), y o al conviviente que acredite extrema necesidad de una vivienda e imposibilidad de procurársela en forma inmediata. Esta atribución es, en principio, por un plazo que no puede exceder de dos años desde el cese de la convivencia.

Finalmente la ley dispone que en caso de cese de la convivencia por fallecimiento de uno de los convivientes, el supérstite que carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el **derecho de habitación gratuito** por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble que constituyó el último hogar familiar, siempre que al momento del fallecimiento ese inmueble no se encontrara en condominio con otras personas (artículo 527 CCC).

El asesoramiento notarial es fundamental en muchos aspectos.

Por una parte, al tratarse de un nuevo instituto, hay todavía mucho desconocimiento e ideas preconcebidas al respecto lo que incentiva nuestra actuación docente y hace fundamental nuestra intervención directa con los requirentes para acercarles las distintas posibilidades y consecuencias que traen aparejadas sus decisiones personales y familiares.

Por otra parte, somos profesionales idóneos en la redacción de los convenios que regirán la convivencia poniendo énfasis en la intención de evitar conflictos y contingencias a futuro.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

Por último, en el ámbito patrimonial supone nuevos desafíos en la instrumentación de transmisiones a título de compensación económica por cese de la convivencia y, en nuestro caso particular, en tanto agentes de retención, exige un especial y detenido análisis de su trascendencia fiscal.

En cuanto al marco fiscal de nuestra actuación, vale la pena detenernos un momento. Esta circunstancia tiene importantes consecuencias a la hora de valorar nuestra intervención y asesoramiento en comparación con la de otros profesionales del Derecho. Ello así dado que en Argentina, el notario es el único operador jurídico que puede brindar un asesoramiento integrador del derecho privado con su aspecto tributario y es el más consciente de la necesidad de trabajar en conjunto con los profesionales de la economía por cuanto diferentes opciones instrumentales conllevan diferentes escenarios fiscales.

IV.2. Régimen patrimonial del matrimonio.

Como adelantamos, el Código Civil y Comercial introdujo también una modificación de trascendencia al habilitar la **opción entre el régimen de comunidad de ganancias (antes régimen de gananciales) y el de separación de bienes** como regímenes patrimoniales posibles del matrimonio⁷³.

Prevé la norma la posibilidad de elegir el régimen aplicable al matrimonio antes de su celebración y no establece un plazo máximo para que, efectuada la opción, se celebre el matrimonio. Asimismo, se establece la posibilidad de modificar el régimen aplicable al matrimonio una vez celebrado siempre que transcurra al menos un año desde la vigencia del régimen anterior.

Esta nueva opción tiene **especial trascendencia a la luz de la prohibición de contratar existente entre cónyuges cuando el régimen patrimonial que los vincula es el de comunidad**. También conlleva **consecuencias en el ámbito sucesorio** por cuanto los cónyuges casados en régimen de comunidad no heredan en los bienes gananciales, sino que su derecho se limita al cincuenta por ciento (50%) de los bienes de dicho carácter al momento de disolución de la comunidad, cuando concurren a la herencia con descendientes. Cuando se encuentran sujetos al régimen de separación de bienes, heredan a su cónyuge como un hijo más al concurrir con descendientes.

⁷³ V. Jorge O. AZPIRI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2.018 y Carlos ARIANNA, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 2.017.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

a) Convenciones matrimoniales

Se legisla expresamente acerca de las **convenciones matrimoniales pero el objeto de las mismas, a diferencia de lo que sucede con los pactos en las uniones convivenciales se encuentra taxativamente dispuesto.**

Tales convenciones pueden versar sobre la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, la enunciación de las deudas, las donaciones que se hagan entre ellos y la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código.

A diferencia de los pactos convivenciales, las convenciones matrimoniales deben ser hechas en escritura pública. Se inscriben en el Registro Civil competente a los efectos de su oponibilidad a terceros exclusivamente.

b) Asentimiento conyugal

El asentimiento conyugal es un instituto de gran raigambre en el ordenamiento jurídico argentino. En otros países se alude a él como consentimiento.

La doctrina fundamentalmente notarial prefiere referir a la conformidad del cónyuge para la disposición de bienes gananciales, como “asentimiento” en el entendimiento de que el verdadero disponente es el titular de dominio por lo cual la aprobación del cónyuge no tiene carácter co-dispositivo.

El asentimiento conyugal exigido por el Código Civil y Comercial es más amplio que el previsto en otros países.

Se trate de matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes o de comunidad, *“Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella”* (art. 456 CCC). La falta de asentimiento en los casos previstos determina la posibilidad del cónyuge que no prestó el asentimiento de demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles, con un plazo de caducidad de seis meses desde que tomó conocimiento *“pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial”*.

El asentimiento no puede ser conferido de forma general y anticipada sino que debe versar sobre el acto concreto y sus elementos constitutivos. Por otra parte, los cónyuges, sin importar el régimen matrimonial por el que han optado, no pueden otorgarse poder para prestar el asentimiento ni pueden otorgarse poderes limitando la facultad de revocarlos.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

Cuando se trata de bienes gananciales, el asentimiento es requerido para enajenar o gravar los bienes registrables, las acciones (salvo las que cotizan en el mercado de valores) y participaciones sociales, y aún las promesas de los actos de enajenación o gravamen.

c) Estado de indivisión post comunitario a la disolución del régimen de comunidad

Si el matrimonio opta por el régimen patrimonial de comunidad, al momento de disolución del régimen por fallecimiento, divorcio o cambio de régimen patrimonial, se produce el estado de indivisión postcomunitario al que se le aplican las reglas de la división de herencia abriéndose todas las posibilidades que la partición de bienes permite y a las que haremos referencia más adelante.

d) Compensación económica por divorcio

En caso de divorcio establece el Código Civil y Comercial en su artículo 441, el derecho del cónyuge *“a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura”* a una compensación económica similar a la prevista para el caso de cese de convivencia en la unión convivencial.

También respecto del divorcio se trata de una disposición nueva que presenta los mismos desafíos a los que hemos hecho referencia al tratar este tema en la unión convivencial.

IV.3 El Notario y la planificación patrimonial familiar

Como hemos podido advertir, el régimen patrimonial del matrimonio y las uniones convivenciales admiten diferentes posibilidades de mucha trascendencia en el ámbito familiar y resulta fundamental la actuación notarial en el asesoramiento y la redacción de documentos que coadyuven a la paz familiar y a la consecución de sus logros.

Ante la diversidad de situaciones y organizaciones familiares en la vida moderna, el notariado ocupa un lugar de relevancia que debe honrar y ocupar para hacer efectiva y eficiente la esencia de su función.

Dentro de los operadores del Derecho tenemos un lugar de privilegio a la hora de combinar los distintos institutos jurídicos al servicio de nuestros requirentes. Convenciones,



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

pactos, particiones, derechos de uso y goce, fideicomisos, donaciones, rentas vitalicias, sociedades y empresas familiares, testamentos, son algunas de las herramientas con las que contamos para satisfacer las inquietudes de una sociedad que necesita ser escuchada con idoneidad y conocimiento, evitando profundizar la litigiosidad tan común en los tiempos que corren.

Además de las opciones de régimen matrimonial o las alternativas existentes en las uniones convivenciales, en Argentina hay un instituto de protección de la vivienda específico que colabora en el cuidado del patrimonio familiar. Se trata de la ***“afectación al régimen de protección de vivienda”*** que anteriormente recibía el nombre de ***“afectación al régimen de bien de familia”***.

El cambio en su denominación se debe, fundamentalmente, a que en el régimen anterior era necesario acreditar la existencia de familia en términos tradicionales: matrimonio, hijos. En el nuevo régimen el propietario único de una vivienda puede acceder a la protección y también los convivientes, con o sin descendientes. Se trata de **un instituto muy arraigado en nuestra sociedad que se constituye por escritura pública o por acta administrativa ante el Registro de la Propiedad Inmueble, y en virtud del cual *“la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción”***, salvo aquellas deudas que se encuentren directamente relacionadas con el mantenimiento, refacción o cuidado de la propia vivienda o las originadas en la obligación alimentaria del titular del inmueble (arts. 244 a 256 Código Civil y Comercial).

Como señala la transcripción parcial del artículo 249 CCC antes destacada, la oponibilidad de la protección tiene efecto desde su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Al momento de enajenar el inmueble protegido, debe procederse a la desafectación de la protección respecto del inmueble que se transmite pero ésta puede trasladarse con toda su antigüedad a la nueva vivienda que se adquiera en reemplazo o a los importes dinerarios que la sustituyan. Es un caso claro de subrogación real.

Como puede advertirse, la intervención notarial es fundamental en este aspecto para garantizar la adecuada protección y su subsistencia.

V. El Notario y la planificación sucesoria



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

Este es un aspecto fundamental en el que a veces no somos conscientes de la importancia que tiene nuestro consejo y nuestra pericia en la elaboración de documentos.

Si bien es cierto que lamentablemente en Argentina no se ha consagrado la jurisdicción voluntaria como instituto posible y/o alternativo en el ámbito sucesorio, a pesar de los enormes beneficios que ello traería aparejado a la sociedad al reducir tanto el tiempo como los costos que supone la necesaria intervención judicial en cuestiones en las que no hay controversia y se trata de la acreditación de hechos y circunstancias familiares, no por ello podemos relegar la trascendencia de nuestra incumbencia.

Decía Jorge Luis Borges *“la muerte es una vida vivida. La vida es una muerte que viene”*. Tal vez en esta frase se encuentren contenidas unas de las grandes preocupaciones de nuestros requirentes. Cómo hacer para que lo que han construido a lo largo de su vida, valga la pena cuando mueran o lo que es lo mismo, cómo planificar su sucesión de manera tal que la distribución de su herencia vaya en consonancia con lo que quisieron construir en vida.

a) Procesos judiciales sucesorios. Testamentos.

Tras la modificación del Código Civil y Comercial, fuera de los testamentos aeronáuticos que quedaron vigentes para circunstancias muy específicas, los dos tipos de testamentos posibles en cuanto a la forma son los ológrafos y los otorgados por acto público. El testamento otorgado por acto público requiere la presencia de dos testigos.

Los testamentos se inscriben en el Registro de Actos de Última Voluntad que habitualmente se encuentra a cargo del Colegio de escribanos del lugar de su otorgamiento.

Como adelantamos, siempre que al fallecimiento de una persona existan bienes en su acervo hereditario, será necesario tramitar el proceso sucesorio por vía judicial. Ello en Argentina es especialmente costoso. Cuando las sucesiones son ab-intestato, deben publicarse edictos y esperar 30 días antes de que el juez pueda dictar la declaratoria de herederos indicando quiénes heredan al causante. En caso de que la sucesión sea testamentaria, se evita la publicación de edictos y el juez debe determinar la validez del testamento en cuanto a sus formas. De acuerdo con la norma procesal que se aplica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –los códigos de procedimiento en Argentina son de competencia de cada Provincia, al igual que en la Ciudad de Buenos Aires- para que la sucesión tramite como testamentaria, no alcanza con la existencia de una disposición de ese carácter sino que la misma debe instituir herederos. En caso de que sólo asigne legados, su tratamiento será el de una sucesión ab-intestato.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

Una vez dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento, la normativa local, en especial registral, de cada una de las provincias del país impone distintas formalidades para proceder a partir y adjudicar los bienes del acervo hereditario o a transferirlos. En todos los casos deben pagarse tasas respecto de cada uno de los bienes. En algunas jurisdicciones se impone el dictado de la orden de inscripción por parte del juez como paso previo para la inscripción de los bienes registrables en el registro pertinente.

Sin perjuicio de lo anterior hay algunas cuestiones que sólo pueden disponerse por testamento y otras que pueden establecerse por testamento o en donaciones pero, debido a los inconvenientes que traen aparejadas estas últimas como veremos en el punto siguiente, los testamentos suelen ser el momento oportuno para establecerlas.

Dispone el Código Civil y Comercial que la dispensa de colación a favor de descendientes o cónyuges puede establecerse por testamento o incluirse en la donación. Esta dispensa lleva aparejada una mejora que, como dijimos al comienzo de nuestro trabajo, en nuestro ordenamiento, tuvo lugar siempre con cargo a la porción disponible.

Tras la sanción del nuevo Código, el artículo 2448 permite establecer una mejora a favor de descendientes o ascendientes con discapacidad con cargo no sólo a la porción disponible sino también afectando hasta un tercio de las porciones legítimas tal y como anticipamos al tratar el régimen de capacidad al comienzo de este trabajo.

Esta mejora prevista para el heredero con discapacidad se identifica en nuestra norma como “**mejora estricta**” y supone una innovación muy relevante. No obstante, es claramente diferente a la mejora dispuesta en los artículos 808, 823 y concordantes del Código Civil español que recae sobre una parte de las dos que forman la legítima y que no requiere de discapacidad alguna para poder otorgársela a hijos o descendientes, revistiendo la restante lo que en España se denomina “legítima estricta”.

Prevé también el código la posibilidad de disponer, en este caso sólo por testamento, un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa de la misma o bienes determinados. Este fideicomiso no debe afectar la legítima. (artículo 2493 Código Civil y Comercial).

La otra disposición interesante que nuestro ordenamiento permite otorgar por testamento o mediante su incorporación en la donación, es la exclusión expresa de la administración de los padres, de los bienes recibidos por los hijos mediante herencia legado o donación. (artículo 686 inciso c) del Código Civil y Comercial que concuerda con la previsión del artículo 164.1 del Código Civil español)



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

b) Donaciones

Antes de la reforma del Código Civil y Comercial muchas personas recurrían a las ofertas de donación o a las donaciones para la transmisión de sus bienes fuera del proceso judicial con el fin de evitar gastos que en algunos casos lleva incluso a la necesidad de vender bienes del acervo para su pago.

Las ofertas de donación en el Código Civil derogado constituían el único contrato entre vivos susceptible de ser perfeccionado por su aceptación tras la muerte del ofertante. Era una forma de permitir a los donantes gozar de su patrimonio plenamente hasta su muerte y transmitirlo a su fallecimiento sin costos elevados. Esa posibilidad fue eliminada en el Código Civil y Comercial que exige que la aceptación de la oferta tenga lugar en vida del donante.

También durante la vigencia del Código Civil derogado, la mayoría de la doctrina al menos notarialista, entendía que la donación en virtud de la cual se transmitía la propiedad de los bienes en vida del donante, siempre que fuera a favor de legitimarios, era perfecta y no daba lugar a la posibilidad futura de reivindicación del inmueble por ejercicio de acción de reducción dado que dicha acción no cabía entre legitimarios. En caso de que la donación fuera inoficiosa, sólo cabía acción de colación entre éstos y siempre se resolvía mediante la entrega de valores, nunca mediante la restitución en especie del bien donado, salvo que éste permaneciera en el patrimonio del donatario y fuera su voluntad restituirlo a la masa físicamente.

El Código Civil y Comercial dispone que entre los legitimarios puede instarse acción de colación y de reducción, esta última con efectos reipersecutorios cuando se trata de bienes registrables. La acción de reducción con iguales efectos reivindicatorios también puede tener lugar contra no legitimarios. Este efecto reipersecutorio puede prosperar incluso contra terceros adquirentes de los bienes registrables a título oneroso y de buena fe produciéndose la caducidad de este efecto a los diez años desde la toma de posesión del bien por parte del donatario.

Es así como en la actualidad, la mayoría de la doctrina de nuestro país entiende que la transmisión de bienes registrables a título de donación determina la existencia de un dominio imperfecto en cabeza del donatario el que deviene perfecto por el transcurso del plazo de diez años sin que se haya ejercido en su contra la acción de reducción con efectos reipersecutorios.

La condición de dominio imperfecto de los bienes transmitidos por donación desalienta en muchos casos la utilización de esta herramienta al momento de planificar la sucesión de las personas que nos consultan ya que los donatarios difícilmente podrán transmitir los bienes antes



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

del transcurso de los diez años ni en su propio beneficio ni como forma de ayudar a los donantes a subvenir a sus necesidades si eventualmente necesitaran liquidar ese patrimonio para bien-vivir su vejez.

El efecto reipersecutorio antes señalado no opera respecto de acciones de sociedades de capital por cuanto las mismas no son entendidas como bienes registrables sino como títulos valores a los que no se les aplica la normativa de aquéllos.

De todas maneras, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2445 del Código Civil y Comercial, para el cómputo de la porción legítima, se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles efectuadas a partir de los 300 días anteriores al nacimiento de quien tiene derecho a colacionar o instar la acción de reducción o del nacimiento del ascendiente respecto del que ejerce derecho de representación. Esto trae aparejado que en muchas ocasiones, los hijos de los segundos matrimonios, no puedan colacionar ni exigir la reducción respecto de las donaciones otorgadas a favor de los hijos del primer matrimonio aún cuando no hayan transcurrido 10 años desde la misma.

Merece especial mención el artículo 2461 del Código Civil y Comercial en razón de su trascendencia al momento de planificación patrimonial familiar y sucesoria. Dicho artículo señala que los actos celebrados entre vivos, a título oneroso, a favor de legitimarios, consistentes en la transmisión de propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presumen, sin admitir prueba en contrario, que son actos a título gratuito y que ha existido intención de mejorar al beneficiario. Agrega el artículo: *“El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación...”* Más allá de las diferentes interpretaciones doctrinarias a que da lugar este artículo, especialmente surgidas desde el ámbito notarial, no puede soslayarse su importancia a la luz de las consecuencias que traen aparejadas en nuestro ordenamiento los títulos provenientes de donación.

Como puede observarse, el escenario normativo es especialmente complejo y el asesoramiento notarial es especialmente valioso y experto.

c) Cesión de herencia

En la cesión de herencia o de derechos hereditarios, la intervención notarial es fundamental por cuanto la misma debe instrumentarse en escritura pública. La misma conforma



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

un contrato que permite la transmisión de bienes dejados por el causante durante la subsistencia de la comunidad hereditaria⁷⁴.

Se trata de un instituto muy rico y muy utilizado ya que permite reorganizar el acervo hereditario del causante, tratado como una universalidad, antes de su partición, sin recurrir a la figura de la donación que obstruye la circulación de los títulos ni a la transmisión a título oneroso de los bienes que resulta tan costosa desde el punto de vista impositivo.

En nuestro ordenamiento la cesión de herencia puede instrumentarse desde la muerte del causante hasta la partición.

Especialmente la doctrina notarial ha estudiado y desarrollado distintas alternativas con distintas consecuencias a través de la utilización de este instituto. Existe la posibilidad de instrumentar cesión de una parte de los derechos hereditarios, o de incorporar cargos en la misma sujetos a la condición suspensiva de la partición posterior. También pueden cederse los derechos gananciales que nacen con la indivisión postcomunitaria que se produce por la disolución de la comunidad de gananciales ante la muerte del cónyuge o incluso por divorcio.

En cuanto a la cesión de herencia sobre bienes determinados, la doctrina no es pacífica respecto a la viabilidad de la misma y mucho menos a su conveniencia. El Código Civil y Comercial establece en su artículo 2309 que la misma no se rige por las normas de la cesión de herencia, sino por las del contrato que corresponde, *“y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”*. En definitiva se trata de un supuesto que no goza de la misma naturaleza jurídica que la cesión de herencia que recae sobre todo o parte de una universalidad.

d) Partición

La partición, como forma de poner fin al estado de indivisión postcomunitario originado por la extinción del régimen patrimonial matrimonial de comunidad y el estado de indivisión generado por el fallecimiento de una persona, es especialmente importante en el ámbito familiar e incluso empresarial⁷⁵.

La regla general es que, con la intervención de todos los copropietarios de la masa indivisa, siendo éstos mayores de edad y capaces, y sin que medie oposición de terceros

⁷⁴ Cfr. Néstor D. LAMBER, *Cesión de derechos hereditarios*, Astrea, Buenos Aires, 2.018, p. 18.

⁷⁵ V. Mariana B. IGLESIAS y Adriana N. KRASNOW, *Derechos de las familias y las sucesiones*, La Ley, Buenos Aires, 2.017, p. 936.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

interesados, la partición puede otorgarse “*en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes*”.

Por el contrario, en caso de que existan menores, incapaces o personas con capacidad restringida, no haya unanimidad en el consentimiento o existan terceros que se opongan, la partición debe ser judicial.

La diferencia fundamental no sólo radica en los costos de uno y otro caso -siendo la judicial bastante más costosa-, sino en la **posibilidad de que la distribución de los bienes como consecuencia de la partición no exige que los lotes que se formen revistan equidad en cuanto a sus valores económicos**. Prima el criterio de equidad subjetiva. Mientras que los intervinientes consideren que la forma de distribución es justa y adecuada entre ellos, no hay ningún criterio económico que pueda afectarla.

Por otra parte, la partición, al igual que la división de economía, están fuera del ámbito impositivo por lo que constituyen instrumentos de gran importancia en la planificación patrimonial. Es común, por ejemplo, la atribución del derecho real de usufructo a los cónyuges supervivientes y la nuda propiedad a los descendientes respecto de los bienes del acervo hereditario, con el fin de dar amplia posibilidad de explotación de los mismos al cónyuge que, junto con el fallecido, construyó el patrimonio que conforma el acervo, pero evitando que los hijos deban atravesar un nuevo proceso sucesorio al fallecimiento del último.

e) Pactos sobre herencia futura

Como principio general, el Código Civil y Comercial sigue manteniendo el criterio tradicional de prohibir los pactos sobre herencia futura. No obstante, incorpora varios supuestos en los que los mismos son posibles.

Uno de los casos es el ya mencionado artículo 2461 del Código Civil y Comercial que considera actos a título gratuito a los actos a título oneroso celebrados a favor de legitimarios en determinados supuestos considerados en el mismo. El pacto sobre herencia futura en este aspecto tiene lugar cuando se establece la posibilidad de que los restantes legitimarios que, en razón de verdad no lo son por cuanto aún no ha fallecido el transmitente, concurran al otorgamiento del acto a consentir la enajenación.

Otro caso de pacto sobre herencia futura que también estaba contemplado en el Código Civil derogado, es la partición por ascendientes, por donación o por testamento, con obligación



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

por parte de los ascendientes de colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente hayan donado y sean susceptibles de colación.

No obstante, la novedad la introdujo el artículo 1010 del Código Civil y Comercial que señala:

“La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.”

La doctrina advirtió que la letra de este artículo pretendió dar cabida a la regulación de los protocolos de empresa familiar, no obstante, su trascendencia excede el ámbito de dicho instituto y constituye una previsión legal muy importante a la hora de prestar nuestro asesoramiento y sugerir distintas alternativas en la planificación familiar y sucesoria del patrimonio.

VI.

Conclusión

El denominado *ejercicio del oficio del jurista*⁷⁶ es tan amplio como disperso en relación con las actividades que -una vez escogidas de acuerdo a la vocación o a la oportunidad- cada uno comienza por habituarse a desarrollar cotidianamente⁷⁷. Desde esta posición, al notario o escribano puede bien caberle la descripción del *intérprete jurídico*, que en palabras de *Rodolfo Vigo*, “...es una especie de mediador que comunica a otros -aconsejando, enseñando o

⁷⁶ Cfr. Javier HERVADA, *Lecciones de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1.990, p. 86. De aquí surge que el oficio del jurista está compuesto principalmente por el juez, el abogado, el notario o escribano, el legislador y el profesor de derecho.

⁷⁷ Cfr. Fernando M. TOLLER, *Sistema de citas y redacción en derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2.016, p. 34. Al referirse al significado de los libros y la biblioteca para el ejercicio del oficio del jurista, el autor se refiere mucho más ampliamente a *los juristas* designando a los abogados, a los consultores, a los jueces, a los funcionarios, a los legisladores, a los notarios, a los profesores, a los investigadores y a los estudiantes de grado y postgrado.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

*mandando- cuál es la conducta que corresponde hacer y omitir o que puede hacerse y omitirse, según el significado que se le reconoce a ciertos comportamientos, cosas, palabras o cualquier otro texto jurídico*⁷⁸”. Se sostiene así que el *saber de los juristas* tiene como misión el *decir el derecho*, y por eso a los mismos se les reconoce una función inventora, elaboradora, creadora, formuladora o determinadora del derecho, que requiere de interpretación jurídica⁷⁹. De todos los que offician de juristas, es el notario quien, -incluso desde su propio origen histórico- se encuentra *naturalmente formado y dirigido para decir el derecho que tutela en la paz*. De ninguna manera puede el escribano avalar o promover el conflicto, lo que implica asumir que documento que alcanza *notarialmente a autorizarse* merece resguardar los derechos y valores que contiene de una manera especial.

La sanción del Código Civil y Comercial de La Nación que en la actualidad nos rige promueve una serie de reflexiones interesantes. La notable reforma legislativa que ha ocurrido en la República Argentina puede ofrecer como resultado tres tipos de instituciones: a) las *nuevas*, b) las *antiguas u obsoletas* y c) las *tradicionales*.

En alguna de ellas debe ubicarse y fundamentarse el documento notarial, que como sabemos, subsiste en el moderno cuerpo en los artículos específicos que no deben porqué presentarle al escribano o notario mayores problemas que los que emerjan de su estudio profundo y meditado⁸⁰. De esta manera:

- a) las *nuevas instituciones* merecen ser estudiadas y argumentadas en profundidad, para que su utilización comience cuanto antes y ayude al hombre a alcanzar de la mejor manera el fin del derecho que siempre es y será la justicia, independientemente de que ahora se ofrezcan vías de acceso a la misma con algunos excesos que pretenden encontrar asidero en una nueva y confusa visión -o extensión- del *concepto de libertad*⁸¹;
- b) las *instituciones antiguas*, aquellas obsoletas o en desuso son las que dejarán de existir naturalmente. No obstante, la ausencia del escenario principal no es ni será óbice para

⁷⁸ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación constitucional*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.004, p.16.

⁷⁹ Ídem, p. 23.

⁸⁰ Resulta verdaderamente ilustrativa la conferencia de Gabriel Ventura denominada *La Actividad Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=memG2MXdDig> (Último Acceso: 07/5/2019).

⁸¹ Debe siempre tenerse en cuenta que no pueden reclamarse los derechos si no se presenta de antemano, la prueba del cumplimiento de los deberes humanos básicos.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. **C.F.N.A.**

restarles la debida importancia. Las mismas servirán entonces para estudios históricos y comparativos, de fundamentación de nuevas naturalezas jurídicas y de contenidos, como parte de evoluciones o involuciones que el derecho ha tenido al plantearlas originariamente desde el derecho positivo; y finalmente,

- c) las *instituciones tradicionales*, que son aquellas que aún se mantienen en pleno vigor, precisamente porque lo tradicional trae consigo la noción de seguridad en la continuidad y de justicia en lo que se asimila como natural, y porque además sigue las ideas, las normas, las costumbres y los principios sostenidos desde antaño, mereciendo la subsistencia en razón de su conveniencia para el hombre y de su trascendencia para el derecho.

La institución notarial claramente se ubica en el concepto de tradición. Los tiempos alternan las necesidades de confort del hombre, e inclusive en ciertas ocasiones se suele plantear la inquietud acerca de la posibilidad del cambio de paradigma jurídico (por ejemplo, la derivación que se suele realizar hacia la consolidación del paradigma jurídico informático, ya argumentado hace mucho tiempo desde la iusfilosofía bajo el sugerente título de *informática jurídica decisoria*). El concepto de tradición acarrea al saber, que al decir de *Vallet*, se transmite a partir de la educación en la familia⁸². La familia se encuentra dotada de una enorme fuerza educativa, destinada a transmitir los conocimientos pasados para que sirvan y sean además, eficaces en el presente. Si esto es así, habrá que definitivamente comprender que la comunidad notarial no es sino una familia ampliada que vive y se mantiene incólume en el tiempo precisamente porque reposa en las enseñanzas de los ancestros que a partir del Primer Congreso Notarial Argentino (1917) no han dejado de trabajar para que nosotros gocemos en la actualidad, del merecido prestigio que presenta la institución notarial.

II.

Ponencias-

El notario es el profesional del Derecho que dispone de un lugar de privilegio en la relación con la persona humana, sus necesidades y proyectos. Eso exige una formación permanente e integral

⁸² Vallet de Goytisolo, Juan (1972). *Algo sobre temas de hoy*. Madrid: Speiro. p. 231.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. *C.F.N.A.*

así como una prestación de servicios personalizada y atenta a las diferentes posibilidades que se presentan en sus requirentes.

La extensión de la vida y los distintos escenarios que la persona transita tanto en la vejez como ante eventuales enfermedades o pérdidas, encuentra en el notario el jurista idóneo para encauzar sus preocupaciones y articular herramientas que acerquen soluciones válidas, dentro de un marco de seguridad jurídica.

Es fundamental la participación del notario en la planificación familiar y sucesoria tanto patrimonial como personal de los requirentes por cuanto es quien puede ofrecer un asesoramiento amplio y diversificado basado en el consenso y el cuidado equilibrado de los negocios jurídicos, evitando conflictos actuales y futuros.

La actuación notarial colabora incluso a dar sentido y articular distintos institutos y herramientas jurídicas que, interpretadas o evaluadas en forma dispersa, no alcanzan a desarrollar plenamente sus posibilidades.

La actuación notarial actual debe extenderse, teniendo en cuenta la tradición, a los nuevos elementos jurídicos que moldean las actividades cotidianas de los hombres y mujeres dispuestos a realizar negocios jurídicos.

La función notarial es una función social, que extiende su cometido hacia la tutela de los “nuevos derechos” desde el ejercicio del oficio del jurista: derechos de tercera generación como la protección ambiental y el cumplimiento del derecho del consumidor.

El adecuado ejercicio funcional permite a quien oficia de notario ponderar valores y principios en relación a la ley aplicable. De esta manera, la concreción de la seguridad jurídica en el documento genera la presunción de conformación de un acto justo en él contenido.

La tutela de la persona humana por el notariado genera la presunción de certeza, seguridad, justicia y paz en todos los actos y contratos en los que cada una de ellas participe, y desde cualquier posición.