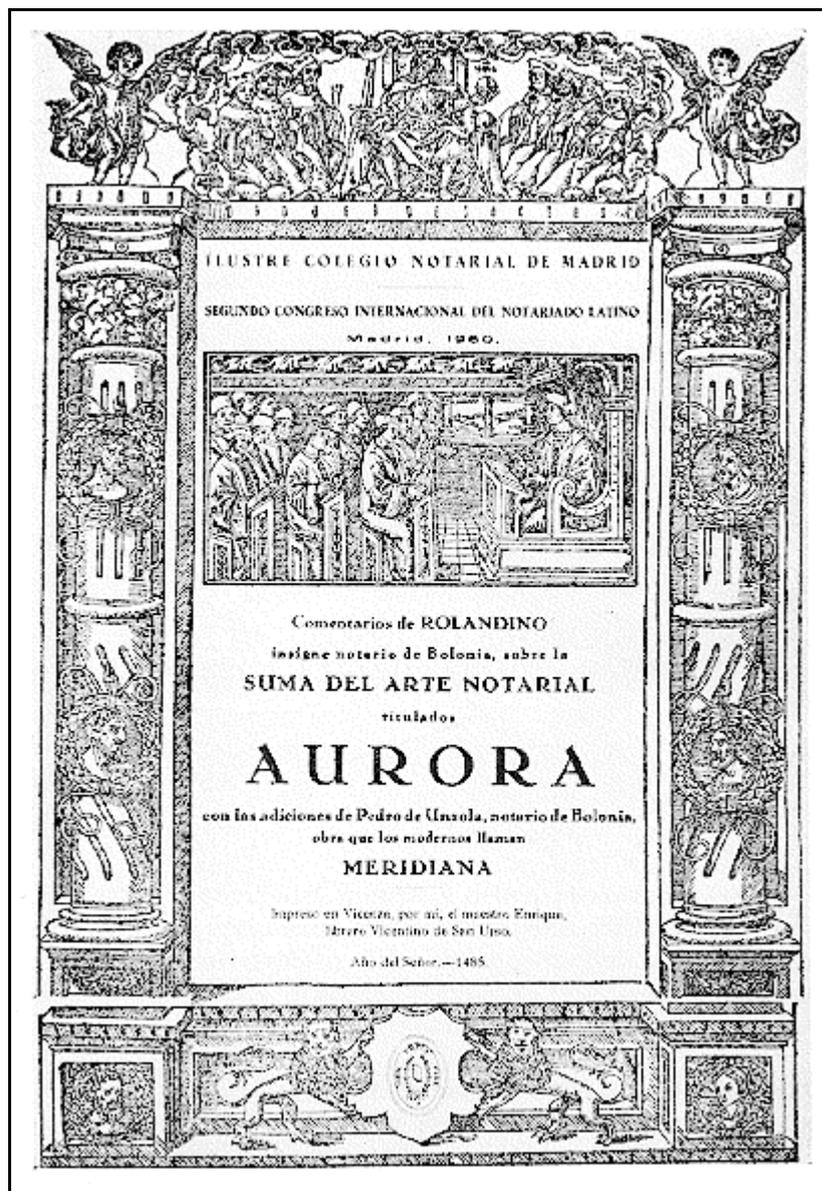


REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal



Portada de la obra Aurora del notario de Bolonia (siglo XIII) Rolandino Passageri. Versión al castellano de don Víctor Vicente Vela y del notario don Rafael Núñez-Lagos. El incunable latino carece de portada artística. Esta es reproducción de la obra de la portada correspondiente a la Suma, de Aron Cambray, 1537/

DOCTRINA

LA FUNCIÓN NOTARIAL. CONSIDERACIONES PREVIAS(*) (1)

LEOPOLDO BAISBURD y REBECA FAINSILBERG DE BAISBURD

Todas las actividades humanas deben evolucionar, como consecuencia del enriquecimiento del conocimiento. Ello es tan cierto que la función notarial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también debe ceder y modificar las instituciones que han perdido vida práctica, aceptando el péndulo constante que marca la hora del cambio integrador, para estar insertada en la realidad social.

La fe de conocimiento, como institución notarial tal como se la utiliza en la actualidad, implica un concepto de autenticidad, totalmente viciado, parcializado y en muchísimos casos, no responde absolutamente al contenido que expresa. Si bien resulta desde los orígenes de la institución notarial, un atributo fundamental para dar razón estructural al concepto de la autenticidad. La dinámica demográfica con su crecimiento constante y vertiginoso y el descubrimiento de sistemas de identificación nos indica claramente que la tradicional fe de conocimiento resulta ser una figura jurídica obsoleta, carente de sustento real, estableciendo una responsabilidad al notario, alejada del fin pretendido, por el solo hecho de hallarse vigente una norma que debe derogarse.

Toda disciplina intelectual debe adaptarse a la evolución de los tiempos en donde los hombres perfeccionan los sistemas, las formas, los modos y las relaciones entre los mismos. El notariado, como especialidad del derecho, debe adoptar y asimilar las corrientes de adaptación contemporánea a los requerimientos que el cuerpo social impone. Los negocios en general al haber ampliado su desarrollo y alcance, con características interdependientes universales deben tener el auxilio constante del derecho autenticado, que protege la buena fe, la celeridad y la seguridad jurídica.

Para ello es necesario, que ciertas disciplinas ejerzan una competencia totalmente segura y definitiva. El notariado, que es el depositario de la fe pública, debe ser el que vele por hacer efectiva esa "verdad consagrada", porque su validez erga omnes rige legítimamente, hasta tanto le sea oponible la redargución de falsedad. En consecuencia, la seguridad de identificación es fundamental.

El notariado en el mundo actual tiene una trascendencia política que jamás se hubieran imaginado los notarios de otrora; esto deviene por la aparición de los regímenes autoritarios contemporáneos, que forjan estados glotonos, dragones, que con la fuerza monopolizan todas las actividades. La función notarial, ampliamente protegida por la ley, preserva la libertad individual por cuanto es en el ámbito privado del estudio notarial que la persona, actuando libremente, solicita información, discute y, finalmente, obtiene el logro del derecho protegido, por el cual rogó la intervención del notario. Evitándose de ese modo estar a merced de un dependiente/funcionario, que no ofrece el empeño necesario en la protección del requirente por la falta de condicionamientos directos, ante la existencia de obligaciones derivadas de su actividad laboral, que inspira expectativas ajenas al interés de los terceros.

Ello impone la renovación, adecuación y ampliación de la especialidad notarial, en los estados democráticos, en los que rige la tradición notarial latina. Adaptarse y otorgarle a su vez mayor amparo al notariado, porque su función permite a los individuos establecer y fijar auténticamente sus derechos, en forma directa y libre, con los representantes de la fe pública, hacedores de la aseveridad testimonial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El notario otorga estabilidad y solemnidad a los derechos de las partes y no depende del desinterés burocrático del Estado, cuyas funciones son ejercidas por dependientes sin vocación, e inmersos en un procedimiento lento y antieconómico. Es necesario desalentar el interés sectorial cuando debe protegerse la generalidad.

Ciertos derechos deben ser declarados vigentes, no por la vía del procedimiento judicial, por cuanto no son de instancia controvertida, sino de comprobación de secuencias y/o cumplimiento de normas legales. Dicha función deben ejercerla quienes se han dedicado a ser receptáculo de la delegación que el Estado brinda referente a la fe pública. El notario, como mandatario estatal especialísimo, es el encargado de consagrar los derechos que los individuos necesitan y les corresponden que se acepten como válidos.

Para ello se necesita explicitar y desarrollar un amplio vademecum de competencia notarial, incorporándose a la ciencia jurídica, un ordenamiento con mayor precisión, que agilizaría la proclamación de los derechos que requieren la participación notarial. Se enmarcaría a la especialidad notarial en un contexto contemporáneo acorde con los cambios que se producen en todas las áreas del conocimiento, y en el quehacer negocial, que actualmente merece el auxilio notarial, que por sus características, debe brindar a la documentación contractual, una autenticidad per se.

De esa forma, la agilidad producirá una enorme economía y un giro mayor de capitales y, por ende, una producción de riqueza extra, ya que se evitaría la participación del Estado burocrático en la fiscalización del cumplimiento de los requisitos que fijan las normas vigentes, por cuanto ello es función verificadora de especialistas en autenticidad, y que por motivos obvios, resultarán más eficaces.

En la actualidad, dado el alcance de la informática, se ofrece a las personas en cualquier lugar la posibilidad de obtener en tiempo récord cualquier información.

Conscientes, consecuentemente, de la vertiginosidad técnica del acopio informático, el notario, en su función, debe integrar la tarea de brindar también autenticidad a dicha información, a los efectos de que la técnica sirva para brindar celeridad y la actividad notarial aproveche tales herramientas del conocimiento para ofrecer a las personas una seguridad en todas las áreas en que la persona necesite proclamar un derecho o informe auténtico. Para ello es menester que el notario se introduzca en las fuentes generadoras de la alimentación informática, para obtener la certeza del informe que se procesa y, de esa manera, cuando es requerida su certificación, estará en condiciones intelectuales de consagrar la verdad informada auténticamente.

El notario es el profesional que reúne en su especialidad, la posibilidad de mantener la libertad en la contratación, en forjar constantemente el concepto democrático de la libertad de elección, tan trascendental en esta época, en la cual existe una constante vocación de los hombres en convertir al Estado en un monopolio totalizador de la mayor parte de las actividades de los habitantes. La función notarial es definitivamente en la sociedad el símbolo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

protector de la libertad, porque ejerce sus funciones como consecuencia de la rogación de los particulares interesados, que libremente tratan de obtener la autenticidad, la legitimidad y el asesoramiento para la exteriorización del derecho que quieren proteger u obtener. No es suficiente dar u otorgar fe de los actos y/o hechos, que son rogados, sino que el notario ejercita "la política asesora del derecho y desempeña la función policial jurídica" en favor de las personas que lo requirieran; es en esa elección en la cual la libertad del individuo exterioriza en plenitud su condición de ser y actuar independientemente. Por tal circunstancia, la existencia de la delegación de funciones que el Estado brinda en las personas de los notarios para regular y dar seguridad a las relaciones privadas de las personas, merece la total disposición protectora de parte de aquellos que asumen la responsabilidad de ejercer y aportar tales resultados a favor de los rogantes.

Por lo tanto, es una suerte no prevista que una actividad derivada del poder coactivo del Estado, como es la función autenticante en el notario legitimada por los atributos previstos en las leyes respectivas, contribuya a conservar y fortalecer las estructuras democráticas de los estados de derecho. Esto es así debido a que una gran cantidad de actos y hechos, previsibles o no, son protegidos con la intervención de los notarios, encargados de interpretar la consagración de derechos reconocidos en la ley. Supliendo de ese modo, a través de la autenticidad, los vacíos que la ley no contempla por omisión de circunstancias no provistas por el legislador.

Por ello resulta imprescindible la elaboración de un código notarial, en donde se compilen orgánicamente los actos y hechos que obligatoriamente sean de competencia notarial, su protección, y de ese modo se simplifica la tarea del Estado que dejaría de intervenir en los asuntos privados que no sean controvertidos.

Así, la función autenticante controlada por especialistas y profesionales del derecho colabora y evita la carga al Estado, en funciones en que no es necesario proteger el orden público y la paz social, acelerándose de esa forma los resultados buscados por los interesados, convirtiendo la eficacia de los negocios en económicamente más atractiva, porque generaría una dinámica mayor y la velocidad rotativa de los negocios producirá más riqueza. Favoreciendo a la sociedad, por la creación de "estados patrimoniales" continuos cuya disponibilidad en consecuencia genera nuevas opciones negociales, aumentando la cadena de beneficios. La fe de conocimiento debe definitivamente modificarse en cuanto a su contenido declarativo. Resulta imprescindible modificar su concepto práctico de resultado, por las razones que más adelante se exponen.

Así como es obligatorio, para autorizar actos de transmisión de los bienes inmuebles y muebles registrables, la previa verificación mediante la certificación correspondiente de los asientos registrables, dado que el documento portante de la información (testimonio), por sí y en forma autónoma no da fe de titularidad, sino que es de "fe dependiente" hasta tanto no se ratifique con la certificación pertinente, por la misma razón a los efectos de perfeccionar "la seguridad jurídica" es menester reformar el concepto práctico de la fe de conocimiento que se refiere a la persona.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El estado de derecho, en la actualidad, tiene inventariada la totalidad de los seres humanos que ocupan el territorio demarcado y aceptado por la comunidad de naciones, los que se hallan registrados e individualizados con un número y dactiloscópicamente. De la misma manera que los bienes se hallan inventariados en los registros inmobiliarios y de otras especies, producto de la necesidad de organizar y tener certeza a quien pertenecen. De lo que se infiere que en cuanto a la persona, se hace imprescindible que la autenticidad también resulte indubitable, logrando de esa forma la seguridad jurídica real y concreta.

En consecuencia, debe incorporarse a la ley el requisito indispensable de solicitar preventivamente un certificado dactiloscópico de verificación de la persona, que dice estar individualizada bajo un número determinado. Dicha certificación será solicitada ante el Registro y/o la oficina que lo sustituya, en que fue gestionado y obtenido el documento que exhibe el interesado/titular. Para ello se diagramará un formulario especial con los datos personales y un espacio reservado para insertar el o los dígitos que los técnicos establezcan. De esa manera, la fe de conocimiento será auténtica, emanada de la registración previa, evitándose de esa forma la producción de actos ilícitos y, en consecuencia, el documento portante expedido por el notario será un instrumento jurídico completo.

El documento, de esta forma, tendrá un alcance universal imbuido de una seguridad que se hace imprescindible en el tráfico de los negocios. De lo contrario dichos documentos certificados se hallan viciados en cuanto "a la seguridad en la identidad de la persona", por cuanto la expresión inocua, vaga e irresponsable "que dice ser" hace dudosa la identidad de la persona, siendo una proclamación que puede ser apócrifa y falsa la firma; de todo lo cual el repertorio jurisprudencial tiene vasta información sobre esta lamentable situación jurídica, que se mantiene por una inconfesable apatía de los notarios y una falta de conocimiento del legislador. Su necesidad es notoria y hace al perfeccionamiento del "valor seguridad jurídica".

También deberá tener el mismo tratamiento la verificación del estado civil de los cónyuges y/o comparecientes en los actos dispositivos (soltero - casado). Es una condición de estado civil, que también la organización del estado de derecho tiene registrada en los libros protocolares respectivos.

Siendo tan importante en la protección de los bienes gananciales y/o del asiento del hogar conyugal, al invocarse tal condición también debe requerirse una certificación del estado civil que se invoca, a fin de no burlar la buena fe pública y evitarse que la ley por una omisión y/o imperfección resulte la cómplice para la comisión de ilícitos por parte de individuos que se aprovechan de un vacío de la ley. En consecuencia y a fin de que la proclamación y denuncia del estado civil se verifique en forma indubitable en protección de los terceros y de la familia, en cada acto de disposición de bienes, otorgamiento de la tutoría, emancipación de menores, etcétera, la ley obligatoriamente debe exigir la necesidad de requerir una certificación del estado civil, mediante un formulario adecuado con los requisitos pertinentes. Para ello será necesario que esté centralizada la información

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por computadora de todos los registros civiles del estado de derecho, produciéndose una vez más el enlace de los conocimientos cibernéticos y jurídicos, como demostración de que todas las inquietudes del conocimiento convergen a la unidad de la lógica, reflejo de la unicidad inteligible del ser humano.

Que este modesto y vocacional opúsculo de propuestas notariales que hacen a la seguridad jurídica local y universal reciba la crítica necesaria, para que siembre el interés general y coseche el fruto de la recomendación adecuada, para toda la comunidad organizada, como una colaboración social imbuida de un contenido solidario profesional.

APTITUD TESTAMENTARIA DE LOS MENORES DE EDAD(*)(2)

La ley argentina exige tener 18 años cumplidos para poder testar

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Concepto de capacidad de hecho y de derecho. II. Antecedentes históricos. III. Tesis dominante en la materia. IV. Legislación argentina relativa al tema. V. La capacidad para testar y la emancipación. VI. La capacidad de la mujer casada menor de edad. VII. Modo de contar la fecha. Instante en que comienza. VIII. Apreciación de una sugerencia presentada a la VII Jornada Notarial de Entre Ríos.

I. CONCEPTO DE CAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO

Como enseña Arias(1)(3), todo sujeto de derecho necesita para realizar actos jurídicos, dos elementos indispensables: a) condiciones físicas suficientes para obrar con voluntad y discernimiento, y b) el reconocimiento del derecho acordándole la facultad de gozarlo. En resumen: necesita tener capacidad. Faltando los primeros, tiene incapacidad de hecho.

Si existe una prohibición expresa de la ley, falta el segundo, entonces, la persona es incapaz de derecho.

La capacidad es susceptible de graduación, se puede ser más o menos incapaz. Los incapaces de derecho carecen de caput o capacidad jurídica. El caput está integrado por tres elementos: libertad, ciudad y familia. En el antiguo derecho romano, los menores púberes eran plenamente capaces. La pubertad se alcanzaba a los 12 años por la mujer y a los 14 por los varones(2)(4).

Durante la República una ley praetoria, sin declararlos incapaces, acordaba un recurso legal a los menores de 25 años, para castigar al que abusare de su inexperiencia; luego, el pretor acordó la in integrum restitutio y el derecho imperial creó para dichos menores una curatela especial con lo que quedó terminada esta evolución y establecida prácticamente o de hecho esta incapacidad para obrar.