

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012



**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título: LA PERSONA HUMANA, SU TRASCENDENCIA JURÍDICA.
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. EL ORDEN PÚBLICO.**

Autor: Notario Ana Lía Díaz Prandi.

Integrante del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

***“La sociedad no es que se asemeje a un organismo
viviente, es un organismo viviente”¹***

¹ Apólogo de Menenio Agripa citado por Francisco Carnelutti en su obra ***Como Nace El Derecho***.

SUMARIO.

Pág.

Ponencias.

5

La autonomía de la voluntad como principio general del derecho.

7

El orden público.

8

Conclusión.

11

PONENCIAS.

La autonomía de la voluntad no es una mera declamación sino una institución jurídica que se exterioriza cuando las personas eligen celebrar determinados actos, regulados por las leyes y cuando elegida la esfera de actuación, esa voluntad pretende fijar el contenido de dichos actos. A la luz del plexo normativo imperante, en muchas instituciones de nuestro orden jurídico existe una fuerte restricción a dicha autonomía la que debe sujetarse a la ley, cuando existe una norma que regula el acto que se pretende otorgar. No puede desconocerse o peor aún ignorarse deliberadamente que nuestra sociedad es vital y pensante y que clama y reclama por normas que le permitan cumplir con sus más íntimos deseos.

El orden público entendido como un conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos que se vinculan con la organización social limitativos de la autonomía de la voluntad en pos de respetar los principios superiores del ordenamiento jurídico, es una pieza maestra que hay que ajustar de vez en cuando, para que los pilares de nuestro orden jurídico se mantengan firmes y resistentes a los cambios. Anclarnos en él importa mantener vigente los valores en los que se asienta nuestra sociedad, Pero aún así, si queremos que esta noción no pierda su vigencia, debemos mantenerla permeable a los cambios, a efectos de evitar que se la ignore so pretexto de no ajustarse a las necesidades y requerimientos propios de una época determinada.

Ante el vacío legislativo o bien ante la existencia de leyes que limitan injustificadamente el campo de acción de la voluntad, la persona no puede crear, por medio de los actos y convenciones que celebre, un derecho a la medida de sus necesidades. En estos supuestos, se impone la creación de una normativa justa, lo que se logrará, si el legislador visualiza la realidad social y los cambios que importan una mayor injerencia de la autonomía de la voluntad en ámbitos reservados a normas imperativas de orden público, ya que si no confronta la ley con la realidad se arriesga a dictar normas impotentes para lograr la paz social.

El Notariado se encuentra ante el desafío de transformar un deseo, en un acto jurídico válido que le asegure al otorgante la plenitud de sus efectos. La intervención notarial garantiza el respeto de la normativa vigente y su adecuación a situaciones no previstas por el legislador, reforzando la seguridad jurídica que la comunidad requiere.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.

La intención de este trabajo es centrar la mirada en la Autonomía de la Voluntad, como principio general del Derecho, consecuencia natural de la persona humana y fuente generadora de normas.

“La Autonomía puede manifestarse en dos sentidos, en la creación de las relaciones jurídicas o en el establecimiento del contenido de esas relaciones”².

Diríamos entonces que está presente, cuando las personas eligen celebrar determinados actos, regulados por las leyes.

Y también está presente, cuando elegida la esfera de actuación, esa voluntad pretende fijar el contenido de dichos actos. Sin embargo, a la luz del plexo normativo imperante, diríamos que esto no siempre puede hacerlo, por cuanto en muchas instituciones de nuestro Orden Jurídico, existe una fuerte restricción a la Autonomía de la voluntad.

La Autonomía de la Voluntad debe sujetarse a la ley, cuando existe una norma que regula el acto que se pretende otorgar. Pero ante el vacío legislativo o bien, ante la existencia de leyes que limitan injustificadamente el campo de acción de la Voluntad, la persona no puede crear, por medio de los actos y convenciones que celebre, un derecho a la medida de sus necesidades. En estos supuestos, se impone la creación de una normativa justa, lo que se logrará, si el legislador visualiza la realidad social.

² Juan José Prado y Roberto García Martínez: “Instituciones del Derecho Privado”.-Editorial: Eudeba

Los cambios sociales, que desde hace algunos años, denotan una mayor ingerencia de la autonomía de la voluntad en ámbitos reservados a normas imperativas de Orden Público, ejemplifican la frase del epígrafe.

La sociedad argentina actual refleja un profundo cambio, y es en aspectos ligados a los temas de familia, en los que hoy ponemos nuestra atención.

Podemos ser más o menos conservadores para aceptar ciertos cambios y reclamos sociales, que nacen del *derecho de ser diferente*³, pero no podemos desconocer o peor aún ignorar deliberadamente, que nuestra sociedad es vital y pensante y que clama y reclama por normas que le permitan cumplir con sus más íntimos deseos.

Decisiones trascendentales en la vida del hombre, como contraer matrimonio, manejar el patrimonio de la sociedad conyugal, concebir a los hijos, formar una familia, disponer de los bienes para después de la muerte, están profundamente impactados por nuevos sentimientos y necesidades, que el derecho no ha podido hasta hoy, canalizar debidamente .

EL ORDEN PÚBLICO.

*El Orden Público es una pieza maestra que hay que ajustar de vez en cuando, para que los pilares de nuestro Orden Jurídico se mantengan firmes y resistentes a los cambios.*⁴

Entendido como un conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos que se vinculan con la organización social, el orden publico se

³ Ricardo Luis Lorenzetti-Tratado de los Contratos-Parte General.-Editorial: Rubinzal-Culzoni

⁴ Ana Lía Díaz Prandi-"El orden público"-IX Seminario Independencia del Poder Judicial.-

muestra vulnerable en su finalidad última de limitar la autonomía de la voluntad en pos de respetar los principios superiores del ordenamiento jurídico.

Necesita adaptarse a las nuevas tendencias de esta sociedad Argentina que ya ha receptado el matrimonio igualitario y pronto las convenciones matrimoniales (proyecto de reforma del Código Civil), con la posibilidad de elegir un régimen patrimonial distinto al de Comunidad de gananciales.

Ante los profundos cambios sociales, será el Juez el que deberá acercar el derecho y la autonomía de la voluntad, acortando las distancias que los separa.- Al decir de Carnelutti *“La jurisprudencia, entendida ésta como actividad necesaria y suficiente, no tanto para hacer cuanto para hacer bien el derecho , es decir, no tanto para hacer cualquier derecho cuanto para hacer derecho justo”*. Pero, con que parámetros lo hará?, en que principios basará sus decisiones?.

De alguna manera todos los operadores del derecho sentimos que los requerimientos han cambiado.

Las personas, sujetos de derecho y obligaciones, y dueños de la autonomía de la voluntad, se acercan a las notarias con diversas inquietudes legítimas, que hoy el notario argentino no puede satisfacer por carecer de la normativa apropiada.

Estas inquietudes no buscan el perjuicio de determinadas personas, ni están reñidas con la moral, simplemente surgen de otra forma de vida. En ese sentido Kant en la *Crítica de la Razón Pura*, refiere al principio de la autonomía de *la voluntad como fuente única de toda obligación y una fuente justa, por cuanto si es posible ser injusto cuando se trata de decidir para los demás no se lo puede ser cuando se decide para sí mismo.*⁵

⁵ Cita del Escribano Juan E. Blengio, en su trabajo “La Autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras Reflexiones sobre un tema a discutir”. III Jornadas Uruguayas de Derecho Privado-Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro” 1998.

El notariado se encuentra ante el desafío de transformar un deseo, en un acto jurídico valido que le asegure al otorgante la plenitud de sus efectos.

Realidades como la fecundación asistida, criopreservación de embriones, el alquiler de vientres, las familias “ensambladas”, por estar compuestas por hijos de distintas uniones, las uniones basadas sólo en el afecto, y sin vínculos legales que las regulen, la necesidad de disponer de los bienes con mayor amplitud para después de la muerte, los acuerdos en el ejercicio de la patria potestad, hacen pensar que la intervención notarial, en mucho puede ayudar a que los particulares encuentren el camino legal adecuado para darle forma a la autonomía de su voluntad.

La capacidad jurídica y discernimiento de las personas constituyen también, un gran desafío. Las convenciones internacionales, receptadas por la Argentina en las Leyes 26378 (Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) y 26061 (sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes), como así también por la doctrina nacional actual, nos compromete al reconocimiento del derecho que tiene la persona humana, de expresar su voluntad en distintos actos, merituando su real discernimiento y capacidad para comprender y decidir.

En este sentido la XIV Jornada Notarial Iberoamericana 2010, concluyó ;,,” c) *Que el notario como intérprete inmediato de las modificaciones legislativas, debe encuadrar en ellas la conducta de sus requirentes, propiciando en los actos en que intervenga la participación de las personas en los asuntos de su interés, calificando para ello su aptitud de discernimiento para el acto concreto a otorgar...”.- Y la Ponencia Argentina en dichas Jornadas resaltó: “ e) Que el notariado debe adecuar a los nuevos paradigmas la instrumentación de los actos que diariamente le son requeridos, para dar la debida participación a las personas con discapacidad y a los menores de edad, de acuerdo a su real aptitud de discernimiento. En este sentido, su tarea reclama máxima prudencia para lograr la protección de los derechos de los más vulnerables sin que ello importe un deterioro para la seguridad jurídica...”.*

Frente a estas temáticas, con que herramientas receptaremos la voluntad de nuestros requirentes?.- Asumiremos el desafío de redactar el instrumento, aún cuando pueda ser objeto de un cuestionamiento futuro?.

Sostenemos y reafirmamos la idea, de que el documento notarial, dará contención legal a estos requerimientos, ya que la intervención notarial, garantiza el respeto de la normativa vigente y su adecuación a situaciones no previstas por el legislador, reforzando la seguridad jurídica que la comunidad requiere.

El notario respetará la decisión del individuo, dando debida y legal forma a su voluntad. Su asesoramiento será fundamental para que las personas logren salvaguardar sus intereses.

CONCLUSIÓN.

La autonomía de la voluntad no es una mera declamación. Si el legislador no confronta la ley con la realidad, se arriesga a dictar normas impotentes para lograr la paz social.

El orden público es un principio fundamental y anclarnos en él importa mantener vigente los valores en los que se asientan nuestra sociedad. Pero aún así, si queremos que esta noción no pierda su vigencia, debemos mantenerla permeable a los cambios, a efectos de evitar que se la ignore so pretexto de no ajustarse a las necesidades y requerimientos propios de una época determinada.