

# XVI Jornada Notarial Iberoamericana

La Habana, Cuba, 23 al 25 de Noviembre de 2.014

## Tema III

“MATRIMONIO Y DIVORCIO ANTE NOTARIO”



Coordinadora Internacional: Licenciada Mayra Veliz (Guatemala)

Coordinadora Nacional: Escribana María Marta L. Herrera (Argentina)

## “MATRIMONIO IGUALITARIO”

Autora: Notaria Cecilia Inés Baras (Argentina)

Colegio de Escribanos de la Provincia de Mendoza

En colaboración con:

Notaria Patricia Elena Trautman (Argentina)

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Escribana María Marta Luisa Herrera (Argentina)

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires)

Escribana Patricia Adriana Lanzon (Argentina)

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires)



## **MATRIMONIO IGUALITARIO**

**Esc. Cecilia I. Barás**

**Mendoza - Argentina**

Argentina desde el 15 de julio de 2.010 permite el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante la ley 26.618, convirtiéndose en el primer país de América Latina en reconocer este derecho y décimo país en legalizar este tipo de unión a nivel mundial.

Cabe destacar que en Argentina se utilizó la expresión matrimonio igualitario para hacer referencia a la reforma del Código Civil, porque se entendía en la sociedad que se trataba de la búsqueda de la igualdad entre sus habitantes. Término que empezó a ser frecuentemente utilizado el término para referirse a la igualdad del matrimonio en otros países en donde se discutía o se discute, como Uruguay, Colombia, Chile y Brasil.

Es decir que deja de regir como carácter tipificante y esencial del matrimonio civil la heterosexualidad. Unas 1300 parejas del mismo sexo contrajeron matrimonio durante los primeros 6 meses de vigencia de la ley 26,618, y hasta la fecha ya habrían contraído matrimonio 9500 parejas aproximadamente.

### **Antecedentes**

El matrimonio entre personas del mismo sexo, en nuestro medio, no cuenta con antecedentes legales propiamente dichos, excepción hecha de la algunas disposiciones sobre el concubinato y sus consecuencias y las normas regulatorias de la denominada "unión civil", en la órbita local, que en buena medida no son sino el reflejo positivo del instituto antes mentado.

La unión civil, en cambio, plantea la posibilidad que esa convivencia de hecho, con los caracteres de estabilidad y permanencia, sustentada en afectos comunes, se verifique por igual, entre personas de distinto o de igual sexo, y que en ambos casos, ello sea expresamente reconocido por el Estado, facilitándose así su prueba.

Advertimos una clara diversidad legislativa en la concepción de este instituto en las demarcaciones citadas, puesto que algunas la identifican con el concubinato, sea entre personas del mismo o de distinto sexo -como sucede en el ámbito porteño-, mientras que otras la reservan para las personas del mismo sexo -como se verifica en la provincia de Río Negro, donde se la designa como "convivencia homosexual".

El 12 de diciembre de 2.002 se aprobó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el proyecto de ley de unión civil presentado por la Comunidad Homosexual Argentina. De esta manera, se convirtió en la primera jurisdicción de América Latina en legalizar la unión civil entre personas del mismo sexo.<sup>1</sup>

Si bien se refiere a una institución distinta y con alcances limitados, abarca tanto a parejas del mismo como de distinto sexo, y sirvió como apoyo a las distintas organizaciones locales que reclamaban el reconocimiento a nivel nacional de derechos para las parejas del mismo sexo (unión civil nacional y matrimonio).

Luego se sumaron la provincia de Río Negro y las ciudades de Villa Carlos Paz y Río Cuarto en la provincia de Córdoba.

### **Fallos judiciales**

Desde 2.007 fueron presentadas varias acciones de amparo en la Justicia Argentina, reclamando se declare la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que impiden el ejercicio del derecho al matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

El primer amparo fue presentado por María Rachid, Presidenta de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), junto con su pareja Claudia Castro. El recurso fue elevado a la Corte Suprema de Justicia, quien se pronunciaría a favor del mismo, aunque no debió dictar fallo al aprobarse en el Congreso la reforma del Código Civil. El 21 de enero de 2008, representantes de la Comunidad Homosexual Argentina, contrajeron matrimonio en España, como estrategia política para impulsar el reconocimiento legal de las parejas homosexuales.

El 13 de noviembre de 2009, la jueza Gabriela Seijas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró inconstitucionales los artículos 172 y 188 del Código Civil, en cuanto limitaban el matrimonio a personas de distinto sexo, y permitió que los peticionantes Alex Freyre y José María Di Bello pudieran casarse.<sup>2</sup>

La pareja obtuvo el turno para que se realice el matrimonio el día 1 de diciembre de 2.009, de fuerte simbolismo ya que se trata del Día Mundial de la Lucha contra el HIV, en un Registro Civil de Palermo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ese mismo día la jueza del Juzgado Nacional en lo Civil Martha Gómez Alsina decide dar lugar a una apelación

---

1 Diario La Nación, 19/07/2003, "Quedaron conformadas las primeras uniones civiles.

2 Fallo completo en Web Centro de Información Judicial. <http://www.cij.gov.ar/nota-13881-Confirman-fallo-que-ordena-ajustar-un-haber-previsional-en-la-Ciudad-de-Buenos-Aires.html>

realizada por la Corporación de Abogados Católicos, suspendiendo el amparo, por lo que no pudo realizarse el matrimonio.<sup>3</sup>

El 28 de diciembre de 2.009 se realizó el primer matrimonio civil entre personas del mismo sexo Alex Freyre y José María Di Bello de Latinoamérica y el Caribe en la ciudad de Ushuaia en la provincia de Tierra del Fuego. La ceremonia entre fue posible gracias al decreto 2996/09<sup>4</sup> emitido por la gobernadora de la provincia, quien acató el fallo de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil emitido por la Jueza Gabriela Seijas.

El 22 de febrero de 2.010 otra jueza de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Elena Liberatori, hizo lugar al recurso presentado por Damián Ariel Bernath y Jorge Esteban Salazar Capón, para que se lleve a cabo su matrimonio. El Arzobispado de Buenos Aires y la Corporación de Abogados Católicos apelaron el fallo ante la Fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad María del Carmen Gioco, que fue rechazado por improcedente, por lo que finalmente el matrimonio se celebró el 3 de marzo de 2,010 siendo el primer matrimonio entre personas del mismo sexo realizado en la Ciudad de Buenos Aires y segundo celebrado en Argentina.

El 9 de abril de 2,010, se celebró el primer matrimonio lésbico de Argentina y tercer matrimonio entre personas del mismo sexo, en un Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El cuarto matrimonio habilitado judicialmente fue el de Carlos Álvarez y Martín Canevaro, el 15 de abril de 2010.

El quinto matrimonio fue entre un ciudadano francés Gilles Grall y Alejandro Luna, el 30 de abril de 2010 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se celebraron por esta vía en total 10 matrimonios mientras se producía el debate de la ley.

### **Antecedentes parlamentarios**

A principios de la década de 1990, la Asociación Gays por los Derechos Civiles trató de impulsar el proyecto de una ley de matrimonio civil, pero sin resultados. El 11 de diciembre de 1998 fue presentado un proyecto de «parteneriato» a nivel nacional en la Cámara de

---

3 Fallo completo en Diario Judicial.

[http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/12/01/noticia\\_0005.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/12/01/noticia_0005.html)

4 Texto Decreto. <http://seminariosdiversidad.blogspot.com.ar/2010/01/decreto-299609-de-la-provincia-de.html>

Diputados por la diputada Laura Musa, que no fue tratado y al perder estado parlamentario fue reiterado por la diputada Margarita Stolbizar el 23 de marzo de 2.000, con nuevas presentaciones en los años 2.002 y 2.004 por la diputada Laura Musa. La ley se llamaba «Parteneriato, uniones para personas del mismo sexo», evitaba la confrontación directa con la Iglesia Católica y estaba fundamentado por la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina (SIGLA).

En 2005 la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) presentó el proyecto de «unión civil» nacional, que a diferencia de las uniones locales incorpora (porque es competencia del Congreso Nacional) todos los derechos (pensión, patria potestad compartida, herencia, beneficios previsionales y de obra social, etc) para todas las parejas de distintos y del mismo sexo, con un régimen diferente al matrimonio, ya que no regula la necesidad de monogamia, ni del contrato conyugal, ni la anulación del contrato por la existencia de determinadas condiciones físicas y de salud, entre otros cuestionamientos a la institución matrimonial. Este proyecto perdió estado parlamentario al siguiente año.

En mayo de 2.007 el diputado Eduardo Di Pollina, con la colaboración de la diputada Marcela Rodríguez presentaron en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley de matrimonio entre personas del mismo sexo en el marco de la campaña de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) por ese derecho.

En octubre de 2007, la senadora nacional por la Ciudad de Buenos Aires Vilma Ibarra, también con el respaldo de la FALGBT, presentó en el Senado un proyecto de ley similar al de Di Pollina, que llevó el debate a la Cámara Alta.

## **Debate parlamentario**

### **Tratamiento en la Cámara de Diputados**

El 5 de mayo de 2010 aprobó un proyecto de ley modificatorio del Código Civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo por 126 votos a favor frente a 110 en contra y seis abstenciones. Frente a la propuesta, los partidos dieron libertad a sus legisladores para votar. Los de mayor representación no tuvieron posiciones unánimes.

### **Tratamiento en la Cámara de Senadores**

El 15 de Julio de 2010 se aprobó el dictamen de modificación de la Ley Civil de Matrimonio, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, tal cual había sido sancionado en Diputados. La votación fue de 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones, hubo opiniones divididas en todos los bloques.

## **La nueva ley**

La ley aprobada (Ley Nacional N° 26.618)<sup>5</sup> es una modificación de algunos artículos del Código Civil en su libro I, sección segunda «De los derechos en las relaciones de familia», del libro II, sección tercera, título II, «De la sociedad conyugal» y de otras secciones del código.

El cambio más importante se dio sobre el artículo 172, que definía al matrimonio entre «hombre y mujer». A partir de esta ley se reemplazó por «contrayentes» y se agregó: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

Esto implica también la adopción, ya que el artículo 312, que reza «Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges» no se modifica. En el artículo 326, que trata sobre el apellido de los hijos adoptivos, hace una aclaración para cuando se trata de padres de distinto o de mismo sexo.

También se modificaron artículos de la ley 26.413 sobre inscripción de nacimientos, y la 18.248 sobre los nombres y apellidos de las personas.

La nueva ley fue promulgada por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner en un acto realizado en Casa Rosada, del que participaron representantes de todas las organizaciones.

## **Derecho de Familia en la actualidad**

El derecho de familia en épocas recientes ha debido enfrentar transformaciones relevantes, las cuales, activadas por cambios sustancialmente similares a la realidad social en los múltiples contextos como así también por la creciente relevancia de los derechos fundamentales del individuo, han reducido significativamente los rasgos diferenciadores existentes — en razón también de contextos culturales no siempre íntegramente homogéneos — entre los ordenamientos. Actualmente existe la tendencia a fijar la atención,

---

5 Texto completo de la ley. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>

también en vistas de una perspectiva (no simple) de armonización, sobre los valores comunes, respecto de los cuales se considera que las diferencias deben ser consideradas como simple resultado, no tanto de la diversidad de los ambientes de referencia, sino más bien de la velocidad con la cual los sistemas nacionales, también en razón de los equilibrios políticos, secundan las exigencias de reforma.<sup>6</sup>

En un marco de este tipo, la reflexión sólo puede iniciar en la relación existente entre la familia y el matrimonio, tal como está fijada en la norma constitucional a los fines de iluminar el rol del Estado en la familia. Los argumentos para fundamentar la reconstrucción en términos de necesidad de la mencionada relación ya han sido tomados en consideración en una perspectiva futura y, de todos modos, con una específica referencia a la adopción y a la filiación natural, destinados a perder su valor originario.

La cuestión del matrimonio entre homosexuales, lesbianas y travestis, ha sacudido las raíces mismas del derecho de familia en todo el mundo occidental, provocando cambios esenciales en su estructura, llevando a que 15 países acepten legislativamente la posibilidad de su celebración y otros muchos regulen uniones convivenciales alternativas al matrimonio con similares o idénticos efectos.<sup>7</sup>

Por otra parte hay que señalar que los matrimonios celebrados por personas de igual sexo constituyen una familia que debe ser respetada y que el no otorgar iguales efectos a los matrimonios igualitarios legalmente constituidos produce una humillación para cientos de parejas de igual sexo.

La ley de matrimonio igualitario a nivel nacional, que incluye Herencia y Adopción, modifica los Derechos Humanos en general y los Derechos Civiles en particular, otorgando capacidad legal de unión a dos personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.<sup>8</sup>

---

6 BALESTRA, LUIGI, "La evolución del Derecho de Familia", en DFyP 2014 (mayo), 33.

7 MEDINA, GRACIELA, "División de poderes y matrimonio entre personas de igual sexo", EN Revista La Ley 2013-E, 16.

8 ANGELOZ, GRACIELA, "Nuevas configuraciones familiares, homosexualidad, adopción y filiación. Aportes desde la teoría psicoanalítica y el Derecho de Familia", en DFyP 2013 (julio), 31.

## **Influencia del derecho notarial en el derecho de familia<sup>9</sup>**

Uno de los tópicos esenciales del derecho civil lo constituye el derecho de familia, al que Enrique Díaz de Guijarro caracteriza como "...el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regula el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales"<sup>10</sup>

El estado de familia es la base o sustento del que se derivan los diversos derechos, deberes y obligaciones, tanto en la órbita patrimonial, como extrapatrimonial (deberes de fidelidad, asistencia y convivencia entre los cónyuges), que constituyen la temática que aborda el derecho de familia.

En la gestación de estas relaciones jurídicas juega un rol protagónico aunque no absoluto la institución del matrimonio, que excede por cierto lo estrictamente jurídico, proyectando por igual su injerencia tanto en la esfera social, como el ámbito de la religión.

En lo estrictamente jurídico, dicho instituto se ha vislumbrado tradicionalmente como la unión formalmente solemne de dos personas de diferentes sexos, que aceptan someterse voluntariamente a un estatuto legalmente predispuesto con visos de permanencia en el tiempo, del que se derivarán su estado de familia recíproco y los consiguientes derechos y obligaciones inherentes al mismo.

Del mismo se predicen como caracteres esenciales la unidad (en el sentido de proyectarse como una comunidad plena de vida para los consortes), la heterosexualidad, la estabilidad (que solamente cederá frente a casos previstos en los que se permitirá su disolución previa intervención de la autoridad competente); la solemnidad en su celebración (se trata, en rigor de verdad, de un acto jurídico formal solemne y absoluto) y el carácter de orden público de las disposiciones que regulan sus efectos y consecuencias.

---

9 SAUCEDO, RICARDO J., "El derecho notarial frente al Régimen del Matrimonio Civil Igualitario instaurado por la ley 26618", en Revista Jurisprudencia Argentina 15/06/2011.

<sup>10</sup> DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "El derecho de familia como parte integrante del derecho civil, ante las tendencias de unificación del derecho privado", JA 1952-I-5.

Ahora bien, pese a que en la República Argentina la competencia material para la celebración del acto jurídico matrimonial no se haya concedido a los oficiales públicos notariales, sino a los titulares de los registros civiles del domicilio de uno cualquiera de los contrayentes, lo cierto es que los escribanos no son ajenos a las consecuencias derivadas del mismo, especialmente en la esfera patrimonial (convenciones prematrimoniales, determinación del carácter propio o ganancial de los bienes objeto de la contratación y la necesidad o no de prestar el asentimiento o consentimiento conyugales que prescribe el art. 1277 CCiv.; la prohibición de contratar que rige para los consortes durante la vigencia del matrimonio y sus excepciones, la adjudicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal por divorcio, entre otros casos).

Por cierto que en sede notarial, son también de interés las cuestiones vinculadas a la filiación, la patria potestad, la tutela, la curatela y las relaciones de parentesco en general. Ello denota los vínculos que el derecho de familia, como parte del derecho civil, presenta con el derecho notarial.

Y los oficiales públicos notariales han tenido que estar pendientes de los cambios normativos verificados a lo largo de los años, respecto de ésta y otras instituciones que rigen las relaciones de familia.

La Ley 26.618 da un cambio sustancial en el orden público interno respecto de la institución matrimonial, que presenta ahora una nueva flexibilización en su status jurídico, que se suma a las verificadas en los siglos XIX (con la introducción del matrimonio civil) y XX (con la admisión definitiva del divorcio vincular y, con ello, la recuperación de la aptitud nupcial para los ex cónyuges).

Esta norma incide en el quehacer notarial y exige un análisis detenido de las derivaciones prácticas de sus soluciones, aunque, a primera vista, no parezca que sea el escribano su principal destinatario (como sí sucedería con los oficiales públicos del Registro Civil o con los jueces).

### **El matrimonio civil igualitario**

El matrimonio entre personas del mismo sexo, en nuestro medio, no cuenta con antecedentes legales propiamente dichos, excepción hecha de algunas disposiciones sobre el concubinato y sus consecuencias y las normas regulatorias de la denominada "unión civil", en la órbita local, que en buena medida no son sino el reflejo positivo del instituto antes mentado.

El concubinato se ha considerado tradicionalmente en nuestro medio, como una unión

intersexual de dos personas, sustentada en afectos comunes, que en la medida en que alcanza grados de estabilidad y permanencia, funciona en los hechos como un matrimonio.

Y por ello, pese a la ausencia de un título legítimo que provoque en los convivientes el emplazamiento en el estado jurídico de "cónyuges", obtuvo algunas consecuencias que son comunes con aquél, presunción e imputación de paternidad, ventajas derivadas del derecho de previsión social, entre otras).

Empero, en los últimos tiempos, algunos de los efectos jurídicos antes apuntados se aplicaron también a los convivientes del mismo sexo.

### **La injerencia del matrimonio igualitario sobre el derecho notarial**

El cambio legislativo impacta por igual en todas las ramas del ordenamiento jurídico argentino y, como ya lo anticipamos, el derecho notarial no es la excepción.

A simple vista, advertimos que la ley 26618 influye en dos de los ejes temáticos de esta materia, como son el documento notarial y la función homónima.

En el primer aspecto, dado que la ley en consideración ha comprometido uno de los atributos de los sujetos como es el estado civil de las personas físicas. Y otro tanto habrá de suceder con el nombre y la capacidad de ellas.

Por tanto, el escribano deberá ajustar su actuación en torno a estos tres tópicos por igual, en oportunidad de confeccionar los documentos que en el caso se le requieran (se trate de escrituras públicas, actas, certificados o cargos notariales), en torno a la designación de los sujetos implicados y su aptitud o habilidad para la celebración de diversos actos o negocios jurídicos.

Respecto del segundo tema central del derecho notarial, la ley en análisis influye también en la prestación de la función dado que se impone consignar a su respecto cómo juega la competencia por razón de las personas en estas lides, así como también, si cabe la posibilidad de denegar la actuación arguyendo objeciones de conciencia.

### **Consecuencias de la ley 26618 en la confección y los requisitos formales de los documentos notariales**

#### **1.- El nombre de las personas físicas**

Con la expresión "nombre" se alude al atributo que sirve para la designación y la identificación de las personas físicas en general.

Éste se integra con el prenombre o nombre de pila, que sirve para su denominación en el entorno familiar y de las amistades, y con el apellido que, integrado al primero, denota precisamente su pertinencia a una familia y opera en su designación e identificación en el entorno social, verificándose así como un derecho deber, tal como lo define el art. 1 ley 18248.

El nombre, se caracteriza por ser necesario (toda persona lo tiene), único (no se puede tener más de un nombre y apellido), inalienable (en el sentido de que está fuera del comercio y no puede ser transmitido a terceros o renunciado por su titular; tampoco puede ser objeto de embargo u otras medidas cautelares), imprescriptible (dado que no se adquiere ni pierde por el solo transcurso del tiempo), inmutable (no se lo puede cambiar voluntariamente, excepción hecha del caso en que se cambie de estado civil, como sucede con la contracción del matrimonio o con la adopción de menores, o bien cuando la propia ley lo autoriza, como sucede con la adición de apellidos por decisión de las personas al alcanzar la mayoría de edad) e indivisible (por cuanto las personas utilizan esa designación frente a toda la sociedad).

Ahora bien, este atributo figura entre los contenidos que obligatoriamente deben lucir las escrituras públicas, al decir del art. 1001, CCiv. ("la escritura pública debe expresar... los nombres y apellidos de las personas que las otorguen..."), y cuya ausencia provoca la invalidez de estos instrumentos públicos a tenor de lo dispuesto por la parte 1ª del art. 1004 de dicho cuerpo legal.

Dado que la ley alude en ambos casos a "otorgantes", se impone efectuar una aclaración terminológica en torno a los sujetos de los instrumentos, por contraposición a los de los actos o negocios jurídicos que aquéllos contienen.

Ello así, atento a que las expresiones que utiliza el legislador no son del todo exactas en los preceptos que integran el tít. IV de la secc. II del libro II del Código citado, referido a esta categoría de los documentos notariales (las escrituras públicas).

En efecto, las normas mentadas se refieren a los "otorgantes", pero también aluden a las "partes", en tanto que el art. 1002 se refiere a los "comparecientes", a los fines de indicar los medios por los que el notario debe justificar su identidad.

Las "partes" son los sujetos del negocio o acto jurídico que eventualmente contenga la escritura pública, como especie de los documentos notariales. Se trata, en verdad, de aquellas personas físicas o jurídicas que, a través del acto que plasma el instrumento,

ejercen prerrogativas jurídicas propias, y a quienes, por ende, se imputan los efectos y las consecuencias que se desprendan de aquél; así, en un contrato de compraventa, las personas del vendedor y del comprador, respectivamente.

Los "otorgantes", a diferencia del caso anterior, no son sujetos del acto, sino del documento; es decir, son las personas físicas que concurren a la celebración del acto y expresan la voluntad negocial que constituirá el contenido del instrumento. Los otorgantes pueden actuar por sí (por lo que se identificarán con las partes del negocio -para nuestro ejemplo, vendedor y comprador- o con otros partícipes necesarios, como el cónyuge asentidor o el curador que presta su asistencia a la venta que pretenda realizar un inhabilitado) o por otros (como sucede con los representantes voluntarios, necesarios u orgánicos de las partes interesadas).

Los "comparecientes" propiamente dichos son todas las personas físicas que participan en la audiencia notarial, de la cual se derivará el instrumento. Son los sujetos del documento, y amén de todos los nombrados con anterioridad, podemos incluir en esta categoría a los testigos, instrumentales y de conocimiento, y a los firmantes a ruego.

Por ende, concluimos que en materia de escrituras públicas, se impone consignar el nombre y apellido de todos y cada uno de los comparecientes, aunque la ausencia de esta atestación solamente puede acarrear la nulidad instrumental, cuando se refiera a los "otorgantes", verificándose en los demás casos un supuesto de irregularidad formal, que traerá consecuencias disciplinarias para el oficial público, a tenor de lo dispuesto por el art. 1004, in fine, pero que no puede conmovir, ab initio, la eficacia del documento.

Apuntamos también que en materia de actas, certificados y cargos notariales, el sujeto documental se designa como "requirente", que es ni más ni menos que la persona física que, actuando por sí o por otra, solicita la actuación del oficial público en el caso concreto.

Pese a que estas categorías documentales no tienen recepción expresa en la legislación de fondo, las leyes y los reglamentos notariales locales indican los recaudos formales para su confección, entre los que luce, por cierto, la mención del nombre y apellido del sujeto pretensor.

Así, la correcta designación del compareciente o requirente es un recaudo formal insoslayable, que hace a la seguridad jurídica, evitando homonimias y confusiones en torno a la identidad de las personas que a través de estos documentos, celebran actos o negocios jurídicos (escrituras públicas) o solicitan la autenticación de determinados hechos con consecuencias jurídicas de relevancia (actas, certificados, cargos).

Recordemos también que el nombre de las personas es un elemento determinante para la justificación de identidad, recaudo formal que el oficial público debe cumplir respecto de todos y cada uno de los participantes en el documento notarial, a tenor de lo dispuesto por

el ya citado art. 1002, CCiv..

Así, el compareciente (o requirente) debe indicar su nombre y apellido, que se consignará en el cuerpo del documento de manera completa, sin abreviaturas o iniciales, involucrando todas las variantes que puedan darse al respecto.

Incluso, cabe la posibilidad de indicar su seudónimo, si cumple con las exigencias que prescribe la ley 18248.

Por regla, el fedatario tendrá a la vista los documentos de identidad idóneos, en los que lucirán los nombres y apellidos correctos de las personas implicadas. Sin embargo, en caso de duda, si de la documentación aportada se desprendieran distintas denominaciones, corresponderá exigir la exhibición del certificado de nacimiento.

Apuntamos también que el notario puede rectificar errores u omisiones en la designación de las personas que luzcan los documentos presentados, en tanto y en cuanto no se trate del certificado o partida de nacimiento del interesado, pues en este caso, la subsanación es de estricta incumbencia judicial, a tenor de lo dispuesto por los arts. 15 y ss., ley 18248.

La norma en análisis, como ya anticipamos, incide en la obtención del apellido, en su adquisición tanto originaria (relacionada con la filiación de la persona, sea ésta matrimonial o adoptiva) como derivada (por el cambio de su estado civil).

Analizamos cada supuesto en particular, a la luz de las directivas que preconiza la Ley de Matrimonio Civil Igualitario, que, como ya advertimos, realiza distinciones que no se corresponden totalmente con la cláusula de equiparación que en materia de connubios sustenta dicho cuerpo legal.

#### A) El apellido de los hijos en la filiación matrimonial

Tratándose de hijos de matrimonios heterosexuales, la nueva versión del art. 4, ley 18248, mantiene las reglas hasta ahora vigentes en la materia.

Es decir que los hijos llevarán el primer apellido del padre, salvo que ambos progenitores soliciten se consigne en el acta de nacimiento el apellido compuesto del padre o bien, que se agregue el apellido materno.

A su vez, el propio interesado, una vez alcanzada la mayoría de edad, puede solicitar la adición del apellido compuesto paterno o del apellido materno, por igual.

Por el carácter de inmutabilidad propio de este atributo, los apellidos que se añaden no

pueden, a la postre, suprimirse.

En cambio, tratándose de hijos de un matrimonio entre iguales, rige una cierta autonomía en la voluntad de los progenitores que no se advierte en la otra variante del connubio.

En efecto, la nueva versión del precepto en análisis dispone que el menor llevará el primer apellido de alguno de los padres.

¿Por qué se instaura esta diferencia?

La respuesta es simple: en el matrimonio igualitario, el legislador no puede dar por supuestos los roles masculinos y femeninos, como sí sucede en la variante heterosexual del instituto. De aquí que no se disponga preferencia alguna en torno al apellido con el cual inscribir en el Registro Civil a los hijos.

Ello no quita, por cierto, que los integrantes de la pareja asuman en la intimidad los roles que deseen, pero éste es un aspecto de la estricta esfera privada de las personas, de acuerdo con la premisa que dimana del art. 19, CN, razón por la cual el legislador no puede ni debe expedirse sobre esta cuestión.

Sin embargo, como estamos frente a un atributo de las personas, imbuido del orden público interno, deben indicarse ciertas reglas para que el sujeto ostente una designación cierta.

De aquí que esta indeterminación inicial de género deba suplirse con reglas especiales que garanticen a futuro que la persona detendrá un nombre y apellido determinados que lo vinculen con la familia que integra.

Para ello, la primera premisa es la libre elección que a este respecto (el primer apellido), deben realizar los padres, con una clara limitación que, por obvia, no surge de modo expreso de la norma: el apellido que llevará el hijo debe pertenecer a alguno de ambos consortes. Es decir que no pueden inclinarse por el apellido de un tercero, aun para el caso que el mismo tenga un cierto grado de parentesco con los sujetos del caso.

Una vez efectuada la opción, a pedido de los interesados, se pueden verificar las mismas posibilidades que en materia de connubios heterosexuales: adicionar el apellido compuesto del progenitor cuya primera denominación lleva el hijo o bien agregar en su designación el apellido del otro padre.

También se reconoce la facultad al interesado, luego de cumplidos los 18 años, de solicitar tales adiciones.

Ahora bien, ¿qué sucede si no media acuerdo de los cónyuges en torno al apellido que ostentará el hijo?

En rigor, esta falta de definición puede versar por igual sobre cuál será el primer apellido del menor, si será compuesto o cómo, en definitiva, se integrará, cuando se pretenda que lleve el de ambos consortes.

Para este caso, salomónicamente, el legislador dispone que la persona llevará los apellidos de ambos progenitores, pero ordenados alfabéticamente.

Una vez integrado el apellido de la persona, por alguna de las reglas antes consignadas, deberá observarse respecto de todos y cada uno de los demás descendientes del matrimonio, de manera que los hermanos tengan la misma designación familiar, pues en caso contrario, se provocarían diferencias que la ley no está dispuesta a tolerar.

En este sentido, dispone la parte final del art. 4 en estudio que "todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos".

Esta solución es común para ambas variantes del matrimonio y debe ser observada por los progenitores en oportunidad de anotar a su prole ante las oficinas del Registro Civil.

En suma, y a modo de ejemplo, si por las desavenencias de los integrantes de una pareja del mismo sexo, el apellido del primer hijo se termina integrando por los de ambos, pero ordenados alfabéticamente, el segundo llevará el apellido de aquéllos, en el mismo orden que el primogénito, por más que ahora, estén de acuerdo en darle prioridad a alguno de los apellidos por encima del otro.

Todas las soluciones expuestas se reflejarán en el certificado de nacimiento de la persona y por vía de consecuencia se trasladarán a su documento de identidad, que será el que tendrá a la vista el escribano al momento de actuar.

No obstante ello, si de la documentación aportada y de los dichos del interesado surgieran dudas en torno a su correcta designación, como ya advertimos, el oficial público estará a la que en última instancia se derive de su partida de nacimiento.

## B) El apellido de los hijos en la filiación adoptiva

En esta materia existe una duplicidad de fuentes normativas, como son el Código Civil en sus arts. 326 y 332 y la ley 18248 en sus arts. 12 a 14.

Tratándose de la adopción plena, las reglas de la imposición del apellido al adoptado son coincidentes con las reglas comunes previstas para la filiación matrimonial y extramatrimonial y están consagradas en el art. 326, CCiv.

Por tanto, si adopta una sola persona, el menor llevará el primer apellido del adoptante individual, sea éste varón o mujer, o su apellido compuesto, en caso de mediar petición expresa en tal sentido.

Si los adoptantes son cónyuges de distinto sexo, el adoptado llevará el apellido del adoptante varón, pudiendo hacer lo propio con su apellido compuesto, o en su caso, solicitar la adición del apellido de la madre adoptiva.

Si los adoptantes son cónyuges del mismo sexo, la ley no marca prelación respecto de alguno de los apellidos, razón por la cual nuevamente operará aquí la autonomía de la voluntad de los interesados.

Así, el adoptado podrá llevar el apellido de alguno de los interesados, simple o compuesto, o bien, el primer apellido de ambos adoptantes en el orden que ellos indiquen.

Para el caso de no existir acuerdo respecto del apellido del adoptado, la nueva versión del art. 326, CCiv., dispone que "los apellidos se ordenarán alfabéticamente".

Es decir que el hijo adoptivo ostentará el apellido de ambos padres, pero por orden alfabético, reiterándose aquí la solución prevista para la filiación matrimonial.

En todas las variantes consideradas, la norma reconoce el derecho del adoptado a solicitar la adición de apellidos (el compuesto del adoptante, el de su madre adoptiva, el del otro adoptante, cuando se trata de un matrimonio entre iguales) después de alcanzada la mayoría de edad.

También se reitera la directiva que consagra la unicidad del apellido familiar, de forma tal que la composición del apellido del primer hijo adoptivo deberá repetirse en los restantes.

Ello así, como medio de evitar las diferencias en la designación de los integrantes de un mismo grupo familiar.

Finalmente, se contempla la situación del adoptante viuda o viudo, cuyo cónyuge no hubiera adoptado al menor.

En este caso, se dispone que el adoptado llevará el apellido del adoptante, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto (por ejemplo, si este último hubiera manifestado la intención de adoptarlo o se hubiera conducido respecto del mismo como un padre).

Para la adopción simple, las soluciones están consagradas en las nuevas versiones de los arts. 332, CCiv., y 12, ley 18248.

Si adopta una sola persona, de estado civil soltera, el apellido del menor será el del adoptante, pero éste podrá, luego de alcanzada la mayoría de edad, adicionar el apellido de

su familia de origen.

Si adopta una sola persona, de estado civil casada, ésta llevará su apellido de soltera, salvo que el cónyuge expresamente autorice a imponerle su apellido (esta solución está expresamente contemplada para las dos variantes del matrimonio).

Si adopta un matrimonio (hetero u homosexual), se aplican las mismas soluciones previstas para la adopción plena, y las opciones para el adoptado, a la hora de solicitar la adición de apellidos (luego de cumplidos los 18 años), son varias: así, solicitar la adición del apellido de sus consanguíneos, del apellido de su otro progenitor adoptivo, el apellido compuesto del padre adoptivo de quien lleve el primero.

Si quien adopta es de estado civil viudo, el adoptado llevará su apellido de soltero, salvo que existan causas que justifiquen en el caso la aplicación al menor del apellido de casado.

La determinación del nombre y el apellido exactos de la persona surgirá en última instancia de la sentencia judicial que disponga la adopción o, en su caso, de su partida de nacimiento con las atestaciones de rigor.

### iii) El apellido marital o conyugal

Por usos y costumbres profundamente arraigados en nuestro medio, siguiendo la tradición hispana, la mujer, al contraer matrimonio, adicionaba a su apellido el de su marido, precedido de la preposición "de".

Esta directiva fue recogida en el art. 8 , ley 18248, erigiéndose así no sólo como un derecho de la mujer casada, sino también como un deber, cuyo incumplimiento podía ser considerado como injuria grave al esposo y darle motivos al último para un posterior juicio de divorcio.

Dicha solución fue modificada por la ley 23515, que consagró la incorporación del apellido marital como una opción para la mujer casada y ya no más como un deber de cumplimiento insoslayable.

Ahora bien, si la esposa optaba por la adición del apellido de su consorte, esta incorporación debía mantenerse durante la vigencia del matrimonio.

La admisión del connubio entre personas del mismo sexo ha planteado al legislador la necesidad de ajustar las reglas del apellido marital a esta figura.

En rigor, tratándose de matrimonios heterosexuales, se mantiene el régimen vigente: la mujer casada tiene la facultad (pero no el deber) de adicionar a su apellido el de su marido, precedido de la partícula "de", como reza la primera parte de la nueva versión del art. 8,

Ley del Nombre.

Se trata, ni más ni menos, que de agregar el apellido "marital".

En cambio, en materia de uniones entre homosexuales, la opción se bilateraliza, de forma que cada uno de los consortes puede ejercerla por igual.

Es decir que cada miembro de la pareja puede adicionar a su apellido de soltero el de su consorte.

En estos casos, estamos frente a la adición del apellido "conyugal".

Va de suyo que en el caso, el apellido "familiar" se integra con el de ambos integrantes de la pareja, y como vimos en los incisos anteriores, es el que se trasladará a la prole habida de esa unión.

En suma, de la nueva versión del art. 8, Ley del Nombre, se desprende que el único que no podrá adicionar apellidos en virtud de la celebración del matrimonio será el varón en las uniones entre personas de distinto sexo.

Veamos ahora las distintas situaciones que se pueden plantear a partir de la adición del apellido marital o conyugal.

En rigor, la ley 26618 no hace más que aplicar las soluciones hasta ahora vigentes para el matrimonio entre varón y mujer a las uniones entre personas del mismo sexo añadiendo sendos parágrafos que las consideran a los arts. 9 y 10, ley 18248.

A) Si existe separación personal, de hecho o judicialmente decretada, se plantea al cónyuge que hubiera adicionado el apellido de su consorte ("marital" o "conyugal") una nueva opción, como es continuar utilizándolo o bien dejar de hacerlo.

A su vez, se reconoce el derecho del otro consorte, si existieran causas graves que lo justifiquen, de solicitar en sede judicial que se le prohíba el uso del apellido marital o conyugal adicionado.

B) Si se decreta el divorcio vincular, la solución se invierte: el apellido marital o conyugal se pierde por la ruptura o la disolución del vínculo. Ello así, salvo que medie acuerdo de los ex cónyuges en seguir llevando el apellido adicionado o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión, las personas fueran conocidas por aquél y solicitaren conservarlo para sus actividades.

C) La disolución del vínculo por fallecimiento de uno de los cónyuges no provoca, a

diferencia del caso anterior, la pérdida del apellido marital o conyugal para el supérstite.

Ello sucederá si la viuda o el viudo solicitan expresamente su supresión ante las oficinas del Registro Civil o si contraen nuevas nupcias.

D) Si el matrimonio se anula, debe aplicarse para ambas clases de nupcias la solución del art. 11, Ley del Nombre.

Al igual que sucede con el divorcio vincular, la sentencia que decreta la ineficacia del matrimonio provoca, en principio, la pérdida del apellido marital o conyugal adicionados.

Ello así, salvo que el cónyuge de buena fe (es decir, ajeno al vicio que invalidó, a la postre, las nupcias) y que tuviera hijos de su ex consorte pidiera autorización judicial para seguir utilizándolo.

Ahora bien, ¿cómo saber en sede notarial si el compareciente ha ejercitado la opción de adicionar el apellido de su consorte en su actuación en la vida jurídica?

A diferencia de lo que sucede en materia de filiación matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, donde en última instancia, la determinación exacta del nombre y apellido de la persona física como compareciente u otorgante surgirá de la compulsión de su partida de nacimiento o del testimonio de la sentencia judicial de adopción, en este caso, hemos de manejarnos, en principio, con la manifestación que en tal sentido efectúe el propio interesado.

Ello así, toda vez que el apellido adicionado no surgirá, habitualmente, ni del certificado de nacimiento ni de su documento de identidad.

En verdad, tal denominación puede extraerse de otros documentos, como son los títulos que sirven de antecedente y sustento para futuras operaciones inmobiliarias (sean éstos de forma notarial, judicial o administrativa, o bien instrumentos privados).

Otro factor a tener muy en cuenta es la manera como la persona firma habitualmente, pues si ha efectuado la opción a que alude el actual art. 8, Ley del Nombre, seguramente ello se reflejará en la grafía ológrafa que estampa en los documentos como medio de expresión de su conformidad con sus contenidos.

También puede suceder que de los elementos aportados por el compareciente se desprenda que sumó a su apellido el de su consorte, pero por circunstancias posteriores (v.gr., divorcio vincular, nulidad del matrimonio), haya perdido el derecho a utilizarlo al momento de actuar en sede notarial.

De aquí que en estas lides, a efectos de lograr una adecuada identificación de la persona,

habrá que considerar las premisas que anteceden, y, de corresponder, indicar en la comparecencia del documento (o en su caso, en el requerimiento, tratándose de actas o certificados) las distintas variantes de su nombre y apellido (como soltero y como casado).

Y si el sujeto instrumental pretende efectuar algún acto de disposición jurídica respecto de bienes registrables (v.gr., inmuebles, automotores, buques, aeronaves, derechos hereditarios, acciones, cuotas o partes de interés en sociedades, etc.), deberán solicitarse los certificados de anotaciones personales de rigor, por todas y cada una de las variantes apuntadas.

## 2.- El estado civil de las personas físicas

Destacamos que el estado civil importa y denota la pertenencia a un grupo familiar y, por tanto, juega un rol esencial en su determinación la institución matrimonial, como ya señalamos.

En cuanto a sus caracteres, dijimos que comparte los comunes a todos los atributos de las personas.

Especialmente reparamos ahora en su nota de reciprocidad, dado que se tiene siempre con relación a otra persona del entorno familiar (cónyuge, padre, hijo, hermano, etc.).

El estado civil que interesa, a los fines de este aporte, es precisamente el de casado, separado, divorciado o viudo.

De aquí que la mención de las nupcias de las personas físicas debe indicar no sólo su grado o número (v.gr., primeras, segundas, terceras, etc.), sino también el nombre del consorte.

Empero, el hecho de que dos personas sean cónyuges entre sí (nota de reciprocidad) no implica que el grado de esa unión sea el mismo para ambos.

En efecto, para uno de los integrantes de la pareja puede tratarse de su primer matrimonio, mientras que para el otro, del segundo o tercero.

Hacemos también hincapié en su carácter de mutable, dado que el estado de familia, con relación al matrimonio, puede cambiar a lo largo de la vida de las personas físicas.

Así, con la celebración de las nupcias, se pierde el estado civil de soltero para adquirir el de casado.

La extinción del connubio por voluntad de los interesados, por muerte de uno de los consortes o por otras circunstancias, provoca su alteración y las personas pasan a ostentar

nuevos status, como los de divorciados, viudos o aun solteros.

ii) El estado civil de las personas en los documentos notariales

En materia notarial, y tratándose de escrituras públicas, el art. 1001, CCiv., requiere la consignación del "estado de familia" de los "otorgantes", aunque la ausencia del mismo no es causal de nulidad instrumental, como sucede en materia de nombre, según vimos.

Ahora bien, dadas las diferencias conceptuales entre "comparecientes" y "otorgantes", cabe preguntarse, en primer término, si también debe cumplirse esta exigencia formal respecto del compareciente no otorgante.

Entendemos que debe darse una respuesta negativa a este interrogante. Ello así, aunque el estado civil de las personas es un dato que aporta el propio interesado y sirve para su mejor identificación.

Ello no quita que propiciemos la "conveniencia" de cumplir con esta atestación respecto de todos y cada uno de los sujetos que participen en la celebración de un acto o negocio jurídicos bajo la forma de escritura pública, con independencia del rol o papel que asuman en él.

Una vez despejado el primer interrogante, debemos abocarnos a otra cuestión, como es determinar la manera en que habrá de volcarse en la dimensión instrumental el estado de familia de los comparecientes otorgantes.

Acá sí se impone no sólo dilucidar el rol o papel que desempeñan los otorgantes en la escritura pública, sino también atender al acto o negocio que ésta contiene.

En efecto, respecto de un compareciente que no se identifique ni con los otorgantes ni con las partes del acto o negocio (v.gr., un traductor o intérprete, un testigo) puede no hacerse mención de su estado de familia, por no requerirlo el art. 1001, CCiv., como ya indicamos.

En cambio, respecto de los otorgantes se impone esta mención, pero puede a estos fines resultar suficiente consignar, por ejemplo, que son solteros, casados, viudos o divorciados, sin necesidad de indicar, en los últimos tres supuestos, ni el grado de las nupcias ni el nombre del cónyuge o ex cónyuge.

Esto es, de la letra del art. 1001 del texto legal citado, no se desprende que la mención del estado civil de los otorgantes deba ser completa.

Son las directivas que emanan de las leyes y los reglamentos notariales locales las que se expiden en tal sentido cuando los otorgantes se identifican con una de las "partes" del negocio.

A guisa de ejemplo, el art. 77, inc. a, ley notarial porteña 404, dispone que las escrituras públicas deberán expresar "el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciado o viudos...".

Sin embargo, esta premisa no es exacta en todos los casos.

En efecto, a renglón seguido, el art. 44, reglamento notarial vigente en esa demarcación (dec. 1624/2000), aclara en su parte 1ª que "sólo será necesario consignar en las escrituras públicas el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge de los sujetos negociales cuando ello resultare relevante por la naturaleza del acto...".

Esto es, para la mención del estado civil completo no es suficiente que el compareciente sea otorgante y parte, sino también que por la clase de negocio resulte de interés, necesidad o conveniencia realizar esta atestación.

Así, tratándose de un negocio inmobiliario, de un acto societario, de un acto mortis causa o del derecho de familia, debe indicarse el estado civil completo de la parte celebrante -v.gr., casado en primeras nupcias con Luis A. Rodríguez; viuda de sus segundas nupcias de Stella Maris Vieytes; divorciado de sus terceras nupcias de Ezequiel D. Andrade, según sentencia dictada por el Trib. Fam. Morón, n. 6, del 15/3/2011, en la causa caratulada "Andrade, Ezequiel D. y otro s/divorcio".

La mención completa del estado civil del sujeto instrumental y negocial permitirá al oficial público en estos casos, indagar también en torno a su habilidad para la celebración del acto de que se trate y sus consecuencias.

En cambio, si el acto del documento se refiere a un poder especial para juicios o para realizar trámites administrativos que resulten neutros respecto del patrimonio del otorgante, será suficiente indicar su estado civil en forma genérica sin dar mayores precisiones ("v.gr., divorciado de sus terceras nupcias de Luis Pérez").

De lo que antecede se desprende que en materia de escrituras públicas, el estado de familia es obligatorio mencionarlo de manera genérica sólo respecto de los otorgantes y en modo completo cuando éstos sean partes de un negocio que tenga relevancia en su esfera patrimonial o extrapatrimonial.

Tratándose de actas notariales, dado que el sujeto instrumental requirente se equipara con el compareciente, no hay obligación formal de cumplir con esta atestación, salvo que la reglamentación local de estos documentos así lo exija.

Otro tanto sucede en materia de certificados notariales.

Si los otorgantes son de estado civil solteros, se estila agregar su filiación.

En rigor de verdad, la expresión "estado de familia" que emplea el art. 1001, CCiv., que estamos considerando, queda cumplida si el otorgante es casado, divorciado, viudo o separado, porque se está mentando precisamente el grupo familiar que ha conformado al contraer nupcias.

Si se trata de una persona soltera, en cambio, debe indicarse la familia de la que forma parte, es decir, las personas de las que resulta ser hijo/a. Esto es, entonces, lo que amerita la alusión a los nombres y apellidos de los progenitores del otorgante en estas circunstancias.

Nada obsta, por cierto, a la doble atestación en la escritura pública o documento notarial de que se trate, de la situación del otorgante respecto del acto matrimonial y de su filiación (así, José L. Pérez, hijo de Diego Pérez y Elisa Benítez, casado en segundas nupcias con Máximo Simonetti).

La consignación de la filiación en todos los casos siempre favorece la mejor identificación del otorgante en el caso concreto.

El estado civil se determina, en principio, por la sola manifestación de los interesados.

Es un dato personal cuya averiguación queda a cargo del notario por así disponerlo la ley y el oficial público no se hace responsable por su fidelidad o exactitud.

Empero, en algún caso concreto, y para poder emitir el juicio de habilidad o aptitud que permita al interesado acceder a la dimensión instrumental y celebrar el acto o negocio jurídicos que pretenda, el oficial público deberá indagar en torno al mismo a fin de determinar su exactitud, exigiendo del sujeto su acreditación.

A modo de ejemplo, si se pretende celebrar una compraventa inmobiliaria, el vendedor alega ser de estado civil divorciado y en el título antecedente de dominio luce adquiriendo como casado. Va de suyo que en este ejemplo, el oficial público requerirá la presentación del testimonio de la sentencia de divorcio, que justifique el estado civil actualmente invocado de la parte disponente, sumado al acuerdo de partición de la masa de bienes gananciales y la adjudicación del inmueble en cuestión al interesado.

Además, puede constarle al oficial público que el solicitante de sus servicios esté falseando su estado civil, si pretende comparecer ahora como soltero, cuando lo hizo con anterioridad en otras actuaciones en la misma notaría como casado.

Es evidente que en estas circunstancias, el escribano debe rechazar el requerimiento, so color de responder por los daños y perjuicios que ocasione ese obrar doloso, al erigirse en cómplice necesario del falsario.

Apuntamos también que el estado civil de los otorgantes que debe volcarse en el

documento es el vigente al momento de solicitarse la intervención del oficial público.

Eventualmente, en algún caso en particular, el notario deberá aclarar el cambio del estado civil de la persona, en el cuerpo del documento, con la prueba que resulte pertinente a esos fines, para legitimarlo acabadamente para la celebración de un acto o negocio jurídico; así, si el vendedor del inmueble ostenta el estado civil de casado en segundas nupcias y en el título antecedente por el cual obtuvo el bien, luce como casado en primeras nupcias, siendo el objeto del acto la sede actual de su hogar conyugal con hijos menores o incapaces, supuesto en el cual debe cumplirse con lo dispuesto por el art. 1277, CCiv.

En el caso, en la comparecencia se indicará el estado civil actual del vendedor (casado en segundas nupcias) y en el cuerpo del documento, deberá relacionarse la sentencia de divorcio del primer connubio, la adjudicación del inmueble al ahora disponente y la justificación de la celebración del segundo matrimonio.

La ley 26618, al modificar los arts. 172 y 188, CCiv., admite ahora el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que a partir de su entrada en vigencia, cabe para éstos la celebración de ese acto jurídico y, con ello, la adquisición del estado civil inherente al mismo.

De aquí que corresponda aplicar todo lo hasta aquí expuesto respecto de personas unidas en matrimonios igualitarios.

Ello supone que si son otorgantes o requirentes en las escrituras públicas y documentos notariales en general, el oficial público exigirá que declaren en torno a su estado civil para volcarlo al instrumento y también que indague en torno al mismo, si ello es menester para el juicio de habilidad o capacidad que deba emitir respecto de estas personas.

Dada la cláusula de equiparación entre ambas variantes del matrimonio que consagra el art. 42 de la ley citada, es obvio que los connubios entre personas del mismo sexo implicarán el cambio del estado civil que hasta entonces ostentaban sus integrantes, que pasarán de solteros a casados, de divorciados de primeras nupcias a casados en segundas nupcias, de viudos de segundas nupcias a casados en terceras nupcias, etcétera.

En rigor, y ajustándonos a las directivas legales, los notarios debemos indicar el número o grado de las nupcias y el nombre de los consortes sin efectuar ninguna clase de prevención o atestación, en cuanto a si se trata de un matrimonio heterosexual u homosexual.

El hecho de que uno de los contrayentes haya estado unido en matrimonio a una persona de distinto sexo con anterioridad no le da al nuevo matrimonio un grado especial o distinto. Antes bien, y por la mentada nota de equivalencia, el connubio será el que

cronológicamente corresponda.

Así, si un varón se divorció de un primer matrimonio con una mujer y luego se unió a otro varón, su estado civil actual será el de casado en segundas nupcias.

Y si el notario debe indagar en torno a la extinción del primer vínculo matrimonial para legitimar un acto de disposición sobre un bien registrable, en el cuerpo del documento, insistimos, no debe efectuar ninguna mención o prevención expresa en torno a que la primera unión era entre personas de distintos sexos y la actualmente vigente, para el disponente, lo es respecto de un igual.

### 3.- El juicio de habilidad o capacidad de los otorgantes y requirentes

#### i) El juicio de habilidad

El notario, en toda su actuación, debe ceñirse al cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico vigente, que se integra por igual con las disposiciones de fondo, comunes para todo el país (para nuestro caso, el Código Civil y su legislación complementaria) y las de corte local, operativas en cada una de las veinticuatro demarcaciones que integran la República Argentina (v.gr., leyes y reglamentos notariales). Ello así, antes de acceder a un requerimiento que pueda tener como resultado final la autorización de un instrumento público.

La sujeción a esta regla determina que los documentos notariales gocen en nuestro medio de la presunción iuris tantum de legalidad, en el sentido de cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos por el régimen jurídico para su confección y autorización, lo que se traduce en la plena validez y eficacia de ellos. Esto es, ni más ni menos, que el principio de legalidad, premisa esencial de esta rama del derecho, que da base o sustento final a la institución notarial.

Para su vigencia en nuestro sistema, se parte de un presupuesto: el notario o escribano es un profesional del derecho y, como perito o experto en estas lides puede asesorar a los particulares que a él acudan y obrar en consecuencia.

Una de las derivaciones o aplicaciones efectivas de este principio lo constituye el juicio de habilidad o capacidad. Éste supone el proceso intelectual de comparación entre las reglas jurídicas vigentes y la situación particular de la persona del requirente, para saber si el mismo tiene aptitud suficiente para celebrar los negocios que constituirán el contenido del documento cuya confección y autorización se solicita, o bien, la autenticación de un hecho con consecuencias jurídicas.

Es propiamente una valoración que se verifica fuera del instrumento, pero que en caso de resultar positiva, permite al interesado ingresar como compareciente, otorgante o requirente al documento en trance de gestación (es decir que puede ser sujeto instrumental propiamente dicho).

Precisamente, la valoración de conjunto que realice el notario lo conducirá a alcanzar la convicción racional suficiente para juzgar como viable y jurídicamente posible el acto o negocio que pretenda celebrar esa persona en particular o el hecho que se quiera autenticar.

Este aspecto, comúnmente, se estudia como una operación de ejercicio relacionada con las calificaciones previas del escribano en materia de escrituras públicas, pero se puede (y debe) extender igualmente a otras categorías instrumentales de facción notarial.

Como se trata de una valoración que realiza el notario, no cuenta con la fe pública a que se refiere el art. 993, CCiv., por exceder la categoría de hechos idóneos a los que alude el precepto. En rigor, se trata de un acto propio del notario, pero de su mundo interior, y como tal, puede ser acertado o desacertado, exacto o inexacto, sin que ello implique calificar de falsario a quien lo emita actuando con prudencia y diligencia.

El sujeto pasivo de este juicio de valor es el requirente o compareciente, es decir, la persona física que asista a la celebración de un acto bajo la forma de instrumento público notarial, sea que revista esta sola calidad, sea que también actúe como otorgante del documento.

El cumplimiento de este recaudo supone para el oficial público el control y el análisis, entre otros aspectos, de la capacidad de hecho y de derecho de los comparecientes, la ausencia de prohibiciones subjetivas, la concurrencia de complementos de capacidad (v.gr., habilitaciones, autorizaciones, venias judiciales); en caso de intervención por otros, la existencia y suficiencia de poderes de representación; la acreditación de la existencia de sujetos de derecho, tratándose de personas jurídicas; en fin, la legitimación de los comparecientes para celebrar el negocio a que se refiere la escritura.

Esta exigencia formal se deriva de manera genérica y parcial del art. 1001, CCiv. (t.o. ley 26140), donde se exige consignar la mayoría de edad respecto de los otorgantes de la escritura pública.

Ello así, aunque habilidad o capacidad no se identifiquen indefectiblemente con mayoría de edad, como sucede respecto de una persona física, que haya obtenido un título que lo habilite para ejercer una determinada profesión o actividad, aunque aún no haya alcanzado los 18 años de edad, supuesto considerado en la segunda parte del art. 128, CCiv. (t.o. según ley 26579).

Otro tanto puede decirse respecto de una persona física mayor de 18 años, pero inhabilitada

por prodigalidad o interdicta por demencia.

Además, porque el juicio de marras no requiere necesariamente consignación documental expresa, como sí sucede con el recaudo de la mayoría de edad, so color de irregularidad formal de la escritura pública (arg. art. 1004, in fine, CCiv.).

Es en las leyes y en los reglamentos notariales locales donde se aprecia la consagración de esta exigencia en toda su extensión.

Así, a modo ejemplo, el dec.-ley 9020/1978, vigente en la provincia de Buenos Aires, incorpora a esta figura en su art. 35, inc. 4, como uno de los deberes a cargo del notario: "examinar con relación al acto a instrumentarse, la capacidad de las personas individuales y colectivas, la legitimidad de su intervención y las representaciones y habilitaciones invocadas".

En consonancia con lo apuntado, de la norma transcripta se desprende que queda a cargo del notario interviniente el control de legalidad en torno a la aptitud de los futuros requirentes y otorgantes, pero no que deba mencionarlo de modo expreso en el documento.

Mayores precisiones se obtienen de la compulsa de la normativa porteña. En efecto, dispone en su parte pertinente el art. 77, inc. d, ley 404, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que "el juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental".

En última instancia, si el notario ha accedido a extender y autorizar la escritura pública (o el documento de que se trate), es porque ha juzgado que no había impedimento alguno para hacerlo, en el entendimiento que todos los participantes reunían las aptitudes necesarias para intervenir en la confección, en el otorgamiento y en la autorización del instrumento de marras.

De aquí que esta valoración positiva estará necesariamente implicada en la actuación del fedatario en el caso concreto.

Esto último no es más que un corolario de la presunción iuris tantum de legalidad que se deriva de todo documento notarial como instrumento público, según vimos.

Ahora bien, de lo hasta aquí expuesto no debe seguirse que dispensemos al notario del cumplimiento efectivo de este deber legal.

Lo que en verdad sucede es que la omisión de este recaudo no provoca por sí sola la invalidez del documento, sino eventualmente su irregularidad formal. Empero, si el deficiente juicio del notario ha permitido la intervención de un compareciente inepto en la celebración del negocio, ello podrá comprometer la eficacia de este último, que para el caso

de invalidarse, puede terminar arrastrando en su caída al instrumento, repercutiendo todo ello en la responsabilidad civil y disciplinaria del oficial público actuante por una prestación imperfecta de su cometido.

ii) El juicio de habilidad o capacidad respecto de las parejas del mismo sexo a partir de la vigencia de la ley 26618

Antes de la permisión del matrimonio igualitario en nuestro medio, las parejas del mismo sexo que cohabitaban con lazos afectivos permanentes podían aspirar a unirse civilmente, de acuerdo con la demarcación donde estaban domiciliados; pero ello, como ya vimos, no generaba el estado civil de casados y, por ende, los impedimentos de derecho propios de esa situación.

Por tanto, a la hora de resolver sus cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales a futuro, ante la muerte o incapacidad de alguno de ellos podían utilizar la mayoría de los institutos jurídicos reconocidos en nuestro medio.

A lo sumo, el notario debía controlar si por el estado civil que ostentaba alguno de ellos, no se exigía el cumplimiento de algún recaudo especial a la hora de culminar una operación jurídica por cuestiones de legitimación (v.gr., si se tratara de disponer del inmueble habido por el actual titular siendo de estado civil casado con otra persona ajena a su actual relación concubinaria y no se hubiera verificado ni el divorcio ni la adjudicación de ese bien a favor del sujeto implicado en el acto de disposición).

Sintetizamos, a continuación, las soluciones que tenían mayor aplicación en sede notarial para estas parejas, sin por ello pretender agotar todas y cada una de las alternativas posibles de que aquéllos se servían para resguardar sus derechos e intereses:

A) Los testamentos recíprocos, es decir, dos actos mortis causa en los que se instituían como universales herederos.

En esta hipótesis, entre las mandas testamentarias podían consignarse legados a parientes consanguíneos de los interesados (v.gr., hermanos, sobrinos, etc.); pero en la mayoría de los casos, el testador explicaba de modo preciso y claro la decisión de beneficiar a su pareja, afirmando la existencia de la convivencia y los lazos afectivos que los unían, aspectos que refrendaban también los testigos instrumentales asistentes al acto.

Otra variante suponía complementar el acto mortis causa como paso previo, con un acta de notoriedad en la cual el propio oficial público aseveraba, por conocimiento previo (y

propio) o adquirido por la prueba rendida por los interesados, sobre la convivencia y los afectos que los ligaban.

En algunos casos, y para asegurar el cabal cumplimiento de estas últimas voluntades, se designaba al propio notario autorizante como albacea.

En la misma tónica, se autorizaban actos de autoprotección donde los integrantes de la pareja se designaban como futuros mandatarios y/o curadores, indicaban los tratamientos médicos a los que no estaban dispuestos a someterse, qué tratos paliativos debían dispensárseles en caso de padecer enfermedades terminales, de qué manera se administrarían sus bienes, entre otros aspectos.

B) Las adquisiciones de bienes en condominio por cualquier título o causa (v.gr., compraventa, permuta, dación en pago, etc.) y la simultánea constitución del derecho real de usufructo vitalicio recíproco, de modo que como resultado final de la operatoria jurídica se extraía que cada comunero detentaba la nuda propiedad de una mitad indivisa del bien y el usufructo sobre la porción restante.

Con lo cual, ante el fallecimiento de uno de ellos, el supérstite continuaba en la nuda propiedad de la mitad del bien que detentaba a título propio, pero ejercía el usufructo sobre su totalidad (una mitad, por haberlo constituido a su favor su congénere, y la otra, por recuperarlo ante la muerte del otro titular).

C) El aporte de bienes para la constitución de sociedades de la más diversa índole (lo usual, empero, eran las sociedades por acciones o cuotas, por la limitación de la responsabilidad de sus fundadores) en las que los miembros de la pareja eran los únicos componentes, con un régimen restringido de transmisión de acciones, cuotas o partes de interés, sumado a otros mecanismos para lograr imponer las decisiones en las asambleas o reuniones de socios (v.gr., posibilidad de suscribir acciones con voto preferente en futuros aumentos de capital).

D) La institución de fideicomisos, donde los concubinos homosexuales resultaban ser los instituyentes y los beneficiarios (o fideicomisarios), y gestionaba los bienes el dueño fiduciario, que era una persona de reconocidas solvencia económica y capacidad, y de entera confianza de aquéllos.

Empero, otras instituciones jurídicas les estaban claramente vedadas, ante la ausencia del estado de familia inherente a ellas, como la afectación de inmuebles al régimen de bien de familia, la solicitud del derecho real legal de habitación del cónyuge supérstite o la facultad

del mismo de imponer cláusulas de indivisión por el plazo máximo de diez años sobre establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios que integren el acervo hereditario, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 53, ley 14394.

Amén de ello, la existencia de herederos forzosos de alguno de los convivientes al momento de su fallecimiento, podía desbaratar el andamiaje jurídico construido en sede notarial para salvaguardar los derechos, los intereses y el modo de vida del sobreviviente.

En efecto, la institución de la legítima en estos casos, daba pie a impugnar muchos de los actos señalados, por juzgárselos lesivos de aquélla, sea que se declarara en sede judicial su ineficacia, sea que se los redujera a las porciones disponibles, que en nuestro derecho, son exiguas cuando hay descendencia.

En suma, los integrantes de la pareja, al no revestir el estado civil de casados, gozaban de plena libertad para contratar entre sí y respecto de terceros, lo que significaba, en la práctica, que podían participar en sede notarial como sujetos instrumentales en la celebración de diversos actos o negocios jurídicos.

La vigencia de la ley 26618 ha provocado un cambio sustancial en la materia.

Esto es: la obtención del estado civil propio de la institución matrimonial repercute indefectiblemente en la habilidad de los consortes a la hora de actuar en la órbita jurídica, tal como sucede desde siempre respecto de connubios heterosexuales.

Ello así, dada la vigencia a su respecto, del régimen patrimonial matrimonial (o sociedad conyugal), que es de orden público y, por ende, imposible de ser derogado o modificado por decisión de las partes.

Así, a partir de la vigencia del matrimonio igualitario, sus integrantes no podrán celebrar entre sí muchos de los negocios que hasta entonces concretaban en procura de regir sus intereses comunes.

Entre ellos: la compraventa (art. 1358, CCiv.), la donación (arts. 1807 y 1820, CCiv.), la permuta (arts. 1490 y 1492, CCiv.), la cesión de créditos (arts. 1435, 1436 y 1441, CCiv.), la dación en pago (art. 781, CCiv.), el fideicomiso, el leasing, los contratos que sirven de causa eficiente para la adquisición de derechos reales de uso y goce y de garantía sobre cosas ajenas (usufructo, uso, habitación, servidumbres, superficie forestal, hipoteca, prenda, anticresis, censos consignativos), los contratos de sociedades comerciales colectivas, de capital e industria o en comandita simple (arg. art. 27, ley 19550).

En cambio, pueden celebrar contratos de mandato (art. 1276, CCiv.), de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada (art. 27 citado), de sociedad civil, la fianza, el depósito, el comodato y la locación de obra.

Con reservas, se admiten también los contratos de locación y de trabajo.

Respecto de los actos mortis causa, la cuestión también cambia, dado que ahora los integrantes de una pareja del mismo sexo, si están unidos en matrimonio, son herederos forzosos recíprocos (conf. art. 3572, CCiv.). Por esta razón, y pese a que concurren otros posibles herederos forzosos de alguno de los consortes (v.gr., ascendientes, descendientes), no tendrá mayor sentido otorgar testamento, dado que el propio régimen le garantiza al cónyuge superviviente una parte sustancial del patrimonio del difunto.

En resumidas cuentas, la admisión del matrimonio entre iguales ha afectado sensiblemente la aptitud o habilidad de sus integrantes para actuar en la vida jurídica: por un lado, les permite servirse de institutos a los que hasta ahora no podían acceder por no revestir el estado conyugal; por el otro, les coarta el empleo de figuras que sean incompatibles con el régimen patrimonial matrimonial.

En este aspecto, la ley se ha limitado a efectuar ajustes o adaptaciones terminológicas respecto de algunos de los preceptos que se refieren al tema (v.gr., arts. 1217, 1275, 1300, 1301, 1315, 1358 y 1807), pero no ha innovado en el régimen de fondo, que permanece así inalterado.

Por ende, será el notario quien tenga que evaluar, frente al requerimiento practicado por los integrantes de una pareja homosexual unida en matrimonio, si el acto que pretenden celebrar es ahora jurídicamente posible, si se encuentra prohibido por el régimen vigente, si resulta incompatible con el régimen de la sociedad conyugal consagrado por nuestro Código Civil o bien si requiere el asentimiento conyugal del art. 1277 o, en su defecto, la venia judicial supletoria.

## b) Las consecuencias de la ley 26618 en la prestación de la función notarial

### 1.- La competencia notarial por razón de las personas

En procura de garantizar la imparcialidad del oficial público al momento de prestar sus funciones, de modo que se mantenga equidistante entre los eventuales intereses contrapuestos que puedan lucir las partes del acto o negocio que se pretende celebrar, el legislador ha previsto una solución que expresamente le impida actuar cuando aquélla pueda verse comprometida.

Se trata del art. 985, CCiv., que rige para todas las categorías de oficiales públicos (notariales, judiciales, administrativos, registrales o consulares). Éste dispone: "Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados

lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido".

El precepto en cuestión contiene una prohibición de actuar impuesta apriorísticamente a los oficiales públicos argentinos, por el legislador. Ello así, en la presunción iuris et de iure, que si el fedatario presta su ministerio en los casos allí contemplados, lo hará en desmedro de su deber funcional de imparcialidad; esto es, se presumirá lisa y llanamente su parcialidad o falta de neutralidad, sin admitirse prueba en contra.

Como lo destaca el notario José C. Carminio Castagno, con su habitual maestría y claridad de conceptos, "...el fundamento de la presunción de parcialidad se encuentra... en el `afecto' que la ley presume existente entre el `funcionario público' y la `persona interesada'...".

Ahora bien, ¿qué naturaleza jurídica tiene esta prohibición?

Pese a no existir una respuesta uniforme en nuestro medio sobre el particular, adherimos a la posición que entiende que el precepto de marras impone una regla de la competencia para la actuación de los oficiales públicos, relacionada con las personas de sus requirentes.

Así, de la misma manera que el ordenamiento jurídico condiciona y limita su actuación, bajo pena de nulidad, a que ésta se desarrolle en un ámbito espacial determinado (competencia por razón del territorio, regulada, en términos generales, por los arts. 980 y 981, CCiv.), sobre uno o más asuntos concretos de su incumbencia (competencia por razón de la materia, fijada también por el citado art. 980) y en un lapso de tiempo concreto, en que el fedatario esté en ejercicio efectivo de sus funciones (competencia por razón del tiempo, reconocida para casos puntuales -suspensión, destitución, reemplazo- por el art. 983 del mismo cuerpo legal), también dispone que su ámbito de actuación se circunscriba a casos en los que no participen determinadas personas (limitación por el parentesco) o en que no existan intereses contrapuestos con los del autorizante (limitación por el interés).

De no respetarse esta prohibición, la consecuencia será equivalente a la prevista para las otras clases de incompetencia, como es la nulidad del instrumento así conformado.

Ahora bien, de la lectura atenta del precepto se derivan dos prohibiciones para la actuación del oficial público: una, cuando está comprometido su propio interés personal en el caso, la otra, cuando están en juego intereses de personas vinculadas con él por lazos de parentesco.

Las consideramos por separado.

ii) La prohibición de actuar en razón del interés personal del oficial público

Una compulsión rápida de la primera parte del precepto nos indicaría que si del contenido del instrumento público se deriva alguna ganancia, utilidad o conveniencia para su autorizante, el oficial público tiene prohibida su actuación, so pena de nulidad formal de lo realizado.

Esta afirmación, sin embargo, no es totalmente exacta, pues no todo interés o conveniencia del oficial público tiene suficiente entidad para poner en marcha la prohibición legal.

Lo graficamos con un ejemplo:

Un notario autoriza una escritura pública que contiene una compraventa inmobiliaria entre dos personas que no guardan ninguna clase de parentesco con el oficial público.

¿Es atacable este documento en los términos del art. 985?

Contestamos, prima facie, que no.

¿Se modifica nuestra respuesta por el hecho que por su intervención, el fedatario se haya hecho acreedor a una determinada suma de dinero, en concepto de aranceles, que ha percibido de manos del adquirente?

Reiteramos nuestra réplica en sentido negativo. Ello así, aunque bien puede el escribano del caso haber tenido muy especialmente en cuenta al momento de actuar, la remuneración que le correspondería. Hay acá un interés, una ganancia, una utilidad, un provecho para el oficial público y, sin embargo, ello no obsta a su intervención. O, lo que es lo mismo, ese interés, presente en el acto, no es jurídicamente relevante, a efectos del art. 985, CCiv., para impedir su participación y, en su defecto, invalidar el documento.

Variemos el planteo: en la compraventa inmobiliaria, interviene como adquirente un amigo del notario. ¿Es atacable el documento?

Replicamos que, en principio, no. Si bien el oficial público puede haber tenido en cuenta los intereses y las conveniencias de su amigo, al momento de actuar, ello no es suficiente para enervar su intervención. En otros términos, la amistad con una de las partes del acto, a efectos del art. 985, no parece tener, por sí sola, relevancia suficiente para comprometer su imparcialidad.

Empero, el oficial público siempre podrá excusarse de actuar si considera que en el caso, no podrá mantener la imparcialidad que le exige la prestación de su función.

Por tanto, por razones de seguridad, se evidencia como necesario determinar y precisar, con

la mayor rigurosidad posible, la noción del "interés jurídicamente relevante" del oficial público que puede provocar la tipificación, en el caso concreto, de la prohibición del artículo de marras, con su adicional pena de invalidez documental.

He aquí una tarea difícil.

En efecto, no existe una fórmula o receta mágica que nos pueda dar, a priori, los supuestos en que el interés del oficial público en juego compromete su imparcialidad y, por tanto, invalida su actuación. Se trata, en rigor de verdad, de una cuestión de hecho, que deberá ser dilucidada y evaluada en cada caso particular, por el juzgador.

Sin perjuicio de ello, José María R. Orelle sintetiza los distintos parámetros o directivas que nuestra doctrina y jurisprudencia han considerado como indicativos de la existencia del conflicto de intereses que deja expedita la vía para la aplicación de nuestro artículo, a saber:

A) El interés del oficial público debe ser directo, basado en los principios de causalidad previstos para la responsabilidad no delictual, en la reparación del daño (conf. arts. 520, 901, 903 y concs., CCiv.). Por tanto, y como bien lo señala Norberto R. Benseñor, los principios que rigen la valoración de este interés como directo y causante de un resultado determinado son: que sea consecuencia inmediata y necesaria, que derive de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y que sea imputable al autor de tales efectos.

B) El interés del oficial público debe ser objetivo y no basta la mera afección o simpatía.

C) Finalmente, la índole del interés del oficial público puede ser variable, pero potencialmente debe ser apto o eficiente para desviar al funcionario de su deber de imparcialidad.

Veamos, pues, y a manera de ejemplos, las aplicaciones prácticas que han tenido estas premisas:

- Es inválida una escritura de compraventa en la que el comprador manifiesta que actúa, en parte, como gestor de negocios, adquiriendo una mitad indivisa del inmueble en cuestión, para el notario autorizante del acto, que posteriormente la aceptará, y en parte por sí mismo, adquiriendo la mitad indivisa restante para sí.

En el caso se advierte claramente que se afecta la imparcialidad del oficial público notarial, aunque éste no haya comparecido como tal al acto y haya aceptado la compra de la mitad indivisa a su favor en una escritura pública posterior.

Como señala el autor del dictamen, el notario Rubén A. Lamber, "...el interés (del notario) es indudable por beneficiarse directamente con la adquisición al vendedor, en un acto que él mismo autoriza, lo que distorsiona totalmente la función notarial y la actuación del autorizante, en particular por la pérdida manifiesta del deber de imparcialidad que con su intervención da calidad de instrumento público al documento que recepta el acto..."

- La escritura por la cual se encomienda al escribano que requiera la entrega y reciba los títulos representativos de acciones de una sociedad anónima, de pertenencia y titularidad de dicho documento notarial, implica un acto que escapa a la competencia del oficial público notarial y configura un mandato que carece de valor de acuerdo con lo dispuesto por el art. 985, CCiv.

En el caso, el escribano "mandatario" se había apersonado en la sede de la sociedad indicada por el comitente y había recibido las acciones en cuestión, constituyéndose entonces en depositario de dichos títulos, los que luego entregó al interesado, rindiendo cuentas de todo lo actuado.

La doctrina sentada por la Comisión de Consultas del Colegio Notarial porteño reza así: "importa un mandato encomendar la realización de un acto jurídico, aun cuando el representante sea un escribano. Carece de valor el mandato conferido a un escribano, mediante una escritura que el mismo autoriza".

iii) "El hecho de que el escribano que deba autorizar la escritura de venta de un departamento sea copropietario por tener titularizado otro departamento del edificio a su nombre, no crea... incompatibilidad alguna, por cuanto no se trata de un acto sobre las cosas comunes, sino sobre una unidad de propiedad exclusiva en la que el escribano no tiene derecho o interés alguno. La circunstancia de tener interés subsidiario por la copropiedad sobre el todo no es materia de negociación, como lo sería si pretendiera una modificación del reglamento..."

iii) El concubinato

En esta primera prohibición que dimana del art. 985, CCiv., debemos considerar incluido el

caso en que exista una relación de concubinato entre el oficial público y alguna de las partes del acto o negocio que contendrá la escritura pública, o bien respecto del requirente si se trata de actas, certificados o cargos notariales.

En esta tónica, un pronunciamiento judicial emitido por el Máximo Tribunal de la provincia de Buenos Aires invalidó una escritura pública de compraventa en la que intervenía como compradora la concubina del escribano autorizante.

Ello así, en el entendimiento que pese a no haber intereses parentales de por medio (el concubinato no genera parentesco computable a efectos del art. 985, CCiv.), existía interés personal del oficial público en el acto, el que se evidenciaba ora en el eventual derecho sucesorio que el mismo podría esgrimir, a su tiempo, frente a la disolución de la sociedad de hecho generada por el concubinato, ora en el goce promiscuo y actual de los bienes adquiridos en estas condiciones por la compradora, que se daba trato de cónyuge con el notario interviniente, lo que fue debidamente probado en la causa.

Destacamos también que en el caso, la celebración del acto estuvo rodeada de una serie de irregularidades formales y de fondo (el precio vil de la compraventa, la no presencia física de los testigos instrumentales, obligatoriamente exigida en ese momento por el art. 1004, CCiv., en su redacción original; la edad de la parte vendedora), que junto con las restantes probanzas producidas en la causa, facilitaron el dictamen de los magistrados favorable a la invalidez del documento.

¿Cómo juega el art. 985, CCiv., frente a las uniones civiles o los concubinatos respecto de personas del mismo sexo?

La respuesta a este interrogante, a nuestro juicio, ha de ser equivalente a la que existe para el concubinato intersexual: el notario no puede autorizar un documento en que sea parte su compañero/a hetero u homosexual, pues estará también acá en juego no un interés parental, sino de índole personal del propio oficial público.

Y más aun: si se hace caso omiso a este impedimento y el notario interviene en el caso, la documentación acreditativa de la celebración de dicha unión civil o de la convivencia efectiva con su pareja será un elemento probatorio de vital importancia en el posterior juicio de impugnación del documento notarial, que podrá esgrimir la parte que se considere lesionada.

De aquí que el oficial público debe abstenerse de intervenir, so color de nulidad de todo lo actuado.

#### iv) Prohibición por estar comprometidos intereses de los parientes del oficial público

El art. 985 limita la actuación del oficial público cuando en el caso estén comprometidos intereses de sus parientes dentro del cuarto grado.

El parentesco es el vínculo jurídico que existe entre distintas personas, que por su fuente u origen, puede ser por consanguinidad, afinidad o adopción.

Entre los efectos jurídicos que tiene el parentesco, está la prohibición del art. 985, CCiv. En efecto, en los tres supuestos, se le impide al oficial público actuar y probar a posteriori que no comparte ni comulga con los intereses de estas personas, pues la prohibición en este caso, como ya dijimos, funciona como una presunción iuris et de iure de parcialidad.

La prohibición que impone la norma rige para las tres formas de parentesco, hasta el cuarto grado.

Las consideramos brevemente por separado.

A) El parentesco por consanguinidad, también denominado genuino o natural, es la relación jurídica que existe entre dos personas que integran o forman parte de una comunidad nacida de la sangre.

El mismo, para nuestra hipótesis de trabajo, se debe estudiar en la línea (serie no interrumpida de grados) recta y en la colateral, en ambos casos, hasta el cuarto grado (vínculo entre dos individuos formado por la generación).

La línea recta, a su vez, se clasifica en ascendente y descendente.

En la línea recta ascendente tenemos:

Primer grado: Padres.

Segundo grado: Abuelos.

Tercer grado: Bisabuelos.

Cuarto grado: Tatarabuelos.

En la línea recta descendente, a su vez, tenemos:

Primer grado: Hijos.

Segundo grado: Nietos.

Tercer grado: Bisnietos.

Cuarto grado: Choznos.

Recordemos que a partir de la sanción de la ley 23264, las distinciones respecto de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales quedaron totalmente suprimidas del derecho positivo argentino.

En la línea colateral, la relación deriva de un tronco común, por lo que para efectuar el cómputo, debemos en primer lugar, subir hasta el ascendiente común y luego, descender hacia el colateral en cuestión.

Respecto de esta primera forma de parentesco, se ha dicho que "es nula la escritura pública en que se adquiere un inmueble para el hijo del escribano autorizante de la misma. La circunstancia que la aceptación del negocio se preste en otro protocolo notarial no varía la situación. La ley veda la intervención del notario en todos los casos en que el mismo o sus parientes, hasta el cuarto grado, tengan un interés en potencia, por cuanto su actuación en tales supuestos es presumiblemente parcial".

B) El parentesco por afinidad, también denominado ficticio o legal, es el vínculo jurídico que nace a partir del acto jurídico familiar matrimonio entre una persona con los parientes consanguíneos de su cónyuge.

Del concepto expuesto se desprenden las dos características tipificantes de esta clase de parentesco:

- Nace o tiene su causa eficiente exclusivamente en el matrimonio.

- Este parentesco se limita al cónyuge con los consanguíneos de su consorte y viceversa, por lo que no se genera parentesco de los consanguíneos de un cónyuge con los del otro.

Y este parentesco, en cuanto al cómputo, se realiza considerando que el cónyuge está en el mismo grado de parentesco que su consorte con sus consanguíneos. Por tanto, el yerno será

para sus suegros, un hijo más (primer grado en la línea recta ascendente); para sus cuñados, un hermano más (segundo grado en la línea colateral), y así sucesivamente.

Respecto de esta figura, se ha sostenido que a los fines del parentesco por afinidad, "...ambos cónyuges son considerados como si fueran una sola persona, por lo que respecto de la madrastra de su esposa, el escribano se encuentra en el primer grado de parentesco por afinidad, por lo que no corresponde su intervención...".

En el mismo sentido, "el art. 985, CCiv., comprende a los parientes por afinidad y, en consecuencia, no puede autorizarse válidamente una escritura en la que es parte el esposo de una hermana de la madre de la escribana interviniente".

Esta forma de parentesco cobra especial relevancia a partir de la vigencia de la ley 26618, puesto que si se trata de un matrimonio entre iguales y uno de sus integrantes es oficial público notarial, va de suyo que deberá abstenerse de intervenir en aquellos requerimientos en que participen los parientes consanguíneos de su consorte, so riesgo de aplicación del art. 985, CCiv., a su actuación.

C) El parentesco por adopción es un vínculo parental legal que tiene su causa eficiente en la sentencia judicial que establece aquélla.

La misma puede ser plena o simple, según el designio del magistrado y las circunstancias del caso.

La adopción plena tiene como principal consecuencia conferir al adoptado una filiación respecto del adoptante, que suplanta a la biológica, natural o consanguínea, con la única excepción de la subsistencia de los impedimentos matrimoniales.

Por tanto, y a efectos del art. 985, CCiv., resulta que el adoptado ingresa como pariente consanguíneo del adoptante y sus parientes por consanguinidad en las líneas recta y colateral por igual. Así, pasa a ser hijo, nieto, hermano, sobrino, primo, etc. Lo mismo sucede respecto de los parientes por afinidad del adoptante, que pasan a serlo también del adoptado.

La adopción simple, en cambio, confiere al adoptado la posición de hijo biológico del adoptante, pero no crea vínculos de parentesco con los parientes consanguíneos de éste. Tampoco extingue los vínculos del adoptado con sus parientes biológicos.

A efectos del art. 985, CCiv., resulta, por tanto, que dicho precepto rige en la relación del adoptado con el adoptante y con los parientes biológicos de aquél; en cambio, no opera respecto de los consanguíneos del adoptante.

#### v) El cónyuge del oficial público

El cónyuge, como tal, no encuadra en las tres formas de parentesco reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, aunque por cierto es el que genera, a partir del matrimonio, el parentesco por afinidad.

Nuestra doctrina coincide de manera unánime en que, pese a su omisión en el texto del art. 985, CCiv., el oficial público no puede intervenir en un caso en que tenga interés su cónyuge.

Ello así, sea que el impedimento se derive del interés parental o del interés personal del oficial público. Reparemos, en este último sentido, en las múltiples consecuencias legales que se derivan, por ejemplo, del ingreso de bienes en el patrimonio del cónyuge del autorizante, sea que revistan la calidad de propios o gananciales (en cuanto a su gestión y disposición, al régimen de alimentos, al derecho sucesorio, al derecho de habitación, al régimen de bien de familia, etc.).

De aquí que se haya sostenido que "no se considera compatible el ejercicio profesional en el caso de que cónyuge actúe en el carácter de agente fiduciario".

De lo que antecede se desprende que en asuntos en que tenga interés el cónyuge del oficial público, este último debe abstenerse de actuar, so color de activar la pena de ineficacia de todo lo actuado que prescribe el artículo en estudio. Ello así, con independencia de si se trata de un matrimonio hetero u homosexual.

#### vi) Las soluciones especiales en materia de testamentos por acto público

De la compulsas de nuestro Código Civil, se desprende la existencia de un doble régimen de requisitos de validez formal en atención a la calidad del negocio o acto jurídico que contengan las escrituras públicas.

En efecto, si se trata de actos inter vivos, hemos de atender al título IV de la sección II del libro II del Código (arts. 997 a 1011) más las normas comunes a los instrumentos públicos. En cambio, tratándose de testamentos por acto público, hay que considerar las soluciones del capítulo II del título XII de la sección I del libro IV (arts. 3651 a 3664) del mismo texto legal, las que, por cierto, no son totalmente coincidentes con el primer grupo de normas.

Esta duplicidad de soluciones positivas estaría aparentemente justificada en el mayor rigorismo formal que tiene la celebración de un acto de esta naturaleza, pues con ello se pretende que el interesado medite sobre el contenido, la trascendencia y las consecuencias

que tendrá para su persona y bienes en general el otorgamiento de un testamento.

Más aun, el sigilo y la cautela también se extenderán al notario a quien acudirá el interesado en estas lides, que deberá prestar mayor atención en la facción y autorización del documento que lo contenga, para garantizar su validez formal.

Estos fundamentos, en la práctica, no se cumplen para todos los casos, lo que evidencia su endeblez. En efecto, tenemos soluciones formales más flexibles para las escrituras que contienen testamentos, respecto de las que exteriorizan otros negocios jurídicos, como sucede precisamente con el tema de la imparcialidad, como veremos a continuación.

De aquí que propiciemos un solo régimen de recaudos formales para la eficacia de las escrituras públicas, con independencia de su contenido.

#### A) La prohibición de intervenir en razón del interés personal del notario

El art. 3664, CCiv., dispone que "el escribano y testigos de un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor".

En la parte que aquí interesa, vemos que se reitera la prohibición de actuar, para el oficial público notarial, cuando esté comprometido su interés personal en el contenido del testamento a autorizar, es decir, cuando de éste se derive una utilidad o beneficio en sentido económico o patrimonial para aquél.

En verdad, no hay diferencia sustancial en este aspecto con la regla general del art. 985, CCiv.; aunque la doctrina civilista se ha encargado de aclarar que la solución del art. 3664 genera, para el caso de inobservancia, una nulidad parcial. Esto es, caerá, en principio, la cláusula o manda testamentaria donde se plantee el conflicto de intereses respecto del oficial público autorizante (v.gr., legados de cosa cierta o sumas de dinero a su favor), pero mantendrá su eficacia, el resto del acto mortis causa, en la medida en que sin tal disposición pueda perdurar.

En cuanto a los términos que utiliza el precepto en análisis, se da por supuesto que el oficial público es varón y, por ende, la prohibición se aplica respecto de su esposa.

La explicación histórica de la norma se corresponde con la exigencia de la virilidad para acceder a la función notarial, propia del siglo XIX y principios del siglo XX.

Otro tanto sucedía respecto de los testigos a tenor de lo dispuesto por el primigenio art. 3705 de dicho cuerpo legal.

A partir de la sanción en el año 1926 de la ley 11357 de los Derechos Civiles de la Mujer, la

cuestión se equipara, para ambos sexos, en lo referente a aspirar al ejercicio de la función notarial, aunque no se haya ajustado a esa realidad el tenor del art. 3664.

En cambio, en el año 2005, por ley 26056, se ha suprimido la alusión al sexo de los testigos, modificándose a estos fines el texto del art. 3705.

La ley 26618 tampoco ha efectuado los ajustes de rigor al artículo de marras en oportunidad de admitir el matrimonio entre iguales.

De aquí que el precepto deba leerse como alusivo al escribano y su cónyuge, con independencia de su sexo, de acuerdo con la regla de equivalencia que se deriva del art. 42 de dicho cuerpo legal.

El art. 3848, CCiv., sin embargo, contiene una excepción a la directiva que antecede al disponer que "...puede ser ejecutor testamentario... el escribano ante quien se hace" el testamento.

El albacea puede percibir honorarios por su actuación, de lo que se deduce claramente que tal designación, a favor del escribano que autoriza el testamento, implicará en la mayoría de los casos, un claro beneficio económico, que puede resultar superior a un legado o institución hereditaria.

Y aquí, pese a estar comprometido el interés del oficial público, la prohibición legal general (arts. 985 y 3664) cede, sin embargo, frente a la permisión especial contenida en el art. 3848, CCiv.

Como excepción legal, debe circunscribirse a la condición de albacea testamentario y no puede, por tanto, extenderse por analogía a otros supuestos o actividades propias de la sucesión testamentaria.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia argentina en dos fallos cuyas partes pertinentes transcribimos a continuación.

"Resulta afectado de nulidad absoluta y manifiesta, por haberse transgredido lo dispuesto en los arts. 985 y 1043, CCiv., la cláusula del testamento por la cual se dispone la unificación de personería y representación en el albacea (que lo es el escribano autorizante del propio testamento), o en la persona que éste indique, de todos los herederos y legatarios bajo apercibimiento de quedar excluidos del legado o de la institución hereditaria... Debe reconocerse que el escribano autorizante del testamento, designado también albacea, está interesado en las disposiciones de aquél, si en virtud de ellas queda convertido en árbitro único del juicio testamentario, con facultades tan amplias que llegan hasta hacerlo eventual partidor, o más aun, liquidador del acervo hereditario".

"Es nula de nulidad absoluta, de acuerdo con lo prescripto por el art. 985, CCiv., dado que media el interés y parentesco a que se refiere la disposición aludida (art. 3664, CCiv.), la cláusula testamentaria por la que se establece como condición para conservar la calidad de heredero, que los beneficiarios deban unificar representación en la persona del hermano del escribano autorizante del acto y albacea, y que éste deba actuar bajo el patrocinio del letrado que tenga conformidad con aquél (en el caso, parientes dentro del cuarto grado del notario autorizante)... El escribano autorizante del testamento, de acuerdo con los arts. 3848 y 3872, CCiv., puede ser albacea, a pesar de tener derecho a percibir comisión por el desempeño del cargo".

#### B) La prohibición de intervenir en razón del interés de los parientes del oficial público

Este impedimento, en materia de testamentos por acto público, se evidencia a través de dos normas que se complementan, los arts. 3653 y 3664, CCiv.

El primero dispone que "el escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento".

Las diferencias a remarcar, respecto de la solución general del art. 985, CCiv., son las siguientes:

- La prohibición del art. 3653 se sustenta no en el interés en juego, sino en la identidad del testador.

- La prohibición en la línea recta, ascendente o descendente, no tiene limitación de grado. De aquí que se plantee el siguiente interrogante: ¿debemos limitar el impedimento hasta el cuarto grado, por aplicación extensiva del art. 985, CCiv., o bien considerar que por estar frente a una regla especial, que deroga a la general, no existe límite alguno a la prohibición?

Entendemos, de acuerdo con lo ya expuesto, que la solución a aplicar es la segunda, pues la normativa propia de los testamentos por acto público excepciona la regla general del art. 985, CCiv..

- Finalmente, en la línea colateral, se advierte que la prohibición llega hasta el tercer grado, lo que implica, por ejemplo, que el notario podría autorizar el testamento de un primo

hermano (cuarto grado de parentesco), aunque en las mismas circunstancias, y como ya vimos, no podría autorizar una escritura en la que el mismo fuera comprador.

El ya citado art. 3664, CCiv., impide al escribano actuar en aquellos testamentos que redunden en beneficio propio o de "...sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado...".

Dos aspectos corresponde destacar de este precepto:

El primero es la expresa mención del cónyuge, a diferencia de lo que sucede con el art. 985.

El segundo, la concordancia con el art. 985, al fijar en el cuarto grado, el parentesco prohibido.

## 2.- El requerimiento para la prestación de la función notarial

### i) El principio de rogación o instancia y sus consecuencias

Al igual que sucede con otros funcionarios públicos, los escribanos no prestan su ministerio sino a partir de la petición expresa que un particular haga en tal sentido.

Esto significa que los notarios no actúan de manera oficiosa o por propia iniciativa.

Empero, corresponde señalar que una vez que se haya verificado el requerimiento para su actuación, ésta debe llevarse a cabo hasta su total culminación, por ejemplo, en la confección y en la autorización de un documento formalmente válido y eficaz.

Esto último explica, por ejemplo, que si se advierten fallas, deficiencias u omisiones en la prestación de la función, cuando se trate de la configuración de un instrumento que contenga un negocio, el interesado no debe solicitar de modo expreso al fedatario que las subsane, sino que el propio oficial público tiene que preocuparse por hacerlo, aunque no surja petición alguna de parte del eventual damnificado.

Sucede, en el caso, que la prestación prometida no está aún cumplida, motivo por el cual, la petición inicial que dio lugar a la intervención notarial perdura hasta tanto se concrete el resultado pretendido.

Por otra parte, el notario como perito en derecho está conminado, toda vez que se requiera su actuación, a proceder conforme a la ley que conoce y sabe como aplicar al caso

concreto.

De aquí que, en principio, no existan excusas a la hora de considerar su eventual responsabilidad por un desempeño deficiente.

Ahora bien, la consecuencia que inevitablemente se deriva del principio de rogación o instancia apuntado es la obligatoriedad en la prestación de la función notarial, en tanto y en cuanto no exista una causal que justifique, en el caso concreto, la abstención o excusa.

A modo de ejemplo, transcribimos el art. 131, dec.-ley 9020/1978, vigente en la provincia de Buenos Aires: "La prestación profesional del notario es en principio inexcusable toda vez que medie requerimiento de parte. Sólo podrá rehusarse en los siguientes casos: 1. Existencia de impedimentos legales, físicos o éticos. 2. Falta de conocimiento personal del requirente, salvo que su identidad se acredite en la forma prevista en el art. 1002, CCiv.. 3. Dudas razonables respecto del estado mental del requirente o de su libertad de volición. 4. Atestación de tareas de igual o mayor urgencia. 5. Intempestividad del requerimiento. 6. Falta de provisión por parte de los requirentes de los elementos o medios indispensables para la tramitación del asunto encomendado. 7. Prestación del ministerio en otro distrito en los casos que estuviere legalmente habilitado para actuar fuera de aquel en que tuviera su sede".

La letra del precepto es aparentemente clara en el sentido de la taxatividad con que se indican las causales para rehusar la prestación de la función notarial.

No obstante, algunos de los motivos previstos por la norma exhiben una cierta flexibilidad que deberá, llegado el caso, dilucidarse en el caso concreto que se presente al oficial público (como sucede con los impedimento éticos a que apunta el primero de los incisos del precepto transcripto).

Ello no quita que si el oficial público alegara una causal diferente de las pautadas para acceder a un requerimiento, el interesado puede efectuar la denuncia pertinente ante la delegación del Colegio Notarial al que pertenezca el funcionario.

La queja del particular que se considere damnificado provocará la apertura de un procedimiento del cual se dará vista al notario implicado, para que efectúe su descargo, fijándose un plazo perentorio para hacerlo.

Transcurrido el término (usualmente, no supera los diez días hábiles), la autoridad colegial emitirá su veredicto, que podrá ser revisado en las instancias superiores de la disciplina notarial.

Si la resolución final dictada por las autoridades de superintendencia fuera consecuente con los designios del particular, el notario quedará obligado a actuar en el caso en que se ha

solicitado inicialmente su intervención.

Más aun, si a juicio del superior, el oficial público pretendió excusarse invocando motivos que no estaban considerados en la normativa vigente en la demarcación donde tenga sede su registro, podrá iniciarse un proceso disciplinario por retardo o negativa injustificados en la prestación de la función, hipótesis que se configura en muchas demarcaciones de nuestro país, como una falta a la ética notarial.

De todo ello colegimos que en la práctica, el escribano deberá poner extrema cautela al rechazar un requerimiento, cerciorándose de que las razones de su negativa encuadren en alguno de los supuestos contemplados a estos fines en las leyes o reglamentos notariales locales.

ii) La objeción de conciencia como causal que justifique el rechazo de un requerimiento en sede notarial

El objetor de conciencia supone la posibilidad que tiene una persona (y, por ende, un funcionario público) de no cumplir con un deber u obligación legalmente dispuestos, por violentar éste sus convicciones personales de índole moral, religiosa o de otra naturaleza, en tanto y en cuanto dicha inobservancia no lesione o afecte de modo significativo los derechos de terceros ni otros aspectos vinculados con el bien común.

Esta figura no es más que un reflejo del deber genérico de respeto a la dignidad del ser humano y tiene su sustento en la libertad de pensamiento, de conciencia y de culto garantizadas por la Constitución Nacional (art. 14) y por los tratados internacionales de igual jerarquía.

De aquí que resulte evidente que pueda plantearse como una causal más que excuse al oficial público de prestar sus funciones en un caso concreto para el que sea requerida su actuación.

Las leyes y los reglamentos notariales locales, sin mencionar directamente esta causal, implícitamente aluden a ella cuando reconocen los reparos de índole ética, moral o religiosa a los que puede aludir el notario para eximirse de intervenir en un caso concreto.

Además, como se trata de un derecho amparado por la propia Norma Fundamental, en última instancia, una disposición local no puede ir en contra de ella, por lo que su eventual silencio en la materia nunca podrá ser interpretado como una negativa o impedimento para su eventual alegación.

Remarcamos, empero, que de la conducta seguida por el oficial público no puede seguirse un gravamen irreparable para el requirente (v.gr., por no ver satisfecha su pretensión ante la falta de otros prestadores del servicio público notarial en esa u otra demarcación que puedan cumplir supletoriamente con lo solicitado), o bien, lisa y llanamente, un caso de discriminación frente a su persona, por tratarse en ambos casos de resultados disvaliosos que el ordenamiento jurídico no puede, en modo alguno, permitir.

iii) ¿Puede generar una causal de excusa en sede notarial, la aplicación de la ley 26618 que permite el matrimonio entre iguales?

Sabemos que la entrada en vigencia de la ley en estudio ha provocado la negativa de algunos oficiales públicos de los registros civiles, a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, con sustento en la objeción de conciencia.

Esto así, argumentando dichos funcionarios sus convicciones morales y religiosas, en el entendimiento que la institución matrimonial por derecho natural está reservada para las parejas de distinto sexo.

La doctrina, en general, ha avalado estos argumentos, lo que ha provocado en los hechos, que los objetores fueran sustituidos por otros funcionarios para la celebración de las pretendidas nupcias.

Adviértase que de la negativa a actuar no se deriva un gravamen irreparable a los celebrantes, puesto que el matrimonio podrá ser concretado ante un funcionario sustituto, aunque ello no implica soslayar que alguno de los contrayentes se pueda sentir discriminado por la conducta seguida por el primer oficial público que se negó a actuar e impetrar los reclamos administrativos y las acciones judiciales que juzgue pertinentes.

Otro tanto puede suceder respecto de los magistrados cuando tengan que dirimirse ante sus juzgados acciones por separación personal, divorcio o nulidad de matrimonios igualitarios, en tanto y en cuanto se encuentre asegurada la posibilidad de inmediata sustitución del objetor por otro juez para que pueda llevar adelante, en tiempo y forma, la causa de marras.

Ahora bien, la situación del notario frente al matrimonio igualitario es sustancialmente diferente a la de los oficiales públicos del Registro Civil y a la de los magistrados, desde el momento que no está en su competencia por razón de la materia la celebración de las nupcias ni su eventual disolución.

En rigor, en sede notarial, los requerimientos que concreten las personas del mismo sexo unidas en matrimonio versarán, como sucedía con anterioridad a la sanción de la ley 26618, sobre otras cuestiones de índole patrimonial o extrapatrimonial, en las que por cierto

influirá de manera decisiva el estado civil que ahora ostentan los solicitantes, de acuerdo con lo expuesto en el apart V.a.3. de este aporte.

Por consiguiente, a nuestro juicio, no corresponde escudarse en el objetor de conciencia para negarse a autorizar una operación inmobiliaria en la que participen estas personas o para negarse a brindar asesoramiento sobre un testamento o acto de autoprotección por la orientación sexual del solicitante, pues todo ello puede implicar una lesión a los derechos e intereses del requirente, que bien podrá sentirse discriminado e instar las denuncias y acciones que crea convenientes.

Es cierto que la causal de excusa por objeción de conciencia expresa o implícitamente está consagrada y admitida por la normativa pertinente de corte local, pero también lo es, a nuestro entender, que por la naturaleza e índole de las incumbencias notariales, su aplicación efectiva en un asunto en que se vean implicadas personas del mismo sexo unidas en matrimonio, por esa sola razón, puede significar un atentado a su dignidad como personas y, por ende, un trato discriminatorio.