

## ACUERDOS SOBRE FILIACIÓN, A LA LUZ DE LAS LEYES 19.075 Y 19.119

Esc. Ramiro BENÍTEZ <sup>23</sup>

### PALABRAS PREVIAS

La propuesta de este trabajo consiste en formular un breve análisis que involucre al estudio de la adecuación de la técnica notarial a propuestas emergentes de una nueva legislación nacional, no del todo amigable con el intérprete, la que ha dejado algunas lagunas o situaciones propias de un laberinto jurídico.

Se pretende lograr ese objetivo, realizando un esquemático recorrido por las prácticas habituales, regladas dentro del nuevo marco legal, y así llegar a proponer en una breve y acotada reseña, proposiciones que contribuyan a obtener lo que el Derecho busca: la paz y seguridad en la vida social dentro de una convivencia pacífica.

Se podría hablar de un cambio de paradigma en los últimos años, impulsado sobre todo por lo que damos en llamar "globalidad equilibrada", o sea aquello que parte de un compromiso de la sociedad internacional, y liga a las naciones en reconocimientos de temas fundamentales, tales como los derechos humanos sociales, económicos y culturales.

Esa "globalidad equilibrada" procura señalar conceptualizaciones imprescindibles y esenciales requeridas para una vida en equidad. Tal es así que el legislador tuvo que legislar sobre esos nuevos derechos donde es exigencia que su reconocimiento esté y conste a texto expreso, y hacer posible su ejercicio.

Esta legislación responde a un panorama socio-político del país, donde la aprobación de este cúmulo de leyes, tuvo un contenido social reflejo de una urgencia impuesta por la propia situación del país, por el compromiso que asumió al ratificar Convenciones Internacionales, como ya se mencionó, así como acompañar los cambios de la región pretendiendo adecuarse al contexto a veces a cualquier precio.

Muchas veces los caminos que se eligieron no fueron suficientes o satisfactorios en sus logros.

---

<sup>23</sup> Profesor Adscripto de Derecho Notarial, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante de la Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos del Uruguay, período 2013-2016.

Al mismo tiempo, puede resultar curiosa la profusa aprobación en Uruguay de leyes relacionadas directa o indirectamente con la materia filiatoria, sobre todo teniendo presente que los cambios normativos, se producen en la última década.

Del año 2004 al 2014, la legislación uruguaya ha transformado parte del Derecho de Familia, y en consecuencia conceptos que hasta el momento contaban con años de aceptación.

Es sabido y comprobable que cantidad no es sinónimo de calidad, ni que las mejores intenciones producen las mejores soluciones.

Tal es así, que la gran producción legislativa de los últimos años en Uruguay, no significó calidad en la norma, sino más bien, la carencia de elementos que permitan su implementación y su cumplimiento. Un caso reciente es el que presenta la Ley 19.075 (Ley de Matrimonio Igualitario), que sin haber entrado en vigencia, ya el Poder Legislativo se había puesto a trabajar en su reforma mediante la aprobación de la Ley 19.119, la que intentó enmendar lo contradictorio o sin sentido de la anterior.

El intérprete puede determinar que el legislador pudo haber realizado la elección de una metodología socio-crítica, la que implica conocer y comprender la realidad como praxis, unir teoría y práctica, implicar lo investigado en un contexto de valores y las acciones que se puedan desarrollar, y en cierta manera "justificar" las soluciones aportadas aunque los procesos no fueran los adecuados.

En la elaboración de la norma puede utilizarse el recurso de la justicia formal; con aquello que se considera justo, da paso a que use la analogía, y esto significa que ante lo carente de contenido de la norma, se pueda alcanzar la integración e interpretación. Cuando la norma se logra aplicar, se comprueba subsunción (encuadramiento del caso a la norma), y la efectivización de la consecuencia jurídica, estando en ese momento en condiciones de reflexionar sobre lo acertado o no de la teoría o de la práctica.

La tarea del intérprete se vuelve compleja.

Para lograr que una norma sea efectiva, ésta debe ser descriptiva e integra, o sea fiel al propósito de su autor, teniendo como limitante la propia verdad, contribuyendo a la construcción de un mundo jurídico donde se logre vincular los valores con la justicia, observando un doble sentido:

- ❖ vertical, en el sentido de aporte y de contribución social
- ❖ horizontal, como forma de integración de la realidad



Si se pierde el objetivo, aunque la intención sea buena, no se contextualiza, ni se logran brindar soluciones firmes, positivas y reales, el trabajo del legislador será en vano por más interpretación que realice el intérprete, porque carece de elementos para lograrlo.

Werner Goldschmidt cuando habla de la norma, aplica la pluralidad metodológica, (sociológica, normológica y dikelógica), y sostiene que el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada individuo, sin distingos, ni particularidades, una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad para convertirse de individuo en persona.

En temas tan sensibles como los contenidos en materia de familia, el legislador debe ir más allá de la confección o el dictado de la norma: debe prever su aplicación, pensar en las consecuencias de la misma, y si existe una relación exacta entre la intencionalidad y su contenido.

La premura en la promulgación, muchas veces lleva a que, tanto en la metodología como en la técnica legislativa, se supriman etapas necesarias, teniendo presente que si se va más lento, más se avanza.

El cambio de norma también puede traer consigo un cambio de paradigma.

En esta breve reseña, se expondrán competencias que el Notariado ha perdido, conserva, y otras nuevas, siendo éstas últimas las que constituyen el desafío ante nuevas situaciones.

En el Informe emitido por el Consejo General de Varsovia, del 28 de mayo de 2011, bajo el título "Evolución de las competencias notariales", se planteaba en uno de los puntos la situación referente al Derecho Familia. En él se aludía a las "nuevas estructuras familiares", al régimen patrimonial aplicable durante la vigencia del matrimonio, los pactos de protección futura, y otros temas, que poco a poco han sido o se ha trabajado para que el notariado estuviera involucrado.

## **UNA VISIÓN EN UNA MISIÓN**

Si nos remontamos en el tiempo, en el Derecho Uruguayo de Familia, frente a una normativa netamente positivista y reglada, la actividad notarial estuvo limitada a algunas actuaciones, no de procedimiento ya que la sede judicial era la órbita para su desarrollo,

pero aceptándose la participación como patrocinantes de los Escribanos en cuestiones no contenciosas.

En otro ámbito, hasta el día de hoy, **el reconocimiento de hijo natural** por medio de Escritura Pública como una de las opciones, continúa vigente. Este mismo reconocimiento se puede hacer ante el oficial del Registro de Estado Civil o por Testamento.

Artículo 31 de la Ley 17.823, **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA:**

(Formalidades del reconocimiento). El reconocimiento puede tener lugar:

1) Por la simple declaración formulada ante el Oficial del Registro de Estado Civil por el padre o la madre biológicos en oportunidad de la inscripción del nacimiento del hijo, como hijo habido fuera del matrimonio, suponiendo la sola inscripción reconocimiento expreso

2) Por testamento, en cuyo caso el reconocimiento podrá ser expreso o implícito

3) Por escritura pública.

Las características del reconocimiento son:

- ❖ es un acto solemne
- ❖ es imperativo ya que la normativa trata al reconocimiento como un deber.
- ❖ es un acto personal e individual
- ❖ es unilateral; no necesita la aceptación del hijo que se reconoce, aunque si es mayor de 13 años, puede comparecer a los efectos de expresar su conformidad o no respecto al cambio de apellido de nacimiento, por el del reconociente
- ❖ es declarativo y atributivo
- ❖ es retroactivo; opera desde el nacimiento del reconocido
- ❖ es sin condiciones
- ❖ es irrevocable

En pocos casos procede ese reconocimiento por Escritura Pública, principalmente por una cuestión de practicidad, por desconocimiento de que también es competencia notarial, y por los costos que implica en caso de optar por la Escritura Pública, cuando el trámite ante el Oficial de Registro de Estado Civil es gratuito. Es más frecuente verlo en Testamentos, donde el reconocimiento puede ser expreso o tácito. O sea puede establecer que lo reconoce o puede mencionarlo otorgándole esa categoría, por ejemplo: "Instituyo en la parte de libre disposición a XX, sin perjuicio de la legítima que pueda corresponderle por ser mi hijo natural". En este último caso, quedaría implícito el reconocimiento.

Lo interesante de la instrumentación en Testamento, es que por más que éste es un acto esencialmente revocable, el reconocimiento efectuado nunca queda sin efecto, ni aun cuando el testamento fuera declarado nulo por vicio en la forma, siempre que fuera válida la escritura. Es más, en toda sucesión donde de la información solicitada al Registro de Testamento, surjan más de un testamento otorgado por el causante, se pedirá que se agreguen todos, pues de algunos de ellos, puede surgir un reconocimiento de hijo natural.

La copia que se expida del reconocimiento en Escritura Pública será el documento con el que se solicitará al Registro de Estado Civil que se anote ese reconocimiento, debiendo adjuntándose.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 17.823 (29 de setiembre de 2004), Código de Niñez y de la Adolescencia (CNA), se modificaron las categorías de hijos naturales e hijos legítimos, y se pasaron a denominar como hijos "habidos dentro o fuera del matrimonio" cuestión que sólo quedó en la tinta de la Ley. Sin embargo, la transformación no correspondía tan sólo a su denominación, sino a que se cambiaba el régimen de reconocimiento de natural o "habido fuera del matrimonio". Hasta el momento, el reconocimiento debía ser expreso, manifiesto; no bastaba tan sólo con la inscripción. Desde la entrada de vigencia del CNA, la simple inscripción vale reconocimiento del nacido, además de permitir la inscripción por parte de los progenitores cualquiera fuera su estado civil, así como a los menores dentro de determinada edad.

A diez años de este Código, se puede concluir que ha traído más problemas que soluciones. Su aprobación fue en tiempo record, lo que trajo aparejado graves inconvenientes a nivel de interpretación jurídica, por ejemplo la instauración de una "tutela" a cargo de los abuelos, cuando los padres sean menores solteros y mientras dure la minoridad.

Otra de las innovaciones que trajo el CNA, fue el cambio en el régimen de la Adopción.

Hasta el 28 de setiembre de 2004, en Uruguay, existían dos sistemas de adopción: simple o legitimación adoptiva. La primera se realizaba en Escritura Pública, donde el Escribano debía verificar una serie de presupuestos cotejados anteriormente por el Instituto a cargo del menor, y la segunda, un "expediente secreto" con efectos similares a lo que hoy por hoy se conoce como "adopción plena".

Se transcribe la norma del CNA:

Artículo 140. (Procedimiento ante Escribano público). La adopción podrá, asimismo, ser hecha **por escritura pública**, aceptada por los representantes legales del adoptado y

por el adoptado, en su caso, debiéndose inscribir dentro de los treinta días contados desde su otorgamiento, en un libro especial, que llevará al efecto la Dirección General del Registro de Estado Civil, y deberá constar además, al margen del Acta de nacimiento.

La omisión de la inscripción será sancionada con multa al Escribano autorizante de la escritura, de 12 UR a 50 UR (doce a cincuenta unidades reajustables), a más de no surtir efecto la adopción hasta después de ser inscripta. Una vez inscripta surtirá efecto desde la fecha de su otorgamiento.

Cuando se trate de la adopción de un niño o de un adolescente, ningún Escribano podrá autorizar la escritura respectiva sin previa autorización del Instituto Nacional del Menor en que se acredite la idoneidad moral y la capacidad del o de los adoptantes, probada por todos los medios de investigación que el Instituto Nacional del Menor considere necesarios.

La Ley 19.092 deroga los artículos sobre adopción, consagrando solamente la adopción plena y descartando la adopción simple.

**ART. 5.** Sustitúyense los artículos 137, 138 y 139 de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 18.590, de 18 de setiembre de 2009, por los siguientes:

ARTÍCULO 137. (Concepto de adopción plena). La adopción plena del niño, niña o adolescente es un instituto de excepción, que tiene como finalidad garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a la vida familiar, ingresando en calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia.

Pese a esto, la adopción simple continúa vigente para **personas mayores de edad**, aplicándose las normas del Código Civil, contenidas en el título VII del libro I, artículos 243 y siguientes. No son de aplicación las disposiciones del CNA al tratarse de una norma de excepción y especial, referida a menores.

## **INTERVENCIÓN NOTARIAL EN UNIÓN CONCUBINARIA**

En este punto, concordamos ampliamente con la Dra. Mabel Ribero y la Esc. Beatriz Ramos: no se comprende cuál fue la intención del legislador. O es más, no se entiende porque asimiló tanto esta nueva figura jurídica al matrimonio, si lo que se pretendía era no hacerlo.



Si su idea era instrumentar un sistema convivencial sencillo y accesible, se equivocó. No logró el objetivo y no aportó soluciones importantes, salvo alguna referente a la cuestión patrimonial.

Al día de hoy, es más simple contraer Matrimonio que iniciar un proceso de declaración de Unión Concubinaria. Mientras que en la primera situación dos personas pueden casarse y divorciarse casi inmediatamente, en la otra, deben cumplir una convivencia de 5 años para ser declarados en Unión Concubinaria. Aquellas uniones que no cumplieran con el requisito temporal, serán reconocidas como uniones de hecho.

Si uno lee con armonía, costosa armonía, el texto de la Ley, logra comprender que quizás el ánimo del legislador fue dotar de determinadas seguridades objetivas a situaciones que hasta el momento se venían definiendo en los Tribunales, con una jurisprudencia variada.

La primera discusión que se planteó es que si esta nueva figura creaba un nuevo estado civil: el de concubino reconocido judicialmente. Al día de hoy, todavía se discute.

¿Qué pasaría con aquellas uniones que no completan los 5 años de convivencia que exige el artículo 1 de la Ley 18.246? La mayoría de la doctrina entiende que se aplicaría la figura del cuasicontrato.

Sobre otros supuestos, nos remitimos a lo desarrollado por Adriana Sosa y Susana Terradas en otros capítulos de este trabajo.

Sin embargo, hay un punto en que la actividad notarial puede tener un campo fértil al día de hoy.

A continuación se reproducen los artículos que más adelante se analizarán.

Artículo 5° de la Ley 18.246. (Objeto y sociedad de bienes).- La declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato tendrá por objeto determinar:

La fecha de comienzo de la unión.

**La indicación de los bienes** que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes.

El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a **una sociedad de bienes** que se sujetará a las disposiciones que rigen la **sociedad conyugal** en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de

administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaría.

Este artículo coloca el tema patrimonial y ofrece determinadas soluciones.

La primera, es establecer la fecha de comienzo de la Unión Concubinaría y la otra, señalar la importancia de la inscripción del reconocimiento.

A simple lectura podemos establecer que los concubenarios, previo al reconocimiento, deben haber declarado el régimen legal patrimonial por el que optan.

El problema se plantea cuando se pretende establecer la naturaleza de los bienes adquiridos por uno o ambos, antes de la declaratoria de reconocimiento. Según el artículo en cuestión se estará a lo que expresen.

Se han manejado diferentes propuestas.

Una es pactar en las Capitulaciones Matrimoniales una cláusula que rija para la Unión Concubinaría, si no se concreta o mientras no se concreta el matrimonio.

El artículo 1938 del Código Civil establece:

***Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer las convenciones especiales que juzguen convenientes, con tal que no se opongan a las buenas costumbres y se conformen a las disposiciones establecidas en los artículos siguientes.***

*La Ley, sólo a falta de convenciones especiales, rige la asociación conyugal en cuanto a los bienes.*

Si seguimos las mismas normas, recién entraría a regir luego de inscripto el reconocimiento judicial, pero llegaremos a la situación que esté inscripto el régimen que seleccionaron para que rija la unión concubinaría, antes que el propio reconocimiento judicial.

¿Qué puede aportar el Notariado frente a esta situación particular?

En este limbo jurídico-temporal que se genera, ¿qué pasa con los bienes adquiridos antes del reconocimiento?

Según la propia Ley se estará a lo que expresen los concubinos.

Si el momento de la adquisición declararon que la titularidad ambos por partes iguales o en el porcentaje que ellos indiquen, se habrá constituido un condominio. Si uno sólo aportó, él será el titular y eso bastará.



¿Pero qué sucede si se conviene que uno solo adquiera, porque su porcentaje en la inversión fue mayor que el del otro? ¿Quedará desprotegido quien aportó en menor medida?

Quizás la solución la pueda brindar el Escribano, levantando un Acta de Declaratoria al momento de la adquisición para que queden fijados los porcentajes reales y que luego, al momento del reconocimiento se agregue ese testimonio como prueba y se conserve ante una eventual disolución. Se propone el Acta porque no se registra un negocio, se declara sobre una negociación que es una cuestión diferente.

## **ACUERDOS SOBRE FILIACIÓN**

El título del presente capítulo quizás no sea el más adecuado. Sin embargo, induce a la idea que pretendemos brindar, más allá de esta denominación primaria. Se propone siguiendo la línea que establece la normativa que más adelante se citará, ya que expresamente determina la existencia de estos "acuerdos" así como también a la sustancia de su contenido.

Si se mira hacia atrás, no hace poco tiempo el tema de la "huella biológica" develada por los avances de la técnica científica y el conocimiento del ADN, terminaba con una serie de conjeturas presentadas y probadas en Sede Judicial en lo que respecta a filiación, la que se cambiaba por la certeza científica.

Desde el reclamo de una paternidad por indicios y presunciones, se pasa a un proceso que otorga seguridad en un 99.99% de probabilidades científicas de certezas ineludibles e incuestionables.

Uno podía pensar que todo terminaría allí, pero sin embargo hoy por hoy, nos encontramos con lo que se podría llamar "huella jurídica", o sea aquella atribución que hace la Ley a determinados acuerdos entre los interesados respecto a la filiación, consagrando la figura del progenitor jurídico, en donde el Notariado tiene mucho para aportar.

La llamada Ley de Matrimonio Igualitario planteó una revisión de todo lo referente a la filiación, abrió una forma de inscripción de los recién nacidos rompiendo con la tradicional costumbre patriarcal, permitiendo que el apellido de la madre figure primero en la registración, reformando lo dispuesto hasta el momento por el CNA.

Curiosamente los legisladores, una vez promulgada la ley, pero antes de su entrada en vigencia, fueron advertidos de algunas incorrecciones e inobservancias, lo que trajo aparejada una reforma casi inmediata, mediante la Ley 19.119.

A esto se sumó la Ley 19.167 de Técnicas de reproducción asistida.

Este cúmulo de normas, debió y debe al día armonizarse, puesto que todavía no hay claridad sobre algunos procedimientos y cuáles situaciones comprende, y cuáles quedan afuera, y en todo caso por qué normativa se encuentran regidas, o sino por el contrario, no hay previsión legislativa.

#### **LEY 19.075**

Artículo 14. Sustitúyense los artículos 214 a 221 inclusive del Código Civil, en la redacción dada por el artículo 29 de la Ley 17.823 de 07 de setiembre de 2004, por los siguientes:

ARTÍCULO 214. Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la Ley considera **al otro cónyuge, jurídicamente progenitor** de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.

Las personas legitimadas por la Ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico no existe.

Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior, las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten **bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial**.

El consentimiento para la concepción con persona ajena al matrimonio, será revocable con las mismas formalidades, hasta el momento de la concepción.

Es nulo todo acuerdo firmado entre cónyuges o concubinos referido a la concepción de una criatura fruto de la unión carnal entre hombre y mujer, sin perjuicio de las obligaciones que la Ley prevé para el cónyuge no concubiente respecto del hijo concebido.

#### **LEY 19.119**

ARTÍCULO 30. (Capacidad de los padres para reconocer a sus hijos). Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil y edad, de reconocer a su hijo.

No obstante, las mujeres menores de 12 (doce) años y los varones menores de 16 (dieciséis), no podrán realizar reconocimientos válidos sin aprobación judicial, previa vista del Ministerio Público.



En los casos de progenitores menores no casados, el Juez decidirá a quién se le atribuyen los derechos y deberes inherentes a la tutela, otorgando preferencia al abuelo que conviva con el progenitor que reconoce y el reconocido.

Previo a todas las decisiones a que refiere el inciso anterior que requieran autorización judicial, se deberá oír a cualquiera de los padres que haya reconocido al hijo.

La patria potestad será ejercida en forma plena por ambos padres, a partir de que estos cumplan 18 (dieciocho) años.

## LEY 19.167

### DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 25. (Nulidad). Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, **únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo** debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo). El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Artículo 27. (Filiación). En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente Ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Artículo 28. (Filiación Materna). La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

De toda esta normativa, se pretende realizar un análisis coherente que potencie las soluciones viables, posibles, admitidas y queridas por los involucrados.

Como se observa, la legislación es clara en cuanto refiere a los sujetos que comprende la progenitura jurídica y el alcance de los acuerdos que firmen los cónyuges, cuando éstos decidan por la opción que brinda la Ley 19.167.

El artículo 214 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 19.075, indica que *Las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo.*

Esto determina aspectos a tener en cuenta para su análisis:

- ❖ En primer lugar, refiere a personas que no tienen capacidad física para la procreación.

- ❖ Señala que las personas imposibilitadas deben estar vinculadas entre sí por el vínculo de **matrimonio**. Si no existe acuerdo previo, rige la presunción legal siempre que vivan de consuno.

- ❖ No se admite este tipo de pacto para otro tipo de uniones de hecho o reconocidas por la Ley.

- ❖ Incluye un elemento temporal: el acuerdo se debe celebrar antes de la fecundación del óvulo.

- ❖ Sólo quedarían comprendidos los matrimonios de personas de distinto sexo, en los que la imposibilidad de gestación se dé en la mujer, o en la pareja de mujeres (“...**únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo...**”).

## **ART. 2 DE LA LEY 19.167**

(Alcance). Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, **así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil**, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley.

- ❖ Por Ley se prohíbe el alquiler de vientres, estableciendo claramente que sólo se habilita cuando “la mujer no pudiera...” y establece además, un taxativamente cuales serían los parientes que podrían ceder sus vientres.

De la simple lectura armoniosa de la legislación citada, surge que quedarían sin la posibilidad de la gestación subrogada, aquellos matrimonios de parejas integradas por dos hombres, ya que del análisis normativo sólo opera la opción frente a la imposibilidad de concepción por parte de la mujer.

Es cuestionable y carente de precisión si ésta situación que se acaba de relatar, una limitación que no tiene algún fundamento ni sustento para la exclusión, no ofreciendo opciones alternativas. Tampoco quedaría claro si en un matrimonio de dos mujeres ninguna de las dos fuera capaz de gestar, si se podría acceder a un vientre cedido.

Queda abierta la interrogante cual sería la solución. ¿Fue un error del legislador? ¿Una omisión?

## **FORMA DEL ACUERDO**

La normativa no indica cual es la forma jurídica que debe contener esa expresión de la voluntad vinculante del acuerdo celebrado entre los progenitores jurídicos, señalando que debe ser "expreso y escrito."

O sea, le legislador se inclina hacia una expresión de forma como exterioridad, que pueda ser corporal (escrito). Sin quererlo, está agregando a ese factum una imposición formal, donde se pretenda que trascienda a la "psiquis ajena", pero colocándolo en el mundo exterior de manera que se tome por cierto y perdurable. Además, para la inscripción del recién nacido también sería viable un acuerdo documentado, donde se establezca claramente la voluntad de los progenitores en registrar a su hijo.

El legislador tuvo buen criterio en imponer la forma escrita y no basarse en oralidad de la voluntad, tendiendo a constituir un principio de prueba objetivo. Tenemos ejemplos en la legislación uruguaya donde la trascendencia y permanencia de lo escrito, cede ante la oralidad, en casos tan sensibles e importantes como las voluntades anticipadas, donde la revocación puede hacerse por el paciente en cualquier manera, expresando oralmente que así sea. Esta situación genera incertidumbres y contradicciones ya que para su formalización se establece la forma escrita.

La forma jurídica está determinada por contener una manifestación de voluntad relevante, un hecho (que trascienda la esfera de los particulares), que genere efectos para quienes lo celebren, y dando noticia a los terceros, haciéndolo socialmente perceptible.

Siguiendo a Carnelutti, "El mecanismo de la representación estriba en la substitución de un hecho por otro como objeto de la percepción para la determinación de la misma idea. La representación supone dos hechos: el hecho representativo que es el hecho subrogante, y el hecho representando, que es el hecho subrogado... La capacidad representativa depende, por lo tanto, de la estructura o constitución del hecho..."

El mismo autor más adelante señala la sutil diferencia entre representación y simple expresión, se convertirá en declaración testifical o declaración constitutiva.

Al implantarse la forma escrita para este tipo de acuerdos, el legislador más allá que su voluntad respondiera a otras consideraciones subjetivas, pretende objetivamente que esa forma actúe en el carácter de "forma impuesta", lo que quiere decir que recoge conductas jurídicas trascendentes para el derecho.

¿Cuál sería la forma jurídica más adecuada?

En nuestra doctrina notarialista siempre se ha establecido la diferencia entre los documentos que contienen negocios jurídicos, y aquellos que contienen actos no negociales. Para los primeros se reserva la escritura pública contenida en el Registro Protocolo, y para los otros, el Registro de Protocolizaciones (la Ley 575 de 1858 establece la diferencia entre ambos registros).

Si lo tratamos como una declaración que producirá efectos jurídicos, estaremos dentro de la clasificación de aquellos actos jurídicos con contenido no negocial.

Frente a esto, ¿cuál es la etapa formativa ideal de la función notarial?

La declaración formulada por los progenitores podrá realizarse en documento privado, como acto propio de las partes.

El Notario tendrá tres canales formales habilitados que brindan seguridad jurídica a lo declarado:

❖ Levantar declaración de los interesados. En Acta de solicitud se fija exactamente el objeto, se determina por los propios requirentes el contenido, y qué quieren declarar. Luego se levantará un Acta de declaración (artículo 202 y 203 del Reglamento Notarial aprobado por la Acordada 7.533), limitándose el notario a documentar lo que oralmente le manifiestan, dando lectura de lo declarado, se ratifique lo declarado, firmen los



requirentes, y el Escribano autorice, y se levante el Acta de protocolización, expidiéndose testimonio que hará fe al igual que su matriz.

❖ Otra forma sería incorporar al Registro de Procolizaciones esa declaración documentada y firmada en documento privado, mediante el sistema que habilita el artículo 179 del Reglamento Notarial: un Acta de solicitud, donde hay ratificación de su contenido previa lectura, y una aseveración que responde al reconocimiento de las firmas del documento. Se otorga y suscribe el Acta por los requirentes, se autoriza por el profesional y se levanta el Acta de protocolización para su incorporación al Registro.

❖ O por el contrario, certificar el otorgamiento y firmas de esa declaración (artículo 248 del Reglamento Notarial), incorporar el documento y el certificado notarial al Registro de Protocolizaciones mediante la solicitud documentada en un Acta.

Cualquier opción es viable, salvo un matiz de diferencia.

En el primer caso, la declaración se produce ante el notario. Hay inmediatez entre lo declarado y lo documentado.

En los otros dos, si bien realizó la calificación de legalidad del documento, el documento privado, autónomo e independiente, vino redactado por los requirentes que solicitan la intervención notarial. En la mayoría de los casos el propio notario redacta el documento privado, adecuando el lenguaje común a un lenguaje jurídico relevante, con el objetivo de obtener lo buscado por las partes: una forma jurídica apta, admisible, querida y jurídicamente válida y eficaz, pero cabe la posibilidad de que los interesados concurren con el documento redactado.

Raúl Anido en su obra "De la eficacia del documento notarial", citando a Rodríguez Adrados, establece que "el Acta notarial es, funcionalmente, un medio de prueba, y por ello, estructuralmente, el hecho a probar es extraño, es ajeno al Acta, está fuera del Acta". Si la declaración de voluntad está contenida en un documento escrito, entonces ese mismo documento será la realidad a probar.

Lo que se quiere expresar es que el hecho sucedió independientemente de su documentación. El Acta existe por el hecho, pero el hecho sucedió aún sin el Acta.

Para poder darle perpetuidad al hecho, se recurre al Acta, que no va a reproducir el hecho, pero si va a mantenerlo como cierto. La conservación de lo declarado no revive lo declarado, lo perpetúa y da la certeza de que sucedió en un momento y espacio determinado.

Hay quienes opinan que se podría tomar esa declaración incluso en una Escritura de Declaratoria, lo cual no compartimos porque las opciones alternativas analizadas anteriormente, son más acordes al fin que se pretende alcanzar.

Sin embargo, también puede caber la posibilidad de que se incluya en la escritura de Capitulaciones Matrimoniales.

De aceptarse su inclusión, podría ser tenida esta declaratoria como sometida a una publicidad indirecta no deseada, ya que desde su registración hasta su utilización en alguna actuación patrimonial del matrimonio, quedará al descubierto esta situación tan privada y personal.

Sin embargo, si vamos a la definición doctrinaria de las Capitulaciones Matrimoniales, la Dra. Ema Carozzi las define como *"las convenciones celebradas por los futuros cónyuges con el objeto de apartarse del régimen matrimonial legal, estableciendo en sustitución de este, aquel que registrá sus **relaciones patrimoniales**, entre si y respecto a terceros."*

De su lectura se puede desprender que sólo comprende los contenidos patrimoniales de los futuros cónyuges, estableciendo la solemnidad de la escritura pública, sólo para el caso de los bienes aportados sobre pase las 500 Unidades Reajustables (Unidad de estabilidad de valor dictada por el Poder Ejecutivo o cuando se constituyan derechos sobre bienes raíces. De no cumplirse con alguno de estos casos, *"basta para su validez..."* la escritura privada (Artículo 1943 del Código Civil), aunque ambas modalidades deberán ser inscriptas para que surtan efectos frente a terceros y son irrevocables (artículo 1944 del mismo Código).

Por lo tanto, no sería acertado optar por esta solución.

## COLOFÓN

1. Se puede afirmar que muchas veces las limitaciones al ejercicio de las buenas prácticas, son autoimpuestas.

2. Sin embargo, frente a esas restricciones e inventiva, uno recuerda las enseñanzas de Julio Bardallo con su brillante desarrollo jurídico sobre la técnica notarial, con la lucidez indiscutida de Rodríguez Adrados en su profunda investigación sobre el documento notarial, hasta llegar al notable Natalio Etchegaray donde con una simplicidad



propia de los grandes maestros, realiza un estudio preciso sobre la técnica jurídica y en especial la notarial, los que han coincidido en que el crecimiento del hacer notarial parte no sólo del saber, sino del saber hacer incorporando la experimentación lo que será el soporte de la experiencia.

3. La dinámica y la diversidad de las relaciones personales, requiere no sólo de una normativa acorde, sino de intérpretes y agentes que puedan aportar soluciones confiables y seguras.

4. Tal es así, que en materia de familia queda mucho camino por recorrer. Los mandatos preventivos, las instrucciones previas, la protección del patrimonio familiar y los protocolos de familia, son un deber del derecho uruguayo, así como el de pasar de la letra a la acción en temas referidos a la capacidad jurídica, la protección de las personas con discapacidad, y el reconocimiento de derechos fundamentales.

## Bibliografía

- \* ANIDO, Raúl. De la eficacia del documento notarial. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 89, p. 37-240.
- \* AREZO PÍRIZ, Enrique. Sociedad Conyugal: Bienes propios y gananciales. Subrogación de propios. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 89, p. 241-252.
- \* BAGDASSARIAN, Dora y RASSINES, Mabel. Temas vinculados al régimen matrimonial de bienes. Montevideo. AEU 2002, 2ª edición.
- \* CARMINIO CASTAGNO José Carlos. Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica. Revista del Notariado, Año C/1997, N° 850. Colegio de Escribanos de Capital Federal, Argentina.
- \* CAROZZI, Ema. Manual de la Sociedad Conyugal, Montevideo, FCU, 2005, 5ª versión actualizada.
- \* CAROZZI Ema. Unión Concubinaría. Convivencia ininterrumpida como elemento constitutivo de la Unión Concubinaría. ADCU. Tomo XLII.
- \* CLARIA, Eduardo. Régimen patrimonial matrimonial en el Derecho Comparado. Revista Internacional del Notariado, N° 106/107, ONPI.
- \* ELGUETA ROSAS, María Francisca, PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo. La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas. Ediciones Orión, 2ª edición, Chile.
- \* ETCHEGARAY, Natalio Pedro. Técnica y práctica documental. Escrituras y Actas notariales. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- \* GOLDSCHMIDT, Werner. El problema de los métodos en el mundo jurídico. Esnaola, Buenos Aires, 1965.
- \* RIVERO DE ARHANCET, Mabel y RAMOS CABANELLAS, Beatriz. Derecho de familia personal. Montevideo, FCU, 2012.
- \* RIVERO DE ARHANCET, Mabel y RAMOS CABANELLAS, Beatriz. Unión concubinaría. Bienes. El activo de la indivisión poscomunitaria. ADCU, Tomo XLII.
- \* SANTOS BELANDRO, Ruben. La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 97, p. 163-184.
- \* VAZ FERREIRA, Eduardo. Tratado de la sociedad conyugal. Montevideo, FCU, 1969.
- \* YGLESIAS, Arturo. Consideraciones sobre la ley de unión concubinaría. ADCU, Tomo XXXVIII.