

XVII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur
20, 21 y 22 de agosto de 2015
Asunción, Paraguay

Tema II:

“LA SEGURIDAD JURIDICA DEL INSTRUMENTO PUBLICO Y PRIVADO”

“CONTRATO DE PROGENITORES JURIDICOS”

Seudónimo: Joaquin



ASOCIACIÓN DE
ESCRIBANOS DEL URUGUAY

INDICE

INTRODUCCION.....	Pág. 3
CASO PRACTICO EN ESTUDIO.....	Pág. 3
NORMATIVA APLICABLE	Pág. 4
RESPUESTA PRÁCTICA AL CASO PLANTEADO.....	Pág. 6
BREVE RESEÑA SOBRE CERTIFICACION NOTARIAL Y PROTOCOLIZACION.	Pág. 7
CONCLUSIONES.....	Pág. 12
PONENCIA.....	Pág. 13
BIBLIOGRAFIA.....	Pág. 13

INTRODUCCION

El mundo avanza en dirección a una igualdad absoluta entre las personas.

En nuestro País es reflejo de esto la entrada en vigencia de la Ley 19.075 con respecto a “Matrimonio Igualitario” en el año 2013 y nadie puede dejar de reconocer que en materia de familia es una de las leyes que mayor impacto ha tenido.

Con la aprobación de esta Ley, Uruguay se convirtió en el duodécimo país del mundo en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el segundo en Latinoamérica después de que Argentina lo hiciese en el año 2010.

CASO PRÁCTICO EN ESTUDIO

Llegaron a mi estudio dos mujeres recientemente casadas planteándome su interés en poder tener un hijo y ser madres biológicas y/o jurídicas del mismo.

Las consultantes no dudaron en dirigirse al notario, a quien consideraron desde un primer momento el profesional que les brindaría el mejor asesoramiento sobre el tema.

Este planteo, implicaba una gran responsabilidad dadas sus consecuencias sociales, jurídicas y emocionales.

De esta forma pude darme cuenta una vez más, de la importancia de nuestra profesión y del alto y positivo concepto que la misma posee en la sociedad.

Las consultantes plantearon que una de ellas se realizaría un tratamiento de fecundación asistida para lograr ser madre biológica.

De acuerdo a la Ley vigente, la otra integrante del matrimonio, que también, anhelaba ser progenitora del hijo, podría ser su “progenitora jurídica”.

Tomé el desafío y después de muchas consultas y estudio llegué al resultado que será expresado en el presente trabajo.

Ante lo indicado, me adelanto a decir que nadie mejor que el Escribano para también plasmar con seguridad jurídica el requerimiento formulado.

NORMATIVA APLICABLE.

Hasta el año 2013 la institución matrimonial consistía en una pareja conformada por un hombre y una mujer.

La ley 19.075 de 10 de abril de 2013 de “Matrimonio Igualitario”, modifica varios artículos del Código Civil.

Uno de ellos, es el artículo 214, que asumió la siguiente redacción; *“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.

Exceptúense 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 concubino 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 concibiente respecto del hijo concebido”.

La ley introduce un nuevo concepto que es el de “Progenitor Jurídico”

En los casos en que los cónyuges imposibilitados biológicamente entre sí para concebir, la Ley permite que puedan acordar ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial, en forma expresa, por escrito y antes de la fecundación del óvulo. De

esta forma se logra que jurídicamente se considere a la criatura concebida, como hijo de ambos cónyuges aunque no exista vínculo biológico de ambos con el hijo.

Estas modificaciones, nos hacen preguntarnos si estamos ante un cambio significativo en materia de autonomía privada de los cónyuges.

La norma hace referencia a la filiación legítima, ya que establece “*..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...*” se indica el requisito de la previa celebración del matrimonio, siendo por tanto un “hijo matrimonial”.

La nueva redacción del artículo 214 del Código Civil se afilia a la concepción de la imputación, atribuyendo la calidad de hijo matrimonial al nacido dentro del matrimonio con prescindencia de la realidad biológica.

La ley en estudio le imputa la calidad de progenitor al no biológico.

Un planteo que surge es el referente a lo que sucede con las uniones concubinarias homosexuales, que también tienen derecho a procrear.

La solución legal vigente actual restringe ésta posibilidad solamente a las parejas homosexuales casadas legalmente.

Esta restricción no se entiende ante el espíritu de igualdad ínsito en esta Ley.

También me cuestione, ente otros temas, que es lo que sucede con las parejas homosexuales masculinas, ya que el alquiler de vientres aún no es permitido en nuestro País.

Está claro que la igualdad absoluta no siempre se logra, este es un ejemplo de una desigualdad dentro de la igualdad.

Se mantienen los presupuestos de matrimonio válido y vida de consuno.

Esto nos lleva a los notarios, a actuar en consecuencia y aplicar la normativa a nuestro trabajo, dando asesoramiento, soluciones a los requerimientos de la sociedad toda con las mayores garantías, brindando seguridad jurídica.

RESPUESTA PRÁCTICA AL CASO PLANTEADO.

Para encontrar una solución al caso planteado, me centré en el análisis del concepto de “progenitores jurídicos” a raíz de esta nueva redacción del Código Civil, y como plasmarlo en un acuerdo expreso y escrito.

La solución adoptada fue la redacción de un acuerdo expreso y escrito entre ambos cónyuges en el que uno se obliga recíprocamente a ser progenitor jurídico del hijo biológico nacido del otro cónyuge.

Dicho acuerdo expreso y escrito debe estar formalizado antes de la fecha de la fecundación del óvulo, debido a que éste es el momento de la concepción.

Consideré que no sería coherente realizar un acuerdo por cada tratamiento de fertilización a realizarse, teniendo en cuenta, que los mismos no siempre son efectivos y que para lograr ser padres, la mayoría de las veces se necesitan varios intentos. Por lo que opté por la realización de un único acuerdo, el cual sería válido para todos los procedimientos de fertilización que se llevaran a cabo por dicho matrimonio.

Al acuerdo, redactado en documento privado, se le certificaron las firmas y luego fue protocolizado.

En este caso era necesario acreditar la identidad de las otorgantes, dar fecha cierta al otorgamiento de documento, para cumplir con lo establecido en la norma referida, así como darle matriz a dicho acuerdo, entre otras circunstancias.

Dada la confianza que se deposita en el notario, al principio de reserva, los tiempos de escuchar al cliente buscando la esencia de la profesión, somos Escribanos de familia, terceros de confianza con la responsabilidad del resultado, en la aplicación de nuestros conocimientos.

Nadie mejor que el Escribano para tan importante labor, ya que somos juristas, y parte de nuestra función notarial es “formativa o documental” y de cierta forma, somos creadores de derecho.

La sociedad demanda como valor fundamental la seguridad, existe la necesidad de garantizar la certeza de las relaciones jurídicas.

La fe pública de la que es depositario el notario y la intervención notarial, en el notariado de tipo latino, es una garantía de esto.

La delegación de la fe pública que realiza el Estado en el Escribano, posee tales características que hace que en el ejercicio de la profesión notarial tengamos independencia funcional con respecto al Estado.

El Escribano posee responsabilidad, civil, disciplinaria, ética, penal y tributaria en el ejercicio de la función notarial.

La función notarial implica el asesorar, calificar, instrumentar, autenticar, conservar los originales y dar fe de los actos que otorga¹.

El documento notarial, producto de la actuación del Escribano, construye (crea derecho), solemniza, autentica y prueba².

BREVE RESEÑA SOBRE CERTIFICACION NOTARIAL Y PROTOCOLIZACION.

La Certificación de Firmas, es el Instrumento público, original mediante el cual el Escribano asegura la verdad de un hecho conforme lo establece nuestro Reglamento Notarial en su artículo 248³

¹La conclusión a del apartado b del primer congreso Internacional del Notariado latino, buenos aires 1948, dice “El notario latino es el profesional del derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin, y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad de hechos”.

²Gimenez Arnau, Introducción al Derecho Notaria, Edit. Rev. De Derecho Privado, Madrid, 1994, pag 96.

³Art. 248 Reglamento Notarial. “ Certificado notarial es el instrumento público original autorizado por Escribano, con el objeto de : a) acreditar la existencia de situaciones jurídicas, actos o hechos, conocidos ciertamente por el autorizante, o que le justifican mediante documentos públicos o privados que le exhiban o compulse; b) autenticar simultáneamente el otorgamiento y firma de documentos privados suscritos en su

Etimológicamente, el verbo certificar proviene del latín *certificare*, y literalmente significa “hacer cierto”.

La Esc. Julia Siri García define al certificado notarial como *“el documento notarial original y extra registro, que acredita relaciones o situaciones jurídicas y hechos conocidos o verificados y comprobados por el Escribano”*⁴

El escribano interviene en el certificado como dador de fe, signa, firma y sella el mismo.

La certificación notarial se caracteriza por:

- ser un instrumento público conforme a lo establecido en el art. 1574 del Código Civil.⁵
- ser un documento original, extra registro y sin matriz.
- El escribano asegura bajo su fe, acredita la existencia de situaciones jurídicas, actos o hechos. Estas afirmaciones pueden basarse en otro documento, que podrá ser público o privado que se le exhibe al Escribano, o en el conocimiento personal del escribano autorizante del certificado
- Cualquier Escribano en ejercicio de su función puede expedir el certificado a solicitud de parte.

La realización de la certificación notarial implica la aplicación de varios de los principios aplicables al ejercicio de la función notarial.

Ellos son:

a) Inmediatez: Este principio consagrado en el Art. 248 literal b del Reglamento Notarial⁶ implica la necesidad del Escribano de estar en presencia del hecho que se

presencia; c) autenticar la ratificación del contenido y el reconocimiento de firmas de documentos privados suscritos con anterioridad. Los certificados se expedirán en forma mecanografiada por cualquier medio mecánico o digital indeleble de impresión”.

⁴ Trabajo presentado al X Congreso Internacional del Notariado Latino. Montevideo, octubre de 1969”

⁵ Código Civil Art. 1574. Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

Otorgado ante Escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

Se tiene también por escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto por las leyes y con los requisitos que ellas prescriban.

certifica. La suscripción del documento privado debe ser realizada en presencia del Escribano.

b) Coetaneidad o simultaneidad: La percepción del hecho y su documentación deben ser simultáneas, la certificación debe ser simultánea al otorgamiento y suscripción del documento.⁷

c) Fidelidad: entre la realidad y la representación de los hechos que realiza el Escribano. Esta presunción se basa en la fe pública de la que es depositario el Escribano.

d) Identificación del firmante: Se deben individualizar los otorgantes y suscriptores del documento conforme a lo establecido en Art. 130 del Reglamento Notarial.⁸

El Escribano debe acreditar la identidad de los otorgantes mediante su conocimiento personal o por la acreditación de la identidad que se realiza ante el mismo a través de la exhibición de documentos de identificación.⁹¹⁰

e) Requerimiento: La intervención notarial es requerida al Escribano por el firmante del documento. El Escribano siempre actúa ante el requerimiento (Art. 253 del Reglamento Notarial)¹¹

⁶ El mismo fue citado anteriormente

⁷ Art. 250 Reglamento Notarial antes citado

⁸ Art. 130 Reglamento Notarial: “b) los nombres y apellidos de los otorgantes. Si los nombres y apellidos usados por dichas personas difieren de los que resultan de sus documentos oficiales de identidad, se hará expresa mención de esta circunstancia, indicándose la forma de designación tal como figura en los documentos aludidos y la que usan en la vida de relación. No se entenderá que existe diferencia, cuando la persona usa alguno de sus nombres y apellidos o las iniciales de ellos, c) en cuanto a los otorgantes, además: nacionalidad, estado civil, mayoría o minoría de edad... domicilio, número de cédula de identidad u otro documento oficial indentificatorio, d) si el otorgante fuese casado, viudo o divorciado: en que nupcias y el nombre y apellido del cónyuge actual, premuerto o divorciado.”

⁹ Art. 250 Reglamento Notarial –“ En el caso del artículo 248 literal b), el Escribano certificará simultáneamente el otorgamiento y la autenticidad de las firmas, debiendo cumplir los siguientes requisitos, c) el Escribano les leerá el documento y recabará su otorgamiento, aplicando, en lo procedente, lo dispuesto en los artículos 150 y siguientes;...”

¹⁰ Art. 177.Reglamento Notarial- “Cuando el Escribano conozca a los requirentes, así lo consignará en el acta. El requirente a quien no conociera, deberá acreditarle su identidad mediante la cédula de identidad o en su defecto, con otro documento oficial identificatorio, pudiendo el autorizante requerirle que estampe la impresión dígito pulgar de su mano derecha, o en su caso, la de otro dedo; de todo lo cual se dejará constancia en el acta.

Podrá prescindirse de toda identificación de las personas requeridas o que atiendan al Escribano y que le sean desconocidas, cuando se realicen diligencias como las de notificaciones, intimaciones, etc.

Es necesario que el requirente solicite la certificación de firmas, quien suscribirá el documento privado. No está permitido certificar firmas de personas que no hayan requerido expresamente la intervención notarial.

El Escribano afirma bajo su fe pública un hecho, acto o situación jurídica, en este caso, el otorgamiento y suscripción del documento privado suscrito en su presencia. Y afirmar bajo fe y firma que tal documento privado fue otorgado por María y Juana, es atribuir al documento el autor cierto de que de otra forma carece.

Según lo antes expuesto, el Escribano asegura que las firmas son auténticas y fueron puestas en su presencia, que pertenecen a los otorgantes a quienes individualiza, a quienes conoce o quienes le acreditan su identidad, dejando constancia de ello en la certificación.

El Escribano puede ser el redactor del documento cuyas firmas se certifican o no. En cualquier caso y mediante la lectura que del mismo se efectúa a los firmantes, en cumplimiento de la función asesora y formativa, se hará saber su contenido y ante una ilegalidad la advertirá a los otorgantes y hasta podrá abstenerse de actuar.

El Notario deberá leer el documento a los otorgantes, recabar su otorgamiento y mencionar que se cumplió con dichos requisitos.¹²

Toda esta solemnidad de hecho y de mención brinda al documento y a la situación concreta en estudio, la seguridad jurídica tan necesaria.

La protocolización de documento privado con firmas certificadas, en el caso planteado, fue considerada necesaria a efectos de dotar de fecha cierta al otorgamiento del documento en estudio y proporcionarle matriz al mismo.

Protocolizar implica la incorporación jurídica de los documentos y actas al Registro de Protocolizaciones¹³

¹¹ Art. 253 Reglamento Notarial: “Se prohíbe certificar firmas de personas que no hayan requerido expresamente esa intervención notarial, debiendo resultar el requerimiento del documento o mencionarse en la certificación.”

¹² Dicho artículo fue citado anteriormente.

- La finalidad de dicha incorporación es la conservación de los documentos, asegurar su permanencia, poder resguardar su existencia para una demostración posterior en el tiempo a cuando se produjo. Se refiere a hechos jurídicos, cumplidos por terceras personas, hechos realizados por el mismo requirente, dotándolos de fecha cierta.
- Es un documento original y matriz.

Dicha incorporación, conforme indica el Artículo 95 del Reglamento Notarial¹⁴ se realiza siguiendo un orden determinado.

En este caso práctico en estudio se incorporó al Registro de Protocolizaciones el documento privado y su correspondiente certificación de firmas, posteriormente el acta notarial de solicitud de intervención notarial y por último el acta de protocolización de la intervención notarial verificada.

Cabe mencionar que el acta de solicitud es un acta notarial que “... tiene por objeto el requerimiento del interesado al Escribano para una determinada actuación notarial que puede ser de muy diversa índole: agregación de documentos, comprobación de hechos, notificaciones, intimación, etc.”¹⁵

Por otra parte el acta de protocolización se define como “aquella que el Escribano, en cumplimiento de lo solicitado por el interesado, o en virtud de mandato de la ley o reglamento, o resolución de la autoridad judicial o administrativa, extiende a efectos de incorporar documentos (documentos y actas) a su Registro de Protocolizaciones.”

16

¹³ Art. 83 Reglamento Notarial “Llácese Registro de Protocolizaciones al formado por los documentos, actas notariales y actas especiales de intervenciones extra registrales, agregados durante el año civil por el Escribano que lo lleva, en virtud de mandato de la ley o reglamento, resolución de autoridad judicial o administrativa o solicitud de parte interesada, con fines generales de conservación, reproducción y fecha cierta - salvo que los documentos incorporados ya la tuvieran”.

¹⁴ Art. 95 Reglamento Notarial “- El Registro de Protocolizaciones se iniciará cada año con la primera protocolización que se realice. Las protocolizaciones se efectuarán por orden correlativo de fechas, se iniciarán con los documentos que se incorporen al Registro, cuando los hubiere, seguidos de las actas de solicitud y de diligencias, en su caso, y las de agregación, que deberán extenderse con las formalidades expresadas en los artículos correspondientes del Capítulo II del Título IV de esta reglamentación”

¹⁵ Cristina Fraga Chao y Claudia Santo, “Guía Práctica para Estudiantes de Derecho Notarial” Tomo III pág. 69

¹⁶ Cristina Fraga Chao y Claudia Santo, “Guía Práctica para Estudiantes de Derecho Notarial” Tomo III pág. 163

Una vez efectuada la protocolización se expide un primer testimonio de la misma, que se presenta en el Registro de Estado Civil.

De esta forma los cónyuges podrán acreditar el acuerdo realizado, el momento de su realización, y a futuro, tener la calidad de progenitores jurídicos del hijo matrimonial.

CONCLUSIONES.

En mi opinión, no tengo dudas que es el Notario el único que puede confeccionar con todas las garantías jurídicas tal acuerdo.

Fue reconfortante cuando Joaquín nació y se inscribió en el Registro de Estado Civil como hijo legítimo de María y Juana¹⁷, sin necesidad de que Juana debiera adoptarlo posteriormente.

La intervención notarial brindó la seguridad jurídica necesaria y aseguró el cumplimiento de la ley.

El mundo avanza, la legislación acompaña en tal sentido y nosotros como Escribanos debemos adaptarnos para dar soluciones jurídicas seguras a tales procesos.

Ante esta normativa el Escribano tiene un rol fundamental, en el asesoramiento, como creador del derecho, interpretando la voluntad de los requirentes, instrumentando los contratos y protegiendo los derechos de todos.

La seguridad jurídica que el Escribano brinda, no puede ser suplantada.

¹⁷ Los nombres utilizados en el trabajo –María, Juana, Joaquín- son ficticios.

PONENCIA.

Sería una cuestión de justicia, se regule el tema con respecto a las parejas homosexuales masculinas y así tengan los mismos derechos que las parejas homosexuales femeninas. El contrato de progenitor jurídico sería igual en este caso. Así como las parejas homosexuales femeninas hoy acceden a donantes, y estos donantes firman contratos accesorios, en el caso del alquiler de vientres sería igualmente accesorio, al contrato principal de progenitor jurídico.

BIBLIOGRAFIA.

- Acuerdo de intenciones: entre la AEU, el CGNE y FESTE. *La Pluma*, abr.2003, año 6, número 16, p. 7.
- BARDALLO, Julio R; GLEISS, María Emilia; DELFRATE, Alba Renée; FERNANDEZ, Nelly. *Formularios de derecho notarial*. Montevideo: Universidad de la República, 1975.
- CAMPO GARCIA, Carlos del. ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY. COMISION DERECHO NOTARIAL. *Inhibiciones del escribano*. 2000. Exp.21.147/00
- CHAO PEÑA, Susana; MOURO, Ana; SANTO RICCARDI, Claudia; SAPRIZA, María Inés; VICENTINO, Ana. *Modificaciones al Reglamento Notarial*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2006. 15º Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales. Encuentro Técnico Regional de Trinidad, Trinidad, 30 jul.2005.
- FRAGA CHAO, Cristina; SANTO RICCARDI, Claudia. *Guía práctica para estudiantes de Derecho Notarial*. 5a.ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2009. T.3.
- GLEISS, María Emilia. *Certificado notarial de firmas en documentos privados*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1976. 1ª Jornada Notarial del Cono Sur, Punta del Este, 19-21 mar. 1976.
- «Informe de Uruguay».En: COMITÉ NOTARIAL DEL MERCOSUR. *Capacidad, certificación de firmas y documento electrónico: régimen legal y doctrina*. Montevideo: Consejo Federal del Notariado Argentino, 2001. p. 97-99. 7ª Reunión, Santiago de Chile, 30 set.1999.
- IVANIER, Rossana; NOBLIA, Aída. ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY. COMISION DERECHO CIVIL. *Sociedad anónima*. 2003. Exp.24.867/03

- RICCA NEMOY, Lilián. *Certificación notarial de firmas*. S.l.: s.n, 2000. 8ª [Reunión], Porto Alegre, 24 mar.2000.
- «Certificación Notarial de firmas». En: COMITE NOTARIAL DEL MERCOSUR. *Capacidad, certificación de firmas y documento electrónico: régimen legal y doctrina*. Montevideo: Consejo Federal del Notariado Argentino, 2001. p. 101-107. 7ª Reunión, Santiago de Chile, 30 set.1999.
- SIRI GARCIA, Julia. *Certificación (reconhecimento) notarial de firmas*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1996. 2º Congreso Notarial del Mercosur, Curitiba, 4-8 mayo 1996.
- SALGADO, Mariela. «Procedimiento para cumplir con la declaración jurada a presentar al Banco del Uruguay. Ley 18.930». En: UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA (URUGUAY). FACULTAD DE DERECHO. INSTITUTO DE TECNICA NOTARIAL. *[Trabajos Presentados]*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2014. p. 107-110. Jornadas Académicas del Instituto de Técnica Notarial, Montevideo, 22-25 oct. 2012.
- URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. «Ley 17.854». *La Pluma: Separata Normativa*, dic. 2004-abr. 2005, p. 27.