RIN
Revista Internacional del Notariado

2020 | 2021



El mundo se reinventa y la UINL innova sin perder su esencia.

Le monde se réinvente et l'UINL innove sans perdre son essence.

The world is reinventing and the UINL innovates without losing its essence.

Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

126



Unión Internacional del Notariado

Union Internationale du Notariat

International Union of Notaries





RIN
Revista Internacional del Notariado

ONPI
Institución Editora

SEDE PERMANENTE
Avenida Las Heras 1833. Piso 4º (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN
Avenida Las Heras 1833. Piso 4º (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina
Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851
Mail: onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

PRESIDENTE UINL
CRISTINA NOEMÍ ARMELLA - ARGENTINA

PRESIDENTE DE LA ONPI
NOTARIA AGUEDA LUISA CRESPO - ARGENTINA

COMITÉ EJECUTIVO DE CONTENIDOS
SUSANA BONANNO
MARÍA ALICIA CRAVIOTTO
AGUEDA LUISA CRESPO
ENRIQUE GARBARINO
GONZALO MATÍAS VÁSQUEZ

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
MARÍA CECILIA ALCOBA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
Nº de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores, pero no se solidariza necesariamente con ellas. Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.

RIN 126 - Febrero 2021

UINL

Legislatura 2020 / 2022

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidenta
Cristina Noemí ARMELLA (Argentina)
Vice-presidente África
Abdelhamid ACHITE HENNI (Argelia)
Vice-presidente América del Norte, Central y Caribe
Dennis MARTINEZ COLON (Puerto Rico)
Vice-presidenta América del Sur
Ana Manuela GONZALEZ RAMOS (Paraguay)
Vice-presidente Asia
HAO Chiyong (China)
Vice-presidente Europa
Lionel GALLIEZ (Francia)
Tesorera
Laure THONNEY (Suiza)

MIEMBROS ÁFRICA
Kotuba KAUNZY KOSSIN (Centroáfrica)
Yolande FOLDAH-KOUASSI (Côte d'Ivoire)
Mahoua KONE (Côte d'Ivoire)
Rajendra DASSYNE (Rep. Mauricio)

MIEMBROS AMÉRICA
Homero LOPEZ OBANDO (Ecuador)
Jeffrey TALPIS (Quebec, Canadá)

MIEMBROS EUROPA
Jens BORMANN (Alemania)
Gabriele HATHALER (Austria)
Pedro CARRION GARCIA DE PARADA (España)
Laurent DEJOIE (Francia)
Giovanni LIOTTA (Italia)
Konstantin KORSIK (Rusia)

MIEMBROS DE DERECHO CON VOZ CONSULTIVA
Presidente saliente UINL
José MARQUEÑO DE LLANO (España)
Secretario UINL
Maximiliano MOLINA (Argentina)
Presidente Comisión Asuntos Africanos (CAAf)
N'guessan Antoine NIAMIEN (Côte d'Ivoire)
Presidente Comisión Asuntos Americanos (CAAm)
David FIGUEROA MARQUEZ (México)
Presidente Comisión Asuntos Asiáticos (CAAs)
TUAN Dao Thanh (VIETNAM)
Presidente Comisión Asuntos Europeos (CAE)
Franco SALERNO CARDILLO (Italia)
Presidente Comisión Cooperación Internacional (CCNI)
Richard BOCK (Alemania)
Presidente Comisión Consultiva (CC)
Helmut FESSLER (Alemania)

CONSEJO GENERAL

CONSEJEROS HONORARIOS

COMISIONES CONTINENTALES

Comisión Asuntos Africanos (CAAf)
Comisión Asuntos Americanos (CAAm)
Comisión Asuntos Europeos (CAE)
Comisión Asuntos Asiáticos (CAAs) 2019

COMISIONES INTERCONTINENTALES

Comisión Cooperación Notarial Internacional (CCNI)
Comisión Consultiva (CC)
Comisión Temas y Congresos (CTC)
Comisión Seguridad Social Notarial (CSSN)
Comisión Derechos Humanos (CDH)
Comisión Deontología Notarial (CDN)

GRUPOS DE TRABAJO

Titulación masiva
Participación con los Organismos Internacionales
Nuevas tecnologías
Formación
Prevención del Blanqueo de capitales
Acto Auténtico
International Task Force Civil Law-Common Law

ONPI

Legislatura 2020 / 2022

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Agueda Luisa CRESPO (Argentina)

Secretario

Gonzalo Matías VÁSQUEZ (Argentina)

Tesorera

Susana M. BONANNO (Argentina)

MIEMBROS TITULARES

CRAVIOTTO DE GUTHMANN, María Alicia (Argentina)

GARBARINO, Enrique H. J. (Argentina)

LATINO, Jorge Alberto (Argentina)

LORENZO, José María (Argentina)

LUKASZEWICZ, Sonia (Argentina)

PEREIRA ALVITE, Silvina Beatriz (Argentina)

RODRIGUEZ FOSTER, Paula María (Argentina)

TEITELBAUM, Horacio (Argentina)

TESEI, Ariel Román (Argentina)

VIDAL BOLLINI, Alejandra Graciela (Argentina)

MIEMBROS SUPLENTES

AXELRUD DE LENDNER, Rosa Marta (Argentina)

MIGNOLO, Roberto Antonio (Argentina)

MIRÓ, Mariano Diego (Argentina)

MOHAMMED, Nabila (Argentina)

STERN, Ana Julia Gabriela (Argentina)



Nuestra Unión es el puente
que vincula a notarios de 89 países

UINL
Notariados Miembros



89 países del mundo unidos por un mismo fin y una misma meta: La Unión del Notariado

ALBANIA (Admitido en 1995)
NATIONAL CHAMBER OF NOTARIES OF ALBANIA
Vaso Pasha P. 13
TIRANA
ALBANIE
Mimoza SADUSHAJ, Président
Tel: +355-42-244555
e-mail: flacej@hotmail.com; msadushi@hotmail.com
http://www.notariati.al

ALEMANIA (Admitido en 1958)
BUNDESNOTARKAMMER
Mohrenstrasse 34
D–10117 BERLIN
ALLEMAGNE
Jens BORMANN, Président
Tel: +49-30-3838660 Fax: +49-30-38386666
e-mail: BNotK@BNotK.de; buero.bruessel@bnotk.de
http://www.bnotk.de

ANDORRA (Admitido en 2004)
CAMBRA DE NOTARIS DEL PRINCIPAT D'ANDORRA
Av. Carlemany, 105 5è
AD700 Escaldes Engordany
PRINCIPAT D'ANDORRA
Joan Carles RODRÍGUEZ MIÑANA, Président
Tel: +376-890030
e-mail: jcrnotariaminyana@andorra.ad

ARGELIA (Admitido en 2005)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES
02, Rue El Bakri - Benaknoun
16030– Alger
ALGÉRIE
Reda BENNOUNANE, Président
Tel-Fax +213 21.94.54.17
e-mail: c.n.notaires@hotmail.com
http://www.cn-notaires.dz

ARGENTINA (Admitido en 1948)
CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO
Paraguay 1580
1061 BUENOS AIRES
REPUBLICA ARGENTINA
Ignacio Javier SALVUCCI, Président
Tel: +54 11 5811-4778/4779/4780
e-mail: consfed@consfed.com.ar
http://www.cfna.org.ar

ARMENIA (Admitido en 2005)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES D'ARMÉNIE
Zaqyan Str., building 3
0019 YEREVAN
ARMENIA
Lilit MURADYAN, Présidente
Tel: +374 (10) 555772 Fax: +374 10 525772
e-mail: notarakanpalat@mail.ru; notarhh@mail.ru
http://www.notarius.am/

AUSTRIA (Admitido en 1958)
ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER
Landesgerichtsstrasse, 20
A-1010 WIEN
AUTRICHE
Michael UMFAHRER, Président
Tel: +43-1-4024509 Fax: +43-1-4063475
e-mail: kammer@notar.or.at
http://www.notar.at

BÉLGICA (Admitido en 1948)
CONSEIL INTERNATIONAL DU NOTARIAT BELGE
Rue de la Montagne, 30-34
B-1000 BRUXELLES
BELGIQUE
Philipe DE JONGHE, co-Président CINB
Tel: +32-2-5050896(11) Fax: +32-2-5050893
e-mail: cinb-irbn@fednot.be
http://www.notaire.be

BENÍN (Admitido en 1989)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU BENIN
Carré 134 Joncquet
01 BP 3486 Cotonou
BENIN
Michel Olympe DJOSSOUVI, Président
Tél: +229 96 82 18 23
e-mail: chambre@notairedubenin.org;
chambre.notairesdubenin@yahoo.fr
http://www.notairedubenin.org/

BIELORRUSIA (Admitidoen 2019)
NOTARY CHAMBER OF BELARUS
24A Krasnoarmeyskaya str, office 1H
220030 MINSK
BELARUS
Natallia BORISENKO, Présidente
Tel +375 17 323 38 23 Fax: +375 17 323 38 23
e-mail: bnp@belnotary.by
https://belnotary.by/

BOLIVIA (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN NACIONAL DE NOTARIOS DE BOLIVIA
Roxana Hamel RÍOS MARTÍNEZ, Présidente
Tel: + 59-167950111
e-mail: roxanarios_notario2@hotmail.com
http://www.notariosbolivia.com

BOSNIA HERZEGOVINA (Admitido en 2010)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA FÉDÉRATION DE LA BOSNIE-HERZÉGOVINE ET CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA RÉP. SPRSKA
Address: c/o Notary Chamber of the Federation
of Bosnia and Herzegovina
Maršala Tita 5/2
71000 Sarajevo
BOSNIA AND HERZEGOVINA
Anica NAKIĆ, Présidente
Tel: +387 33 222 115 Fax: +387 33 222 117
e-mail: komorafbih@notaribih.ba
http://www.notaribih.ba

BRASIL (Admitido en 1948)
COLEGIO NOTARIAL DO BRASIL-CONSELHO FEDERAL
Praça João Mendes, 42 – 1° andar
01501-000 – São Paulo, SP
BRASIL
Giselle DIAS RODRIGUES OLIVEIRA DE BARROS, Présidente
Tel/Fax: + 55–11–4166-7771
e-mail: international@notariado.org.br
http://www.notariado.org.br

BULGARIA (Admitido en 2004)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE BULGARIE
46-48, A Rue Opalchenska
BG-1303 SOFIA
BULGARIE
Krasimir ANADOLIEV, Président
Tel: +359-2-980-99-32
Fax: +359-2-986-77-35
e-mail: chamber@notary-chamber.bg
http://www.notary-chamber.org

BURKINA FASO (Admitido en 1995)
ORDRE DES NOTAIRES DU BURKINA FASO
522 Avenue de la Nation, 1er étage
01 BP 217 OUAGADOUGOU 01
BURKINA FASO
Soumaïla DAKUO, Président
Tel: +226-25 33 36 66
e-mail: info@notairedakuo.com
https://ordredesnotairesduburkina.com

CAMERÚN (Admitido en 1992)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DU CAMEROUN
BP 7233 YAOUNDE
CAMEROUN
Régine DOOH COLLINS, Présidente
Tel: +237-33 43 13 14 / 677703684
Fax: +237-33 42 14 49 / 33423289
e-mail: etude.dcollins@gmail.com;
regine.dcollins@etudecollins.ne

CENTROAFRICA (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE CENTRAFRIQUE
75, Rue du Morvan - Centre-ville
Boite Postale 1125
BANGUI
République Centrafricaine
Christiane DORAZ-SEREFESSENET, Présidente
Tel: +236-75.51.08.46/77.20.08.46
e-mail: cabinedoraz@yahoo.fr

CHILE (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN DE NOTARIOS CONSERVADORES
Y ARCHIVEROS JUDICIALES DE CHILE
Calle Avda. Pdte. Bulnes, n°79, Oficina 50
SANTIAGO DE CHILE
CHILE
Carlos SWETT MUÑOZ, Président
Tel: +56-2-26990864-26713557
Fax: +56-2-26962508
e-mail: asdeno@entelchile.net
http://www.notariosyconservadores.cl

CHINA (Admitido en 2003)
CHINA NOTARY ASSOCIATION
16th Floor, Tower B, Building 17, Area 1 Fangchengyuan, Fangzhuang
Fengtai District, BEIJING
100078, CHINA
HAO Chiyong, Président
Tel: +86-10-58 07 56 66－8027
Fax: +86-10-58 07 51 08
e-mail: chinanotary@aliyun.com
http://www.chinanotary.org

COLOMBIA (Admitido en 1948)
UNION COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO
CARRERA 9 No. 97-20
BOGOTA D.C.
COLOMBIA
Alvaro ROJAS CHARRY, Président
Tel: + 57-1 7464040 Ext. 103
Fax: +57-1 7464040 Ext. 115
e-mail: presidencia.asistente@ucnc.com.co;
asistente.presidencia@ucnc.com.co
www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com

CONGO (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU CONGO
231 Avenue du Général DE GAULLE Centre Ville
BRAZZAVILLE
REPUBLIQUE DU CONGO
Bertrand Eric Fédhéré PANDI, Président
Tel: + 242 06 607 96 36- 05 560 31 66
e-mail: p.chambrenationalenotairescg@gmail.com
etudepandi@gmail.com

COREA (Admitido en 2010)
KOREAN NOTARIES ASSOCIATION
404,Seoul Lawyers Association Bldg.,
1718-1 Seocho-3-dong
SEOUL
KOREA
NAM Sang Woo, Président
Tel: +82-2-3477-5007 Fax: +82-2-3476-5551
e-mail: koreacaas@gmail.com / koreanotary@naver.com
http://www.koreanotary.or.kr

COSTA DE MARFIL (Admitido en 1984)
LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA CÔTE D'IVOIRE
Avenue Delafosse prolongée
immeuble Horizon 1er étage
01 B.P. 8654 ABIDJAN 01
COTE D'IVOIRE
Fulgence AHOBAUT-BESSET, Président
Tel: +225-20321147
e-mail: chambre@notaire.ci
http://www.notaire.ci

COSTA RICA (Admitido en 1948)
COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA
Apartado Postal 3161
1000 SAN JOSÉ
COSTA RICA
Álvaro SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Président
Tel: +506-2531947
Fax: +506-2240314 / 22023643
e-mail: presidencia@colabogados.cr
https://www.abogados.or.cr/

CROACIA (Admitido en 1997)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE CROATIE
Radnička cesta 34/II
HR-10000 ZAGREB
CROATIE
Zvijezdana RAUŠ-KLIER, Présidente
Tel: +385-1-4556566 / Fax: +385-1-4551544
e-mail: hjk@hjk.hr
http://www.hjk.hr

CUBA (Admitido en 1948)
SOCIEDAD DEL NOTARIADO CUBANO
(Unión Nacional de Juristas de Cuba)
Calle 21 nº 552 esq. a D Vedado, Plaza de la Revolución
Ciudad de LA HABANA
C.P. 10400
CUBA
Olga Lidia PÉREZ DÍAZ, Présidente
Tel: +537-8329680//8327562//8326209 Fax: +537-8302954
e-mail: olga.perez@minjus.gob.cu
http://www.unjc.co.cu

ECUADOR (Admitido en 1948)
FEDERACIÓN ECUATORIANA DE NOTARIOS
Calle Irlanda E10-16 y Av. República del Salvador
Edificio Siglo XXI, Tercer Piso
QUITO
ECUADOR
Homero LÓPEZ OBANDO, Président
Tel: +593-2-2266-838 /2921-024
e-mail: info@fen.com.ec / secretaria@fen.com.ec;
presidencia@fen.com.ec
http://www.fen.com.ec/web/

EL SALVADOR (Admitido en 1950)
COLEGIO DE NOTARIOS DE EL SALVADOR
Calle Cuscatlán No.218, entre 79 y 81 Av. Sur,
Colonia Escalón
SAN SALVADOR
EL SALVADOR C.A.
Francisco José BARRIENTOS, Président
Tel: +503-2263-8250; 2263-8273; 2263-8265
Fax: +503-2263-8254
e-mail: barrientos@integra.com.sv / lawesfjb@integra.com.sv

ESLOVAQUIA (Admitido en 1994)
NOTARSKA KOMORA SLOVENSKEJ REPUBLIKY
(Chambre des Notaires de la République Slovaque)
Krasovského 13
851 01 Bratislava 5
SLOVAQUIE
Miroslav GREGOR, Président
Tel: +421-2-55574519 Fax: +421-2-55574589
e-mail: notarska.komora@notar.sk
http://www.notar.sk

ESLOVENIA (Admitido en 1997)
NOTARSKA ZBORNICA SLOVENIJE
(Chambre des Notaires de Slovénie)
Tavčarjeva ul. 2
SLO-1000 LJUBLJANA
SLOVENIE
Sonja KRALJ, Présidente
Tel: +386-1-4392570 Fax: +386-1-4340247
e-mail: info.nzs@siol.net; sonja.kralj@netsi.net
http://www.notar-z.si

ESPAÑA (Admitido en 1948)
CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Calle Silvano nº 55
28043 Madrid
ESPAÑA
José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, Président
Tel: +34-91-3087232 Fax: +34-91-3087053
e-mail: info@notariado.org / internacional@notariado.org
presidencia@notariado.org
http://www.notariado.org

ESTONIA (Admitido en 1995)
EESTI VABARIIGI NOTARITE KODA
(Chamber of Notaries of the Republic of Estonia)
Tatari 25
EE - 10116 TALLINN
Merle SAAR-JOHANSON, Présidente
Tel: +372 617 7900 Fax: +372 617 7901
e-mail: koda@notar.ee
http://www.notar.ee

FRANCIA (Admitido en 1948)
CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS
60, boulevard de La Tour- Maubourg
F-75007 PARIS
FRANCE
David AMBROSIANO, Président
Tel: +33-1-44903000
Fax: +33-1-44903030/44903120
e-mail: dg.csn@notaires.fr
http://www.notaires.fr

GABÓN (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU GABON
B.P.1967
PORT-GENTIL
GABON
Céléstin NDELIA, Président
Tel: +241-550746 Fax: +241-555752
e-mail: etude.ndelia@yahoo.fr

GEORGIA (Admitido en 2007)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE GÉORGIE
60, Ivane Javakhishvili street
TBILISI
GÉORGIE
Davit PUTKARADZE, Président
Tel/Fax: +995 32 220 67 77 - 1117
e-mail: contact@notary.ge / dphutkaradze@notary.ge
http://www.notary.ge

GRECIA (Admitido en 1958)
CONSEIL NATIONAL DU NOTARIAT HELLENIQUE
4, Rue G.Gennadiou
GR-10678 ATHENES
GRECE
Georgios ROUSKAS, Président
Tel: +30-210-3307450/60/70/80
(Départ. Intern.: +30-210-3307456)
Fax: +30-210-3848335
e-mail: notaries@notariat.gr
http://enotariat.gr/

GUATEMALA (Admitido en 1950)
COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA
Edificio Colegios Profesionales
O Calle 15-46 Zona 15, Colonia El Maestro, 7° y 8° Nivel
01015 GUATEMALA
GUATEMALA C.A.
Ovidio Ottoniel ORELLANA MARROQUIN, Président
Tel: +502 25007500 extensión 111 Fax: +502-2-3693714
e-mail: info@cang.org.gt
www.cang.org.gt

GUINEA (Admitido en 1995)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE GUINEE
B.P. 2415
CONAKRY
REPUBLIQUE DE GUINEE
Moussa SY SAVANE, Président
Tel: +224-62 48 17 17 / +224-60 25 25 16
Fax: +224-64 25 00 15
e-mail: etudesysavane.notaire@gmail.com
contact@notairesguinee.com
http://notaires-guinee.net

HAITÍ (Admitido en 1950)
NOTARIAT D'HAITI

HONDURAS (Admitido en 1950)
UNIÓN DE NOTARIOS DE HONDURAS
Colonia 15 de septiembre, Bloque S, casa 2003,
calle de atrás de La Tribuna
Comayaguela
Honduras C.A.
Mario Enrique BOQUIN HERNÁNDEZ, Président
Tel: +504-2234-0100/2234-0085 Fax: +504-2234-0100
e-mail: info@notarioshonduras.org
http://www.notarioshonduras.org/

HUNGRÍA (Admitido en 1992)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE HONGRIE
Pasaréti str. 16
H-1026 BUDAPEST
HONGRIE
Ádám TOTH, Président
Tel: +36-1-4894880 Fax: +36-1-3567052
e-mail: mokk1@kamara.mokk.hu
president@kamara.mokk.hu / rendezveny@kamara.mokk.hu
http://www.kozjegyzo.hu

INDONESIA (Admitido en 1997)
IKATAN NOTARIS INDONESIA (Indonesian Notary Association)
Jalan Hasyim Ashari
Jalan Hasyim Ashari
Roxy Mas Blok EI-32
JAKARTA PUSAT 10150
INDONESIA
Yualita WIDYADHARI, Présidente
Tel: +62-21-63861919/63851329 Fax: +62-21-63861233
e-mail: yualita@yualitanotaris.co.id / notarisanne@gmail.com
lizariani@rocketmail.com / ritaalfiana@yahoo.com
pritasuyudi@gmail.com / penguruspusat_ini@yahoo.com
http://ini.id/

ITALIA (Admitido en 1948)
CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
Via Flaminia, 160
I-00196 ROMA
ITALIA
Valentina RUBERTELLI, Présidente
Tel: +39-06-362091 Fax: +39-06-32650079
e-mail: cnn.segrintern@notariato.it
http://www.notariato.it

JAPÓN (Admitido en 1977)
NIPPON KOSHONIN RENGOKAI
(Japan National Notaries Association)
Daido Kasumigaseki Bld.,
1-4-2, Kasumigaseki 1-chome,
Chiyoda-ku, TOKYO
JAPAN 100-0013
Satoru HATTORI, Présidente
Tel: +81-3-3502-8050 Fax: +81-3-3508-4071
e-mail: honbu@koshonin.gr.jp
http://www.koshonin.gr.jp

KOSOVO (Admitido en 2013)
NOTARY CHAMBER OF THE REPUBLIC OF KOSOVO
Lagjja Arbëria, Verdana C 2.7, Kati I,
Banesa Nr.1, Pristina
Kosovo
Aliriza BESHI, Président
Tel: +383 (0)38 726-018 Fax: +377 (0)45 299-989
e-mail: info@noteria-ks.org
http://www.noteria-ks.org/noteret

LETONIA (Admitido en 1995)
LATVIJAS ZVERINATU NOTARU PADOME
(Chambre des Notaires Assermentes de Lettonie)
Krisjana Valdemara iela 20 – 8
LV-1010 RIGA
LETTONIE
Janis SKRASTINS, Présidente
Tel: + 371 24202100 Fax: +371 67 286 326
e-mail: info@latvijasnotars.lv
www.latvijasnotars.lv

LIBANO (Admitido en 2018)
CONSEIL DES NOTAIRES AU LIBAN
Rue Catafago,
Furn el Chebbak, Baabda,
LIBAN
Joseph BECHARA, Président
Fax: + 961 1 390 770
e-mail: council@notary-public.org
notaire-bechara@hotmail.com

LITUANIA (Admitido en 1994)
LIETUVOS NOTARU RUMAI
(Chambre des Notaires de Lituanie)
Olimpiečiy str. 4
LT- 09200 VILNIUS
LITUANIE
Marius STRACKAITIS, Président
Tel: +370-5-2614757 Fax: +370-5-2614660
e-mail: rumai@notarai.lt
http://www.notarurumai.lt

LONDRES (Admitido en 1998)
SOCIETY OF SCRIVENER NOTARIES
95 Aldwych
LONDON WC2B 4JF
United Kingdom
Edward GARDINER, Président
Tel +44-20-73954300 Fax: +44-20- 73954310
e-mail: Edward.Gardiner@cheeswrights.co.uk
http://www.scrivener-notaries.org.uk

LUXEMBURGO (Admitido en 1950)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU
GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG
53, boulevard Joseph II
L-1840 LUXEMBOURG
Martine SCHAEFFER, Présidente
Tel: +352-447021 Fax: +352-455140
e-mail: info@notariat.lu
http://www.notariat.lu

MACEDOINE DU NORD, REP. (Admitido en 2001)
NOTARSKA KOMORA NA REPUBLIKA MAKEDONIJA
(Chambre des Notaires de la République de Macédoine)
8 September n° 2/2
MK-1000 SKOPJE
MACEDOINE DU NORD Rép.
Metodija RISTOSKI, Président
Tel: 389-2-3115816 Fax: 389-2-3239150
e-mail: contact@nkrm.mk
http://www.nkrm.org.mk/

MADAGASCAR (Admitido en 2012)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE MADAGASCAR
Lot II C 130 Mandrosoa
Antananarivo (101)
MADAGASCAR
Razanadrakoto RIJA, Président
Tel: +261 202228384 +261 0342154749
+261 0346663231
e-mail: cnnm.infos@notaires.mg
notairerazanadrakoto@gmail.com
http://www.notaires.mg

MALI (Admitido en 1989)
ORDRE DES NOTAIRES DU MALI
Hamdallaye ACI 2000 Face Palais des Sports
Immeuble Fily Keïta
BP: E221
BAMAKO
MALI
Yacouba Massaman KEITA, Président
Tel: +223 20 29 39 96 Fax: +223 20 29 39 98
e-mail: etude.ymassaman@orangemali.net

MALTA REP. (Admitido en 1994)
KUNSILL NOTARILI TA' MALTA
171, Strait Street,
Valletta
MALTA
Clinton BELLIZZI, Président
Tel: + (356) 21 806 555
e-mail: info@notariesofmalta.org
notariesofmalta@gmail.com / notus@maltanet.net
http://www.notariesofmalta.org

MARRUECOS (Admitido en 1986)
CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES NOTAIRES DU MAROC
40, avenue Al Melia – Hay Riad
Rabat
MAROC
Abdellatif YAGOU, Président
Tel: +212 5 37 56 44 60/61 Fax: +212 5 37 56 44 62
e-mail: notairesmaroc@gmail.com / notairesmaroc@yahoo.fr
http://www.notaires.org.ma

MAURICIO REP. (Admitido en 2009)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE L'ILE MAURICE
PCL building 43, Rue Sir William Newton
PORT LOUIS
ILE MAURICE
Nicolas BOULLE, Président
Tel +230-212 2204/2647/2649 Fax +230-212 2653
e-mail notaire@nboulle.com
http://www.notairesmaurice.org/

MAURITANIA (Admitido en 2010)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE MAURITANIE
B.P. 4410
NOUAKCHOTT
MAURITANIE
Salama ABDOULLAH, Président
Mamadou SOW-THIOYE, Secrétaire Général
Tél: +222 41031470 / 36431470 / 26451470
Fax: +222 45255695
Email: pullosow@yahoo.fr

MÉXICO (Admitido en 1948)
COLEGIO NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.
Av. Paseo de la Reforma No. 454
Col. Juárez, Delegación Cuauhtémoc
CP 06600 MEXICO D.F.
MEXICO
Guillermo ESCAMILLA NARVAEZ, Président
Tel: +52-55- 55146058, 55256452, 55255167,
55256415, 55256254, 55255987 Fax:+52-55-55119493
e-mail: colegionacional@notariadomexicano.org.mx
http://www.notariadomexicano.org.mx

MOLDAVIA (Admitido en 2000)
UNION DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE MOLDAVIE
Str. București 90, of.16
MD-2012, mun. Chișinău
CHISINAU
MOLDAVIE
Aurelia LAZU, Présidente
Tel: +373-22-000 701, +373-22-000 702, 061077753
e-mail: camera.notariala@cnm.md
camera.notariala@gmail.com
https://www.cnm.md

MÓNACO (Admitido en 1950)
NOTARIAT DE LA PRINCIPAUTE DE MONACO
2, Rue Colonel Bellando de Castro
98000 MONACO
PRINCIPAUTE DE MONACO
Henry REY, Président
Tel: +377-93-3041-50 Fax: +377-93-3005-22
e-mail: etude@rey.notaire.mc

MONGOLIA (Admitido en 2012)
CHAMBER OF NOTARIES OF MONGOLIA
Bldg 10G, Erkhuu Street, Sukhbaatar district,
ULAANBAATAR
MONGOLIA
Ononchimeg RYENCHINDORJ, Président
Tel: +976-11-354301 Fax: +976-11-354302
e-mail: mongolianotary@gmail.com

MONTENEGRO (Admitido en 2012)
NOTARY CHAMBER OF MONTENEGRO
Ul. Ulcinjsa br. 7C
81 000 PODGORICA, Crna Gora
MONTENEGRO
Branislav VUKICEVIC, Président
Tel.: +382 20 26 46 50, +382 20 26 46 44
Fax: +382 20 26 46 51 Mob. tel.: +382 67 63 56 88
e-mail: notaricg@notarskakomora.me
http://www.notarskakomora.me

NICARAGUA (Admitido en 1950)
BARRA DE ABOGADOS DE NICARAGUA
Restaurante Terraza
10 Paradas Abajo - Frente a la O.E.A.
Apartado Postal 3506
MANAGUA
NICARAGUA
Sergio GARCÍA QUINTERO, Président
Tel: +505-2-22834/76406

NIGERIA (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU NIGER
Quartier Nouveau Marché
BP: 2600. NIAMEY
NIGER
Aïssatou DJIBO, Présidente
Tel: +227 20 74 05 68, +227 80 79 00 00
e-mail: chambrenotaires.niger@yahoo.com
aissatoudjibo@gmail.com

PAÍSES BAJOS (Admitido en 1950)
KONINKLIJKE NOTARIELE BEROEPSORGANISATIE
B.P.16020
NL-2511 BA DEN HAAG
NETHERLANDS
Annerie PLOUMEN, Présidente
Tel: +31-70-3307111 Fax: +31-70-3602861
e-mail: buitenland@knb.nl
http://www.notaris.nl

PANAMÁ (Admitido en 1997)
COLEGIO DE NOTARIOS PÚBLICOS DE PANAMÁ
C/o Notaría Tercera del Circuito de Panamá
Avenida Ricardo J. Alfaro
Plaza Los Ángeles | Local Nº 2A
Ciudad de Panamá
REPÚBLICA DE PANAMÁ
Anayansy JOVANÉ CUBILLA, Présidente
Tel: +507-382-7562 | 382-7524| 383-5678
e-mail: ajovane@notaria3panama.com

PARAGUAY (Admitido en 1948)
COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY
Juan E.O'Leary n°1066
ASUNCION
PARAGUAY
Roberto W. ESCOBAR GONZÁLEZ, Président
Tel: +595-21-491273 Fax: +595-21-491273
e-mail: cep@cep.org.py / presidencia@cep.org.py
secretariapresidencia@cep.org.py
http://www.cep.org.py

PERÚ (Admitido en 1948)
JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS
DE NOTARIOS DEL PERÚ
Av. Paseo de la República Nº3565
Octavo Piso, Of. 801-802
San Isidro - LIMA 27
PERÚ
Mario César ROMERO VALDIVIESO, Président
Tel: +51-1-4228160 Fax: +51-1-4228004
e-mail: secretariatecnica@juntadedecanos.org.pe
http://www.juntadedecanos.org.pe

POLONIA (Admitido en 1992)
KRAJOWA RADA NOTARIALNA
(Conseil National du Notariat Polonais)
ul.Dzika 19/23
PL-00172 WARSZAWA
POLOGNE
Mariusz BIALECKI, Président
Tel: +48-22 6357840 Fax: +48-22 6357910
e-mail: biuro@krn.org.pl
http://www.krn.org.pl

PUERTO RICO (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN DE NOTARIOS DE PUERTO RICO
P.O. Box 363613
SAN JUAN
PUERTO RICO 00936-3613
Manuel PÉREZ CABALLER, Président
Tel: +1-787-758-2773 Fax: +1-787-759-6703
e-mail: info@colegiodenotariospr.com
director@colegiodenotariospr.com.
http://www.colegiodenotariospr.com

PORTUGAL (Admitido en 1950)
ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES
Travessa da Trindade, nº 16 - 2.º C,
PT-1200-469 LISBONNE
PORTUGAL
Jorge Batista DA SILVA, Président
Tel: +351 21 3468176/3403280
Fax: +351 21 3468178/3403289
e-mail: internacional@notarios.pt
http://www.notarios.pt/OrdemNotarios/pt

QUÉBEC CANADÁ (Admitido en 1948)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC
Bibliothèque notariale
101-2045 rue Stanley
Montréal QC H3A 2V4
CANADA
Hélène POTVIN, Présidente
Tel: ++1 (514)-879-2940
1-800-263-1793, p. 5210 Fax: +1-514-879-1697
e-mail: presidence@cnq.org
http://www.cnq.org

REPÚBLICA DE CHAD (Admitido en 2001)
ORDRE DES NOTAIRES DU TCHAD
B.P. 621 – N'Djaména
354 N'Djaména
TCHAD
Germain DJOMIAN, Président
Tel: +235-252-62 12 06 05 / 99 92 96 71
e-mail: ordre.notairestchad@yahoo.fr

REPÚBLICA CHECA (Admitido en 1994)
NOTARSKA KOMORA CESKE REPUBLIKY
(Chambre de Notaires de la République Tchèque)
Apolinářská 12
CZ 128 00 PRAHA 2
REPUBLIQUE TCHEQUE
Radim NEUBAUER, Président
Tel: +420-2-24921258/24921126
Fax: +420-2-24919192/24919266
e-mail: nkcr@nkcr.cz
http://www.nkcr.cz

REPÚBLICA DOMINICANA (Admitido en 1950)
COLEGIO DOMINICANO DE NOTARIOS
Calle Danae nº 12, Gazcue
SANTO DOMINGO D.N.
REPÚBLICA DOMINICANA
Laura Elena SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Présidente
Tel: +1-809-687-2883 Fax: +1-809-689-0849
e-mail: colegiodominicanodenotarios@hotmail.com
lauraesanchezjimenez@hotmail.com
http://www.colegiodominicanodenotarios.com

REPÚBLICA DE SAN MARINO (Admitido en 1950)
ORDINE DEGLI AVVOCATI E NOTAI
Via Gino Giacomini, 154
47890 - SAN MARINO CITTÀ
REPUBBLICA DI SAN MARINO
Maria SELVA, Présidente
Tel: +39-0549-991333 Fax: +39-0549-991333
e-mail: ordinedegliavvocati@omniway.sm
http://www.avvocati-notai.sm/

RUMANIA (Admitido en 1997)
UNION NATIONALE DES NOTAIRES PUBLICS
DE ROUMANIE
Str. General Berthelot nr. 41
Sector 1
RO-707471 BUCAREST
ROUMANIE
Dumitru Viorel MANESCU, Président
Tel: +40-21-3139920/23/25/26/37/40
Fax: +40-21-3139910
e-mail: rei@unnpr.ro
http://www.uniuneanotarilor.ro

RUSIA (Admitido en 1995)
CHAMBRE NOTARIALE FEDERALE DE RUSSIE
15, rue Dolgoroukovskaya, bâtiment 4-5
RU-127006 MOSCOU
RUSSIE
Konstantin KORSIK, Président
Tel: +7-495-981 43 66 Fax: +7-495-981 43 67
e-mail: vasileva.ev@notariat.ru;
ayanin@notariat.ru; fnp@notariat.ru
http://www.notariat.ru

SENEGAL (Admitido en 1989)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU SENEGAL
15, Rue Jules Ferry
4, impasse Marguerite Trichot s/c Ipres
BP: 14357 – Dakar
SENEGAL
Alioune KA, Président
Tel: +221-33 8234002 Fax: +221-33 8234001
e-mail: cdns@sentoo.sn / cdns@orange.sn
a_cdns@orange.sn
http://www.notairesenegal.sn

SERBIA (Admitido en 2016)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE SERBIE
14, Mačkov kamen St.,
11 040 Belgrade - Savski Venac
SERBIE
Srbislav CVEJIC, Président
Tel: +381 11 26 20 104 Fax: +381 11 26 20 122
e-mail: jks@jks.rs
http://www.beleznik.org

SUIZA (Admitido en 1948)
FEDERATION SUISSE DES NOTAIRES
Schwanengasse 5/7
3011 Berne
SUISSE
Franz STÄMPFLI, Président
Tel: 0041 31 326 51 91
e-mail: praesident@schweizernotare.ch
info@schweizernotare.ch / fsn@schweizernotare.ch
www.schweizernotare.ch

TOGO (Admitido en 1992)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU TOGO
540, Rue Pydal Tokoin Forever
01 BP. 2410
LOME
TOGO
Tcha Plinga EBEZOU, Président
Tél: +228 22 26 80 22
e-mail: notairestogo@gmail.com
ebezounotaire1967@gmail.com

TÚNEZ (Admitido en 2010)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES TUNISIENS
7, Avenue Naceur Bey
1er étage Appartement 1D
2070 - LA MARSA
TUNISIE
Kais KEBADA, Président
Tel: + 216 98 325 883
e-mail: notariatpaix@yahoo.com

TURQUÍA (Admitido en 1975)
TÜRKIYE NOTERLER BIRLIGI (Union des Notaires Turcs)
Söğütözü Caddesi No.4
Çankaya/ANKARA
TURQUIE
Dursun CİN, Président
Tel: +90- 312 218 80 00 Fax: +90-312 218 80 42
e-mail: baskan@tnb.org.tr / ibrahim.gul@tnb.org.tr
kubra.dagdelen@tnb.org.tr / yunusemre.kolsal@tnb.org.tr
http://www.tnb.org.tr

UCRANIA (Admitido en 2013)
CHAMBRE NOTARIALE DE L'UKRAINE
7A, rue Gorky
01004 Kiev
Ukraine
Volodymyr MARCHENKO, Président
Tel.: +38 (044) 230-72-75 Fax: +38 (044) 230-72-78
e-mail: npu.in.ua@ukr.net;
interdep.npu@gmail.com
http://www.npu.in.ua

URUGUAY (Admitido en 1948)
ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY
Avenida 18 de Julio 1730, pisos 11 y 12
Edificio del Notariado
MONTEVIDEO
URUGUAY
Diego STIRLING MARTINS, Président
Tel: +598-2-4094317/4006400 Fax: +598-2-4010637
e-mail: secretaria@aeu.org.uy
http://www.aeu.org.uy

VATICANO (Admitido en 1950)
UFFICIO LEGALE DEL GOVERNATORATO
V-00120 CITTA DEL VATICANO
VATICANO
Avv. Giuseppe PUGLISI-ALIBRANDI
Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato
Tel: +39-06-69885592 Fax: +39-06-69885299
e-mail: notariato@scv.va

VENEZUELA (Admitido en 1984)
ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE NOTARIOS PÚBLICOS
Avenida principal de las Mercedes
Edificio Barsa
Oficina 1 A
CARACAS
VENEZUELA
Ramon LLOVERA, Président
Tel: +58 212 9938477/9920621
e-mail: ramonllovera@hotmail.com

VIETNAM (Admitido en 2013)
ASSOCIATION DES NOTAIRES DE HO CHI MINH
Số 310 Bà Triệu, Hai Bà Trưng
HÀ NỘI
VIETNAM
Tun DAO THANH, Président
e-mail: dailungtonvai@yahoo.com
e-mail: hoicongchungvientphcm@gmail.com
(Mr. NGO Minh Hong: Councilor in charge of International Relations, Vietnam Notary Association)



EDITORIAL

Not. Águeda Luisa CRESPO
Presidenta de ONPI (Legislatura 2020-2022)

PALABRAS DE LA PRESIDENTA DE ONPI

A la memoria de los colegas notarios que nos dejaron durante esta pandemia

Despertamos una mañana de marzo del año 2020 y ya nada volvió a ser igual. Nosotros, los mundanos, los globalizados, los integrantes de esta sociedad multicultural, nos vimos encerrados, limitados, confinados a nuestro pequeño espacio. Primero nos invadió un asombro profundo, desconocido y al poco tiempo sentíamos que habíamos perdido las certezas, que caíamos en un vacío, sin tener de donde aferrarnos. Cada uno de nuestros gobiernos nos iba anoticiando del avance de la pandemia, que se extendía por el mundo, sin distinción de clases sociales, nacionalidades, razas o religiones. Y llegó el triste momento de despedir amigos y seres queridos.

A tal punto logró perturbarnos esta invasión desconocida que "La Peste"- el libro de Albert Camus -, fue el más leído durante el año 2020, con record de ventas y de lecturas en el mundo entero. Lo que observamos en nuestro mundo actual, fue descripto magistralmente por este reconocido escritor, la incredulidad al comienzo, el aumento de fallecidos y el temor que crecía día a día, el aislamiento, el cierre de ciudades y cancelación de actividades. Y finalmente, como en los personajes de Camus, se despertó en nosotros una esperanza obstinada.

Estos tiempos extraordinarios que vivimos, nos han hecho reinventarnos día a día, alimentando la imaginación. Reconocer tal grado de vulnerabilidad humana no nos fue fácil! Nos volvimos resilientes y buscamos y creamos nuevas formas de seguir conectados, nos invadieron los "Zoom" los "Meet" y muchas otras plataformas creadas para seguir en contacto, aunque sea de manera virtual.

La comunicación y el acompañamiento, aunque sea a la distancia, nos reconfortaron anímicamente y nos permitió seguir trabajando en pos de los ideales de los padres fundadores de la UINL. Sin duda seguimos con los principios de siempre ayudados con las tecnologías del Siglo XXI.

La vida nos coloca a menudo en situaciones difíciles... Cierta vez leí que en la cultura ruandesa, se considera que "nadie es sabio si no ha atravesado la desgracia" , ellos interpretan que ante un acontecimiento traumático universal, se puede llegar a la sabiduría. Que Dios así lo quiera! y que el ser humano renazca mejor, más sabio, más solidario más respetuoso de sus semejantes, del planeta y de toda la vida que habita en él, que seamos más humanos.

Porque todo lo transcurrido nos permitió reflexionar, construir canales de comunicación y mejorar la política comunicacional, celebramos desde ONPI, poder contar con una Presidenta de la UINL como la que tenemos, no solo por la formación académica de la Not. Cristina Noemí Armella, que todos ya conocen, sino porque hemos descubierto además a una Presidenta fuerte, optimista, que ante la adversidad redobló la apuesta, levantó las banderas de los principios del Notariado Latino, enriquecidas con las nuevas tecnologías y modernizó las comunicaciones, en todos los aspectos, entre pares y con la sociedad en general. Con su llamado permanente al dialogo, en medio de esta realidad inesperada, con un análisis de carácter multifactorial, enfrentando los síntomas de esta crisis, con logros aún mayores que los obtenidos en épocas normales. Con su afán y empecinamiento de "empoderar" y capacitar a los jóvenes, nos alienta a seguir trabajando más y mejor por nuestra querida UNIÓN.

Somos conscientes que ya ha pasado un año de esta pandemia y que el mundo no volverá a ser como lo conocimos... sin duda será mucho mejor!

¡Que así sea!
Con todo afecto.



Not. Agueda L. Crespo

Presidenta de ONPI



PALABRAS DE LA PRESIDENTA DE LA UINL DRA. NOT. CRISTINA N. ARMELLA[1]

La presidencia de la UINL en tiempo de pandemia.

Posibilidad de convertir la crisis en oportunidad.

En mi calidad de Presidenta de la Unión Internacional del Notariado participo con beneplácito en esta nueva edición virtual de la Revista RIN, la número 126, que se presenta con un diseño superador, fruto de la dedicación de ONPI bajo la Presidencia de la Notaria Águeda Crespo y todos sus colaboradores y que me brinda la oportunidad de comunicarme, por esta vía, con sus lectores para brindarles información directa acerca del camino recorrido durante el año 2020.

EL 27 de noviembre se realizó la Asamblea anual ordinaria de los Notariados miembros por medio de la plataforma zoom con traducción simultánea a los tres idiomas más utilizados por nuestra organización internacional, español, francés e inglés.

Fue la primera del período lectivo 2020-2022 bajo mi Presidencia y la primera, además, en los setenta y dos años de existencia de la UINL, que se celebra de manera virtual.

Tal evento acaeció ya que la declaración de pandemia, el 11 de marzo, obligó a reconvertir la actividad presencial internacional en virtual. De esta forma se pudo cumplir con la totalidad de las reuniones estatutarias y reglamentarias del funcionamiento de la Institución.

La virtualidad, uno de los proyectos más importantes de mi plan de gobierno estatuido en el período de la campaña electoral, se pudo efectivizar plenamente y en forma acelerada a causa de la pandemia declarada que, así como produjo efectos indeseados, fue y es una fuente inagotable de oportunidades que han demostrado el poder de adaptación que ostenta tanto la UINL como los ochenta y nueve notariados miembros que la integran.

Dos meses y medio luego de haber iniciado mi Presidencia (el 1° de enero), se declaró la pandemia. La OMS (Organización Mundial de la Salud), agencia de la Organización de las Naciones Unidas, el 11 de marzo de 2020 determinó la existencia de la pandemia por COVID 19 dada la expansión del virus en ciento diez países de todos los continentes.

La humanidad comenzó a vivir una experiencia inédita. Todas las apreciaciones que pueda hacer al respecto no son ni siquiera suficientes para describir la enorme congoja y la tristeza de lo que viene experimentando a nivel global. Diariamente se pierden vidas. Pero dentro de este desastre la cotidianeidad continúa y entiendo que detrás de esta tragedia, de estas situaciones de gran angustia, también hay que buscar cosas

[1] ARMELLA, Cristina Noemí. Presidenta de la Unión Internacional del Notariado. Rectora de la Universidad Notarial Argentina. Abogada y Escribana, Doctora en Derecho Notarial (Universidad Notarial Argentina, UNA), Profesora titular regular por concurso de Contratos Civil y Comerciales y Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (Facultad de Derecho. UBA). Miembro de número de la Academia Nacional de Notariado. Notaria en ejercicio en Vicente López, Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

positivas. Esta nueva realidad que impactó en todos los seres humanos, también produjo sus efectos en el ejercicio de la función pública notarial. Es por ello que la UINL envió una encuesta a los notariados que la integran. Las respuestas recibidas dan muestras de las conductas que han adoptados los Estados y sus gobiernos con respecto al notariado. Es sorprendente como las medidas adoptadas, en mayor o menor grado, son coincidentes. El notariado ha sido considerado un servicio esencial, cuya prestación ha continuado, salvo raras excepciones, siempre respetando las normas de salubridad a los efectos de evitar la propagación del contagio.

Todas las notarías siguieron funcionando con limitaciones extremas. Se cumplen las pautas de salubridad, se trabaja con menos personal, atendiendo requerimientos que no pueden ser postergados, con un sistema de turnos. Se reciben los requerimientos por medio de correos electrónicos, mensajes, de redes o de teleconferencias. Se analiza el requerimiento, el notario lo califica y si está dentro de las pautas de la urgencia o de la excepcionalidad, se abastece. De esta manera se limita la asistencia de los requirentes a la notaría solo para el otorgamiento y autorización de la escritura pública, con los cuidados pertinentes para evitar el contagio. Por supuesto que los requerimientos son pocos porque se trata de un aislamiento masivo, lo que produce, además, un deterioro enorme de la economía. No obstante, quien necesita un notario cuenta con sus servicios porque la ley se lo permite, ya que se lo considera, aún en éste período de emergencia, como un servicio esencial.

La pandemia y el aislamiento visibilizaron la necesidad de contar, en el ejercicio de la función pública notarial, con más herramientas tecnológicas que las hasta ahora incorporadas.

También hubo que proyectar cómo salir de este aislamiento. Esta salida ha sido gradual. El aislamiento propiamente dicho ha venido siendo sustituido por el distanciamiento social a partir de la responsabilidad individual en el cumplimiento de los protocolos sanitarios. El ejercicio de la función notarial puede ser prestado observando las pautas de protección de todos los involucrados.

Se que las llamadas nuevas tecnologías, que no son tan nuevas, posibilitan que la prestación notarial sea más eficiente y eficaz y que la tecnología considerada como una herramienta, jamás puede sustituir al notario en la prestación de la dación de fe. No obstante, los avances que ha efectuado el notariado con respecto a la introducción de tecnología en el quehacer notarial aparece como insuficiente frente al concepto puro de aislamiento social. Es por ello que, al pretender sustituir la audiencia notarial con inmediación presencial por una reunión virtual, se hizo imprescindible analizar con profundidad sus efectos.

Estas afirmaciones me permiten sostener que el ejercicio del notariado en tiempo de pandemia posibilita convertir la crisis en oportunidad. Oportunidad para investigar la realidad, para comprender la insuficiencia del camino recorrido para abastecer con eficacia los requerimientos de una sociedad o de una comunidad cuyos integrantes durante algunos meses estuvieron sometidos a la prohibición de circular y para argumentar acerca de los resultados por los cuales el notariado debe trabajar con dedicación para que en el futuro inmediato se pueda alcanzar el cometido. Se requiere inversión, capacitación y reformas legislativas.

Innovar sin perder la esencia. Con independencia de la herramienta tecnológica utilizada el notario siempre debe cumplir los requisitos y recaudos legales vigentes que garanticen la obtención de un documento notarial existente, válido y eficaz. A tales fines el autorizante debe calificar la capacidad, identificación y legitimación de los otorgantes del acto. Debe, además, resguardar que el consentimiento negocial sea prestado debidamente informado a partir del asesoramiento previo y sin vicios congénitos que puedan invalidarlo. Para ello debe recibir la voluntad de las partes, indagar

acerca de la causa fin del acto jurídico a celebrarse, encuadrarlo jurídicamente para garantizar su legalidad y configurarlo en el texto escriturario. Luego del otorgamiento y autorización y expedición de testimonios o copias sus obligaciones se extienden a la custodia, reproducción de tales instrumentos públicos y a la custodia de datos en general y de datos de las personas humanas en particular.

Las mismas garantías intrínsecas de las cuales goza ese documento en soporte papel deben lograrse en un soporte documental distinto (digital) aunque se desarrolle en un ámbito virtual. Si ello no es posible de concretar, en tanto cualquiera de sus calidades no pueden alcanzarse, entonces la herramienta tecnológica no es idónea para el resultado buscado. Este principio no puede ceder ni aun bajo la situación extrema de aislamiento a la que pueden estar sometidos tanto los requirentes como el notario autorizante. El camino hacia un resultado exitoso requiere mínimamente de una plataforma segura bajo la órbita del notariado local, de la identificación certera de los otorgantes y de la utilización de la firma digital, que provee integridad, inalterabilidad y conexidad con el titular signatario, con presunción de autoría.

La utilización de todas las tecnologías de la información y la comunicación tanto para la etapa del cumplimiento de las operaciones de ejercicio anteriores como posteriores al otorgamiento y autorización del negocio jurídico ya están en vigencia.

Nos queda entonces en el ejercicio de la función fedataria en un ámbito cuya visibilidad acaeció a partir de la declaración del aislamiento y la prohibición de circular o de celebrar reuniones con inmediación física. La primera aproximación al tema, por parte de un lego, sugeriría que la solución se encuentra rápidamente a través de la implementación de una videoconferencia. No obstante, el estudio pormenorizado de los principios y fundamentos del notariado de tipo latino nos alertan acerca de los riesgos de la utilización de plataformas consideradas no seguras.

Tal afirmación no significa que estoy en contra de la aplicación de las nuevas tecnologías en el ejercicio de la función. Muy por el contrario, trabajo en pos de esa incorporación siempre y cuando tales herramientas tecnológicas nos garanticen el mismo opus, con todas sus calidades intrínsecas y extrínsecas. Alcanzar ese estadio requiere más inversión económica, más capacitación, reforma legislativa y sobre todo de una decisión del notariado todo que no renuncie a los verdaderos principios y fundamentos del notariado de tipo latino que ha construido durante siglos el concepto de "confianza" en la figura del notario como garante de legalidad y seguridad jurídica.

El entorno notarial virtual seguro. Estoy persuadida en que el notariado está siendo convocado por la propia sociedad y por los centros del poder económico a prestar su ministerio de forma diferente a cómo lo venía haciendo y que los paradigmas existentes deberán mutar. Por ello el desafío es que el propio notariado cree un sistema que posibilite la actuación presencial, pero no física, sino a distancia o remota. Las operaciones de ejercicio y calificaciones notariales de control de capacidad, identificación y legitimación de los comparecientes, de la legalidad del contenido del acto jurídico a celebrarse, con más el asesoramiento previo tendiente a que los otorgantes presten su consentimiento perfectamente informado y libre de vicios acerca de las ulterioridades legales del caso, con especial referencia a las consecuencias legales y aun fiscales. Luego de la lectura y explicación del texto los comparecientes otorgan el documento y el notario lo autoriza, insuflándole la calidad de instrumento público de origen notarial. Toda la tramitación posterior, ya en la actualidad puede ser digital y telemática. Esto significa que en el presente se cuenta con la posibilidad de la expedición de copias o testimonios digitales y por vía telemática podría rogarse su inscripción en el registro competente de acuerdo a la naturaleza jurídica del objeto del negocio, cuyo documento portante posee vocación registral. Siempre que se cuente con la normativa necesaria para esta implementación, los medios tecnológicos ya han sido creados a este fin.

Es cierto que estamos ante la necesidad de una mayor migración de la función notarial hacia lo digital. No obstante, la función pública notarial no podrá ser sustituida por una computadora por más evolucionado que sea su software. La tecnología no podrá suplantar al notario como responsable del contenido de un documento notarial que goza de calidades conferidas por ley. Se podrán utilizar medios informáticos que cuenten con una inmensa cantidad de datos almacenados. Pero el único que puede articular todas estas herramientas con eficacia es el notario como perito en derecho que se capacitó u sigue capacitándose en la aplicación de sus habilidades.

Razones más que suficientes para haber considerado como principal tema de actualidad, el ejercicio de la función notarial en el entorno virtual y su experiencia en pandemia y prospectivas de la función notarial, que con eficiencia ha llevado adelante el Grupo de Trabajo de Nuevas Tecnologías de la UINL, bajo la Presidencia de C. A. Marcoz, que concluyó con el decálogo, como conjunto de directrices en la materia y fuente inicial de estudios posteriores.

Las otras actividades de la UINL. Todos los órganos de la Institución, sus Directivos, las Comisiones continentales e intercontinentales, los grupos de trabajo y ONPI siguieron realizando todas sus actividades con plenitud. Las tareas realizadas durante el año son tan disímiles como las propias idiosincrasias de los notariados de acuerdo al área geográfica donde se desarrollen en los cinco continentes, que conlleva la diversidad de razas, culturas, religiones, gobiernos, economías, sistemas jurídicos, pero todos ellos con un común denominador como es el notariado de tipo latino.

Plan de acción

Algunos de los puntos más trascendentes son:

La Universidad del Notariado Mundial que se desarrolla a lo largo de los tres años de legislatura.

Las Academias Notariales africana y asiática. La Comisión de Asuntos Americanos y la Comisión de Asuntos Europeos ya tienen sus Academias Notariales dedicadas a la investigación temática y a la oferta académica. Actualmente está impulsando la creación de estas academias para la Comisión de Asuntos Africanos y la Comisión de Asuntos Asiáticos.

La Plataforma Educativa Virtual. Ya inició su actividad y está destinada a ser una herramienta más del cumplimiento del objeto estatutario de nuestra organización internacional cual es la promoción, organización y desarrollo de la formación profesional de todos los notarios y las notarias del mundo.

Actividad con otras organizaciones internacionales. Nuestra organización internacional mantiene estrechas vinculaciones con otras organizaciones internacionales como Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, GAFI, GAFILAT, Banco Mundial, entre muchas otras.

Prevención del delito de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. La UINL ha sido seleccionada para intervenir en el "Proyecto Light" del Consejo de Europa en la formación de formadores con respecto a este tema.

UNICEF. Por su parte, se ha suscripto un memorándum de entendimiento con "THE UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND ("UNICEF"). La UINL facilitará el diálogo entre sus miembros y UNICEF a escala global, desarrollará un rol fundamental en la difusión de los programas que UNICEF implementa en protección de los menores de edad y sus estatus civiles y colaborará con la difusión de los medios para abastecer la sustentabilidad de dichos programas.

ALADI. Se ha reeditado exitosamente sus vinculaciones con la Asociación Latinoamericana de Integración – ALADI. Su Secretario General, el Dr. Sergio Abreu y su equipo en reunión virtual con autoridades de la UINL, de la Comisión de Asuntos Americanos y la Comisión de "Integración y Tratados" han diseñado un proyecto de trabajo en común. Todos los países integrantes de ALADI tienen notariados integrantes de la UINL. Ello crea un escenario absolutamente auspicioso para colaborar en temas de facilitación de comercio internacional desde el punto de vista notarial. La utilización de herramientas tecnológicas, la creación de sociedades comerciales on line con participación notarial, la apostilla digital, capacitación virtual de pymes en temas comerciales y legales y la utilización de plataformas digitales que garanticen veracidad de la información al inversor extranjero, especialmente al inversor de Asia en la región, donde la UINL cuenta entre sus miembros a los notariados de China, Corea, Indonesia, Japón, Mongolia, Rusia y Vietnam. Finalmente, se está analizando técnicamente la categorización de la UINL como "Observador" de la ALADI, como ya lo es de otros organismos internacionales.

Día Internacional del Asesoramiento Notarial de puertas abiertas. Se ha lanzado esta iniciativa, que ya existe en algunos notariados, para que se desarrolle en forma institucional bajo el auspicio de nuestra organización internacional, lo que se llevará a cabo el primer sábado de octubre de cada año. Esta iniciativa tiene como objetivo fortalecer la interrelación de los notariados nacionales con las comunidades a las que le brindan sus servicios.

La Mundialización del Notariado Novel. Se trata de expandir en los demás continentes (Europa, África, Asia y Oceanía) el movimiento de los notarios y notarias con menos de cuarenta años de edad y menos de diez años de ejercicio de la función pública notarial desarrollado en América con tantos buenos logros, en el más pleno convencimiento de la formación temprana de los líderes de las generaciones venideras.

Ley notarial como modelo uniforme. Se está trabajando en la redacción de una ley modelo notarial que incluya normativa homogénea y que determine los estándares mínimos que deben ostentar las futuras leyes notariales locales o la modernización de las ya vigentes frente a los nuevos desafíos del postmodernismo.

Incorporación de más notariados locales a la UINL. Estoy convencida de la necesidad de inclusión de más notariados a nuestra organización internacional, en post de una política expansiva que debe coadyubar no solo a la incorporación de más organizaciones locales, sino también al fortalecimiento de las ochenta y nueve que ya la integran, consolidando cada vez más, a nivel universal, los principios y fundamentos del notariado de tipo latino.

Foro de notarias líderes como ámbito de diálogo y reflexión acerca del rol de las notarias en el siglo XXI, en especial en tiempo de pandemia y postpandemia trabajo que terminará el 8 de marzo de 2021 con publicación de sus conclusiones.

Estoy orgullosa de la "herencia recibida" que me ha sido dada como Presidenta de la UINL forjada durante setenta y dos años por hombres y mujeres, que desde su fundación, nos preocupamos y ocupamos para que el notariado de tipo latino se reconozca en el mundo como una fuente de confianza, bien común, seguridad jurídica y paz social. Abrigo en lo más profundo de mi ser la necesidad de potenciar todos estos valores en beneficio de las generaciones futuras.

SUMARIO

Doctrina

1 SHANGAI GIFTING OF REAL ESTATE AND TITLE SECURITY (ENG) P 27
THE PROCESS OF GIFTING REAL ESTATE IN SHANGHAI, CHINA
POR ZHENG ZHANG



2 LE PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES SOUS L'ANGLE DU NOTARIAT CHINOIS (FR) P 35
POR LI YONG Y CAI YONG



3 DOING BUSINESS REPORT AND REAL ESTATE TRANSFERS P 117
(ENG) POR ANTONIO CAPPIELLO



4 EL NOTARIO: CIENCIA, TÉCNICA Y ARTE AL SERVICIO DE LAS PERSONAS MÁS VULNERABLES (ES) P 129
PRIMER PREMIO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA UINL
POR ARMELLA, CLUSELLAS, COSOLA, MOREYRA, SALIERNO, SPINA Y ZITO FONTÁN



Capacitación continua en la UINL

1 UNIVERSIDAD DEL NOTARIADO MUNDIAL P 296
- DISCURSO DE APERTURA DE LA PRESIDENTA DE LA UINL, NOT. CRISTINA ARMELLA (ES)
- EXPOSICIONES ABREVIADAS. PROFESORES: ARMELLA (ES), MORIN (FR), GRIMALDI (FR), WEYTS (ENG) Y JEAN PAUL DECORPS (FR). WEBINAIRE DE CLÔTURE (FR)



2 PRESENTACIÓN DE LA PLATAFORMA EDUCATIVA VIRTUAL DE LA UINL P 338
POR LA DRA. NOT. CRISTINA NOEMÍ ARMELLA, PRESIDENTA DE LA UINL (ES)



Entrevistas

1 JOSEPH BECHARA, LÍBANO (FR) P 344
LE NOTARIAT LIBANAIS
PUBLICADA EN LEXISNEXIS SA. LA SEMAINE JURIDIQUE. NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE. N° 21 MAYO 2019



2 NATALIA V. BORISENKO, BIELORUSIA (FR) P 348
LE NOTARIAT DU BÉLARUS
PUBLICADA EN LEXISNEXIS SA. LA SEMAINE JURIDIQUE. NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE. N° 4 ENERO 2020



3 SRBISLAV CVEJIC, SERBIA (FR) P 352
LE NOTARIAT DE SERBIE
PUBLICADA EN LEXISNEXIS SA. LA SEMAINE JURIDIQUE. NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE. N° 12 MARZO 2020



4 M. NAM SANGWOO, REPÚBLICA DE COREA (FR) P356
LE NOTARIAT DE LA REPUBLIQUE DE CORÉE
PUBLICADA EN LEXISNEXIS SA. LA SEMAINE JURIDIQUE. NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE. N° 29 JULIO 2020



5 YUALITA WIDYADHARI, INDONESIA (FR) P 360
LE NOTARIAT INDONÉSIEN
PUBLICADA EN LEXISNEXIS SA. LA SEMAINE JURIDIQUE. NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE. N° 35 AGOSTO 2019



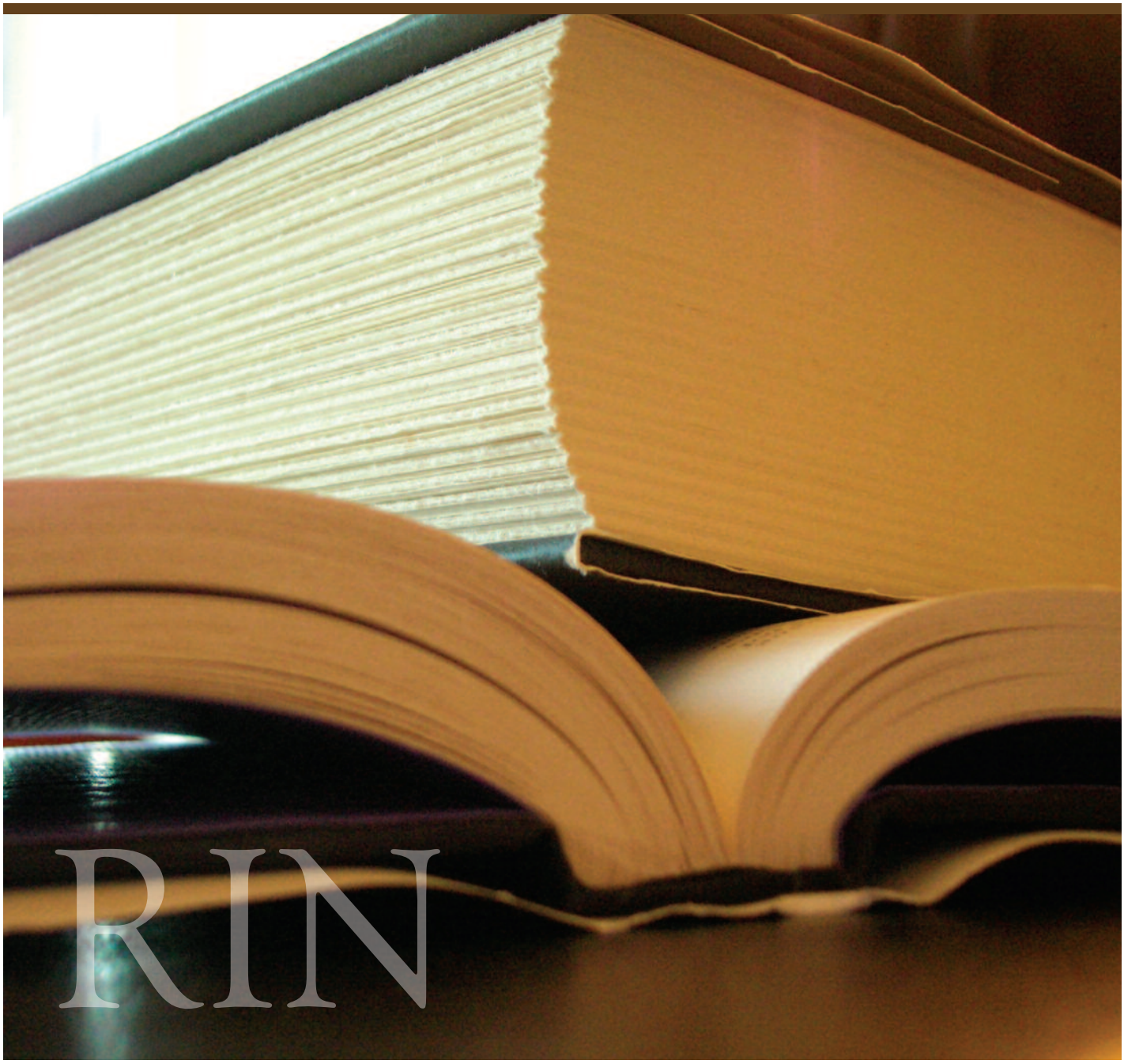


Nota: los artículos se publican únicamente en el/los idioma/s en los que fueron elaborados por los autores.

Remarque: les articles ne sont publiés que dans la/les langue/s dans laquelle/lesquelles les auteurs les auront rédigés.

Note: Articles are published in the original language/s in which they were written by the authors.

Doctrina



UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

1



SHANGHAI: GIFTING OF REAL ESTATE AND TITLE SECURITY

BY ZHENG ZHANG

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

The process of gifting real estate in Shanghai, China

BY ZHENG ZHANG

ABSTRACT

• As a result of China's[1] surging real estate market, coupled with the ever-increasing number of clients wishing to pass on their wealth after death, the gifting of real estate has become an important area of activity for notaries and other legal professionals. However, owing to uneven economic development, great divergences exist between the different regions of China.

• Even in Shanghai, there are differences in the detailed application of the provisions of laws and regulations between administrative districts. This article attempts to explain the characteristics of notarisation, real estate transfer and tax collection in Shanghai, as well as proposing appropriate solutions to the problems arising in practice.

Adonation or gift is a legal act by which the donor gives their property to the donee without consideration.[2]

A contract of donation is a contract whereby the donor gives their property to the donee without consideration and the donee indicates acceptance of the gift. Notarisation of a donation contract is the activity whereby the notary confirms the authenticity and legitimacy of the conclusion of the donation contract by and between the donor and the donee at the request of the party concerned in accordance with legal procedures. Alternatively, the gift can be effected by means of two forms: a donation form and an acceptance form.

Depending on specific circumstances, the notarisation may involve either of these procedures: notarisation of the donation contract or notarisation of the donation and acceptance forms.[3]

[1] The legal provisions mentioned in this article refer to the provisions of the laws of the People's Republic of China, unless otherwise noted.

[2] Compiled by Lawyer Notary Steering Department of the Ministry of Justice, Notary Public Reference Manual, 1st edn (Law Press China, 2005), p.178

[3] art.11 of the Notarisation Law of the People's Republic of China stipulates that the notary office handles the following notarial matters on the application of a natural person, legal person or other organisation: entrustments, declarations, gifts, wills

"A client wishing to apply for notarisation of a donation in China will generally use the services of the notarial office of the place where the real property is located"

In the latter case, the two forms can be signed before different notaries; in the case of a contract, both parties must sign before the same notary. Therefore, notarisation of a donation in the broad sense may involve three types of document: the donation contract, the gift form and the acceptance form.

According to the body of law and regulations on the subject,[4] the conditions for notarisation of an acceptance of gift include the territorial competence of the notarial office instructed, a review of the application materials of the parties concerned (see below) and a declaration of genuine intent by the clients. The Rules for Gift Notarisation[5] stipulate that notarisation of the gift form shall be handled by the notarial office of the place where the donor resides or the real property is located. Notarisation of the acceptance form and the donation contract must be handled by the notarial office of the place where the real property is located.[6] Accordingly, a client wishing to apply for notarisation of a donation in China will generally use the services of the notarial office of the place where the real property is located. At present, Shanghai ignores restrictions arising from different administrative divisions. For example, a gift of real property located in Pudong New Area, Shanghai, can be notarised at the notary office in Jing'an District. The Pudong New Area real estate transaction centre also accepts notarial certificates issued by the notary office in Jing'an District in property transfers. This results in great convenience for clients.

The review of the client's application materials also involves checking:

- the identification documentation of the donor and the donee in order to determine, in cases where the donor is a natural person with foreign nationality, whether the person named in the original certificate at the time of purchase is the same as the person named in the current certificate;

- the marital status of the donor to determine whether the gift involves community of property; and

- whether the property that is the subject of the gift has any defect of title.[7]

SPECIAL POINTS IN GIFT, TRANSFER AND TAXATION CAUSED BY FOREIGN-RELATED FACTORS

In practice, it is a common situation in the case of real property located in Shanghai for either the donor or the donee, or both, to have British or other foreign residency. Unlike an ordinary gift between Chinese residents, the gift in such a case involves foreign-related elements, giving rise to conflicts between different jurisdictions and complicating the process.

GIFT

Individuals may transfer real property in their name before their death in two ways: by sale or gift. Compared with a sale, a gift has advantages based on its special attributes, summarised as follows:

1. The total cost of transferring real property by gift less than five years from the time of purchase is lower.

For example, in the case of transferring real property less than five years from the time of the last transaction, the cost of the gift is about 4 per cent of the valuation

[4] arts.25 and 28 of the Notarisation Law of the People's Republic of China and arts.6–10 of the Rules for Gift Notarisation
[5] Supplementary information to the Notarisation Law of the People's Republic of China
[6] art.6, Rules for Gift Notarisation
[7] Compiled by Shanghai Notary Association, Shanghai Notary Manual, 1st edn (Shanghai People's Publishing House, 2018), p.2,754

of the portion transferred by gift, much lower than the transaction cost on transfer by sale, which accounts for about 10 per cent of the valuation of the property. See the taxation section below for more details.

3. The donor may clearly state that the property is gifted to a married donee personally, rather than as property held in community.

According to art.18 of the *Marriage Law of the People's Republic of China*, if the donor wishes to ensure that a married donee obtains the property as the donee's personal property, rather than as community property, the donor may make this clear in the donation contract or the gift form. This cannot be stipulated in a sale contract as an obligation binding on the parties concerned.

4. The donee may agree that the donor should have a permanent occupation right in the real property gifted, and the gift can be made subject to this condition.

In practice, in cases where the donor is a senior citizen, such a clause is invariably included in the donation contract or the acceptance form in order to protect the legitimate rights and interests of the senior citizen.

5. Following notarisation, the donor has no right to revoke the donation contract arbitrarily.

This is expressly stipulated in the Contract Law of the People's Republic of China (the Contract Law). However, provided there is compliance with legal procedures, the donor may exercise the right of revocation through the court.

6. If the real property concerned is a shop or office building and the donee has foreign residency, the property can be transferred by gift.

The current real estate purchase restriction policy of Shanghai stipulates that any foreign individual or resident of Hong Kong, Macao or Taiwan who intends to purchase newly built or existing real property in Shanghai is required to meet all of the following conditions:

- the foreigner owns no property under the family name in Shanghai and holds a labour contract or work permit in Shanghai having not less than one year's remaining validity;

- in the case of a resident of Hong Kong, Macao or Taiwan, the individual has no property in the family name in Shanghai and has a labour contract for service in Shanghai having not less than one year's remaining validity or a certificate of student status in Shanghai having not less than one year's remaining validity; and

- only residential property may be purchased, not commercial property, such as shops and office buildings. It is worth noting that the above restrictions only apply to a purchase; transfers by way of gift are not subject to the 'purchase restriction' policy.

7. The period required to complete a transfer by gift is short, and the donor can be a minor.

The period required to complete a transfer by sale is generally one to two months, while transfer by gift can be completed within a period as short as ten days. In the case of a sale, if the buyer is a minor, they are considered jointly with the parents as one and the same unit for the purposes of the purchase restriction policy. In the case of a gift to a minor, the donee is not subject to such a restriction. In addition, the author is of the view that determining whether property disposed of by a donor is community property is a question of conflict of laws. According to Chinese law concerning community property, where there is a foreign element and the client has made no choice of law, the law of common habitual residence applies or, failing that, the law of the country of common nationality.[8]

[8] art.24 of the *Law on the Application of Foreign-related Civil Legal Relationships*: As for the property relationship between husband and wife, the parties concerned may, upon agreement, choose to apply the laws of the habitual residence of one of the parties, the laws of the country of nationality of one of the parties, or the laws of the place where the principal property is located. If the parties failed to make such a choice, the law of the common habitual residence shall apply; if there is no common habitual residence, the laws of the country of common nationality shall apply.

"In the case of a sale, the principal taxes and fees payable by the seller of the property include VAT and personal income tax, while the buyer is responsible for the deed tax and property tax"

notarial certificate becomes apparent only when it is accepted by the real estate exchange centre where the real property is located and serves as a basis for the transfer of title.

At the time of writing, there are 16 administrative districts in Shanghai[9] and 16 corresponding real estate exchange centres. Inevitably, apart from the provisions of laws and regulations, real estate exchange centres differ from each other in some specific practices, causing confusion among clients.

Taking gifts as an example, the *Regulations of Shanghai Municipality on Registration of Real Estate* stipulates that, following a gift, registration of the transfer must take place.[10] In legal terms, this is interpreted as follows: the donation contract comes into effect upon signature by the parties concerned, but the transfer of ownership is not completed until the transfer of the real estate title.[11] As mentioned above, a gift may involve one of two procedures: either a donation contract, or a donation form and acceptance form. The specific procedures for transfer are different in each case.

It should be pointed out that the main legal basis on which the real estate transaction centres in Shanghai handle real estate transfers is the *Regulations of Shanghai Municipality on Registration of Real Estate*, which do not require examination of the applicant's marital status, while the main legal basis on which the notary handles the notarisation of gifts and other matters are the *General Principles of Civil Law of the People's Republic of China*, the Contract Law, etc., which generally adopt the opposite approach.

TAXATION

1. General requirements

According to the latest laws and regulations of Shanghai on real estate transactions, in the case of a sale, the principal taxes and fees payable by the seller of the property include value-added tax (VAT) and personal income tax, while the buyer is responsible for the deed tax and property tax. The above taxes vary according to circumstances and distinguish between ordinary and non-ordinary real property.[12] If the sale occurs less than five years from the date of the previous transaction, the seller and the buyer together pay taxes of up to about 10 per cent of the total transaction amount. In the case of transfer by means of gift, provided certain conditions are met, the main tax is only the deed tax, payable by the donee.[13] Even if the notary fee is included, the total cost

[9] Baoshan, Changning, Chongming, Fengxian, Hongkou, Huangpu, Jiading, Jing'an, Jinshan, Minhang, Pudong, Putuo, Qingpu, Songjiang, Xuhui and Yangpu.

[10] art.30 of the *Regulations of Shanghai Municipality on Registration of Real Estate*: in relation to registered real estate, in any of the following cases, the parties must apply for transfer registration after the relevant legal document has come into effect or after the occurrence of the relevant fact: (1) sale; (2) exchange; (3) gift; (4) inheritance, will; (5) other situations stipulated by law.

[11] art.9 of the Property Law: the establishment, alteration, transfer and extinction of a real property right in rem shall take effect upon registration in accordance with the law; it shall not take effect without registration, unless otherwise stipulated by law. art.10: real estate registration shall be handled by the registration authority at the place where the real property is located. art.15: where the parties entered into a contract concerning the establishment, alteration, transfer and extinction of a real property right in rem, the establishment, alteration, transfer and extinction shall take effect upon formation of the contract, unless otherwise provided for by law or otherwise stipulated in the contract; if the real property right in rem is not registered, it shall not prejudice the effect of the contract.

[12] Specific documents can be found at blog.sina.com.cn/zhangzhengnotary

[13] For details, please refer to (II) of the *Notice of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on Relevant Issues Concerning Strengthening the Tax Management of Individuals' Gratuitous Gift of Real Property in Real Estate Transaction* (G.S. F [2006] No. 114)

will only amount to about 4 per cent of the corresponding value of the property transferred, over 50 per cent less than the cost arising on a sale.

2. Special requirements

• If the donor and the donee are not close relatives,[14] they are subject to additional personal income tax and VAT.

The donor is not prohibited from giving their property to whomever they wish. However, if the donor and the donee are close relatives, the only tax is the deed tax payable by the donee, thus reducing the cost significantly.

• Taxation issues concerning the sale of real property gifted.

As mentioned above, in the case of a sale of real property, the seller and the buyer are required to pay the personal income tax, VAT, deed tax, property tax, etc. according to their respective liability. According to the real estate regulations,[15] where a seller of real property acquired that property by way of gift, they are subject to individual income tax on the sale price at the rate of 20 per cent. This 20 per cent individual income tax may be avoided only if two conditions are satisfied simultaneously: first, that at least five years have elapsed since the individual acquired the property, and second, that it is the individual's sole real property.[16]

IMPACT OF THE CONVENTIONS AND CONCLUSION

The private international law conventions relevant to this topic are the Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions[17] and the Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition.[18]

These conventions apply only to the Special Administrative Region of Hong Kong, as a result of the extension to the former Crown colony made by the UK. When Hong Kong was restored to China on 1 July 1997, China declared that the conventions would continue to apply for Hong Kong.

Subsequently, China enacted the Trust Law of the People's Republic of China in 2001 and the *Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-related Civil Relations* in 2010, which made specific provisions to deal with the increasing number of foreign inheritance, wealth management and other issues. A number of academics, in discussing the potential impact of the conventions, have called on China to accede at an early date.

I have mentioned that the notary is an expert in law. Accordingly, clients do not turn to a notary only where pure notarial services are required. More often than not, they hope the notary can intervene in advance, providing a package service covering advice, planning, the formalities of the transfer itself, tax payments and the other procedures that follow completion of notarisation.

Fortunately, most of our colleagues have already accepted this challenge, but it is unrealistic to expect them to handle all matters on behalf of clients on their own.

On the one hand, China has a vast territory and a large population. There are great differences in the requirements of notarial offices, real estate transaction centres

---

[15] Above notes 13 and 16

[16] For details, please refer to *Notice on Issues Concerning the Collection of Individual Income Tax on the Proceeds from the Sale of Individual Housing* (C. S. Z. [1999] No. 278): 'The proceeds from transfer of an individual residential property which has been occupied by the owner for more than 5 years and is the family's only residence continue to be exempted from individual income tax'. 'Occupied by the owner for more than 5 years', as mentioned in the above document, refers to the time period between the purchase of the property and the transfer of the property.

[17] bit.ly/2z9YoMh, accessed 4 August 2019.

[18] bit.ly/2keQAVG, accessed 4 August 2019.

and taxation authorities in different parts of the country. On the other hand, new laws and regulations are introduced constantly and these vary greatly.

Many overseas clients holding identification documents issued by their home authorities, whether in the UK or elsewhere, will choose to execute their documents locally. After notarisation, the documents require legalisation by the competent Chinese consulate. In the UK, notaries and other legal professionals have played an important role in guiding and assisting clients in handling China-related transactions, working with notaries and professionals in Shanghai and other cities in China to address the needs of clients.

ZHENG ZHANG
IS A SENIOR NOTARY AND DEPUTY DIRECTOR OF SHANGHAI JING'AN NOTARY PUBLIC OFFICE[19]



[19] Very special thanks to Nigel Ready, scrivener notary, for his great support in providing insightful comments and editorial suggestions, and for his professionalism and knowledge of notarial practice. Without his kind support, this article could not have been completed.

2



LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES SOUS L'ANGLE DU NOTARIAT CHINOIS

AUTEUR PRINCIPAL : LUZHENGYIGE (NOTAIRE)
CO-AUTEUR, RÉDACTEUR EN FRANÇAIS: CHINA PANDA (NOTAIRE)

LEX EST QUODCUMQUE NOTARIUS
UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

La protection des personnes vulnérables sous l'angle du notariat chinois

AUTEUR PRINCIPAL : LUZHENGYIGE (NOTAIRE)

CO-AUTEUR, RÉDACTEUR EN FRANÇAIS: CHINA PANDA (NOTAIRE)

AVANT-PROPOS

Au cours des 40 dernières années, parallèlement à l'essor économique sans précédent vécu par la Chine, le notariat chinois a également connu un développement mesuré, réfléchi et très rapide à la fois. En Chine, à l'instar d'autres pays du droit continental, le notaire est le dépositaire du pouvoir public de l'État, le conseiller juridique désintéressé des citoyens et le rédacteur impartial des actes juridiques. Dans le domaine du droit civil, le notaire est non seulement celui qui prévient les litiges, réduit les procès en Justice, mais il est également l'escorteur du développement économique, gardien d'une harmonie sociale et garant d'une paix familiale.

L'auteur principal de ce travail s'est engagé dans le notariat voilà déjà plus de 30 ans, et il a ainsi été le témoin de tous ces progrès que le notariat chinois a réalisés pendant cette période heureuse, pleine d'opportunités et de défis à la fois, que le peuple chinois a su traverser avec le succès qu'on lui connaît. Directeur d'une étude de plus de 200 personnes, son attention toute spéciale pour les défavorisés et les vulnérables l'a porté à être le premier à créer en Chine un Centre de Service pour les Communautés Urbaines, afin d'être plus proche, professionnellement parlant, de ces personnes dites vulnérables et de rendre ainsi les services notariaux plus accessibles.

Le co-auteur a fait ses études universitaires de langue étrangère en français, dans les années 90 en Chine, avant de passer le concours et de devenir notaire voilà maintenant plus de 22 ans. Sa passion pour la langue et la culture françaises, ainsi que sa longue pratique notariale, l'ont poussé tout naturellement à étudier aussi le notariat latin et à le présenter aux confrères chinois.

Lorsque nous avons appris la nouvelle de ce concours, nous étions déjà fin décembre 2018. Un tel travail en trois mois, en langue étrangère, la tâche semblait impossible! Mais si «Impossible n'est pas français», il semblerait que nos deux pays soient sœurs sur ce point, qu'en pensez-vous?

Ainsi, malgré ces difficultés, il nous apparaissait qu'il était de notre devoir et de notre mission de présenter le notariat chinois aux confrères internationaux et de contribuer aussi aux échanges internationaux fructueux. Notre étude notariale compte plus de 60 notaires, nous sommes donc soutenus par une équipe d'autant plus compétente que «derrière nous», ce sont les fruits du développement du notariat chinois depuis ces quarante ans passés qui nous animent. Tout ce que nous avons écrit est issu de notre propre expérience professionnelle et ainsi que des réalisations législatives chinoises attenantes dont nous avons été témoins. A la question «Pourquoi fournir autant d'efforts qui risqueraient de s'avérer vains?», nous avons choisi de répondre: «Pourquoi pas !?!»

En raison du temps restreint, ce travail est loin de nous satisfaire pleinement, mais il reflète les efforts acharnés des auteurs qui œuvrèrent jour et nuit pendant ces trois mois. Cet essai constitue également un véritable portrait des travaux effectués et un reflet des efforts déployés par les notaires chinois en ce qui concerne la protection des personnes vulnérables tout particulièrement.

Testaments, legs, contrats de legs et de soutien, tutelle conventionnelle, tutelle testamentaire, services juridiques de proximité dans les communautés urbaines, services auxiliaires judiciaires auprès des juges pour désengorger les tribunaux, toutes ces activités notariales, étroitement liées aux personnes vulnérables telles que les personnes âgées, les mineurs et les personnes handicapées, sont non seulement le travail de tous les jours du notaire, mais aussi évoquent bien l'orientation prise dans le développement du notariat chinois visant à réaliser la valeur de cette honorable profession et à en assumer sa pleine responsabilité sociale.

Nous ne nous sommes pas tournés vers les traducteurs professionnels, mais nous l'avons nous-même écrit en français, car nous préférions nous assurer d'utiliser le langage propre du notaire, pour présenter, de la manière la plus authentique, au jury et aux lecteurs, les travaux du notariat chinois ainsi que les fruits de notre recherche principalement dans ce domaine de la protection juridique des personnes vulnérables. Nous apprécions tellement toute la valeur de cette phrase de M. Jean-Paul Decorps, ex-président de l'Union Internationale du Notariat: «Parce que quand on pratique le même droit, c'est comme lorsque l'on pratique la même langue, on se comprend mieux, on évite des contresens et cela favorise les relations.»

Merci pour votre attention !

Mars 2019

Sommaire

Introduction

Sous-thème I: Vue d'ensemble des groupes de personnes vulnérables

Sous-thème II: Recherche juridique à propos des personnes vulnérables sous l'angle du domaine notarial

Sous-thème III: La valeur du notariat dans la protection juridique des personnes vulnérables

Sous-thème IV: Régime de Tutelle Conventionnelle et Notariat chinois

Sous-thème V: La protection des personnes vulnérables en matière de successions

Sous-thème VI: Outils testamentaires pour la protection des personnes vulnérables

Sous-thème VII: Protection juridique des mineurs

Sous-thème VIII: Le notaire & le Service juridique dans les communautés urbaines

Introduction

Un État de droit, avec l'établissement d'une société de justice, d'harmonie et de stabilité, doit intégrer beaucoup de facteurs et doit tenir compte de chacun de ses citoyens. C'est pourquoi, actuellement en Chine, une grande évolution s'opère principalement au niveau législatif et social. Cette évolution tient tout particulièrement en considération les «personnes dites vulnérables» d'une société en pleine mutation constante. En effet, l'évolution économique, avec ses changements de comportements et de pensées qui vont avec, risque parfois de laisser de côté ceux qui ne peuvent poursuivre leur espoir du progrès social avec tous les atouts qu'ils n'ont pas encore, comme les mineurs, ou n'ont plus, comme les personnes âgées ou handicapées.

Comme dans toute société, il existera quelques groupes de personnes dont les capacités motrices ou intellectuelles, les pouvoirs monétaires ou familiaux et les possibilités d'agir comme bon leur semble seront moindres en comparaison de la plupart des gens. Ces particuliers constituent les groupes sociaux que l'on appelle «personnes vulnérables». Ces «manques ou pertes de capacité de tout ordre» peuvent exister depuis toujours (cas des enfants mineurs) ou depuis peu (cas des personnes âgées), et leurs conséquences peuvent être parfois lourdes au point de fragiliser aussi l'évolution même de cette société, de cette Nation.

C'est le cas de bien des personnes âgées qui auront du mal à suivre les changements imposés par la réalité. Les handicapés, aussi, se retrouvent dans cet ensemble particulier des gens vulnérables qu'il est temps de considérer maintenant. Bien entendu, l'immense groupe des enfants mineurs, formant l'avenir de toute Nation, sera aussi au centre de tous les intérêts d'une société de justice digne de ce nom.

Avec cette amélioration de la qualité de la vie au niveau matériel tout comme au niveau culturel d'ailleurs, nous pouvons observer que la vitesse de différenciation des classes sociales s'est encore accélérée. Le degré de compétitivité à tout niveau et tout point de vue, exerce une pression sur chaque groupe social. La pression de la vie économique s'est accrue et les différents groupes de personnes vulnérables deviennent à partir de cet instant une nouvelle communauté de personnes tout particulièrement fragiles.

Le progrès de la société dépend du développement général de chaque élément et groupe qui la compose, et les droits et intérêts légitimes des personnes vulnérables ne sauraient être ignorés ou négligés par conséquent.

Les citoyens sont au cœur des services juridiques. Et c'est souvent là qu'entre en jeu la vocation du notaire. En tant que détenteur du pouvoir public et fournisseur du service juridique aux citoyens, le notariat constitue un élément essentiel et irremplaçable du système juridique garantissant la paix sociale, un mécanisme permettant de maintenir la stabilité et l'harmonie. La nature et le rôle du notaire déterminent la nécessité de sa participation à la protection juridique des groupes de personnes vulnérables.

SOUS-THÈME I

Vue d'ensemble des groupes de personnes vulnérables

Au cours des dernières années, la communauté internationale y compris la Chine a accordé une attention considérable à la question des «groupes de personnes vulnérables». Maintenir les droits et intérêts fondamentaux des groupes de personnes vulnérables et rendre la vie des personnes vulnérables plus digne est devenu un appel commun à la population mondiale.

Veiller à protéger les droits et intérêts légitimes des personnes vulnérables dans les domaines politique, économique, juridique, éducatif, médical et autres, afin de leur permettre d'améliorer globalement leurs conditions de vie. Leurs droits sociaux, leur potentiel et leurs opportunités de développement sont autant de paramètres permettant de résoudre efficacement les problèmes rencontrés par ces groupes de personnes vulnérables et qu'il est devenu primordial de considérer. Les États en ont d'ailleurs fait une question prioritaire au niveau national et international.

I Le concept des groupes de personnes vulnérables

Les universitaires nous donnent plusieurs définitions et formulations pour décrire le concept évoqué lorsque l'on nomme ces ensembles: groupes vulnérables, groupes marginaux, groupes socialement faibles, etc. Suivant l'angle de vue que l'on prend, qu'il soit politique, juridique ou sociologique, de la considération que l'on porte en fonction du statut social, des besoins vitaux ou légitimes, du comportement individuel ou de l'influence sociale future, les connotations conceptuelles concernant les personnes vulnérables prendront des couleurs aussi différentes que nuancées.

Du point de vue économique, le groupe des personnes vulnérables désigne principalement les citadins, mais aussi les ruraux, exclus du processus de développement social et économique, tous ces citoyens qui ne peuvent pas totalement bénéficier des fruits de cette évolution et vivent même, parfois ou souvent, dans une situation particulièrement difficile ou précaire.

Du point de vue politique et juridique, le groupe des personnes vulnérables est constitué de toutes ces personnes défavorisées quant à la sauvegarde de leurs droits et intérêts légitimes.

Et du point de vue du statut social et de la situation particulière dans la Société, le groupe des personnes vulnérables englobe ces groupes formés d'individus en position dit «de faiblesse» en termes de pouvoir (économique, d'achat, d'influence, etc) et de droits comme nous venons de le voir, mais aussi et surtout d'opportunités de développement et d'amélioration de conditions de vie matérielle[1] et psychique.

Le groupe des personnes vulnérables est bien souvent constitué par des individus en position de faiblesse dont les caractéristiques sont aussi bien personnelles qu'environnementales. C'est ainsi que l'on en vient à devoir déterminer les facteurs physiologiques, environnementaux naturels ou arbitraires, les facteurs sociaux et familiaux, sans oublier certaines forces coercitives externes qui les conduisent à se retrouver dans une position particulièrement fragilisée.

Pour résumer, le groupe des personnes vulnérables fait généralement référence à des personnes dont les conditions économiques, le pouvoir d'influencer la politique au niveau local, le statut social et la capacité à endurer une certaine compétitivité sociale qui impose des performances individuelles, sont défavorisés pour des raisons autant subjectives qu'objectives. Il s'agit en l'occurrence des personnes âgées, des handicapées et pour bon nombre aussi des mineurs, des femmes, ou encore des personnes ne percevant qu'une subvention minimale ou mises à pied, atteintes par le chômage, etc.

Le groupe des personnes vulnérables est un ensemble constitué de membres défavorisés en marge de la société. Des raisons physiologiques, des facteurs émanant de l'environnement naturel ou artificiel, la discrimination sociale plus ou moins volontaire, une sécurité sociale souvent insuffisante, des ressources aléatoires ou déséquilibrées et une concurrence parfois féroce sur le marché du travail sont autant de causes profondes de l'émergence de ces groupes de personnes dites vulnérables. Faire appel à la responsabilité de tout un chacun principalement par le biais du gouvernement lui-même, poursuivre et établir une série d'arrangements aussi bien institutionnels que civils et mobiliser tout pouvoir de la société pour une synthèse de gouvernance globale sont autant d'actions qui permettent de résoudre efficacement ce problème social émergeant.

II Statut actuel des groupes de personnes vulnérables

Avec l'amélioration constante du système économique chinois, la transformation et l'évolution sociale, l'avancement de l'urbanisation, l'intégration économique et politique du pays dans la communauté internationale et le renforcement des liens d'ouverture vers le monde extérieur, le produit national brut de la Chine a affiché une croissance soutenue pendant de nombreuses années. En même temps, le fossésocial isolant les personnes vulnérables n'a cessé de s'élargir et la pression due à une concurrence sociale assez nouvelle s'est aussi accrue. Selon les études faites à ce propos, le nombre de personnes estimées vulnérables est en croissance constante, au niveau mondial tout comme en Chine, au point parfois d'atteindre un niveau plutôt préoccupant pour ne pas dire alarmant.

Les personnes âgées et les mineurs, sont principalement dans une situation notablement difficile. Elles ont souvent perdu ou n'ont pas encore leur capacité de travail. Elles sont souvent privées de source de revenu, aucune personne ne les prenant à charge, elles se retrouvent isolées, ce sont des groupes physiquement et psychiquement vulnérables. Elles constituent le centre traditionnel de l'attention et des aides du département des affaires civiles en Chine qui s'est toujours attaché à considérer cette partie la plus pauvre ou démunie des groupes de personnes vulnérables qui a le plus besoin d'être protégée.

Les personnes handicapées constituent un groupe particulier de la société, elles sont aussi soumises à une forte pression dû à un stress de vie voire de survie, à une situation économiquement difficile et à une faible capacité de résistance aux risques divers qui peuvent les menacer. Outre les frais de subsistance de base tels que la nourriture et les vêtements, elles doivent également faire face aux dépenses supplémentaires liées à la vieillesse, aux soins médicaux plus nombreux, à l'éducation souvent manquante et autres défauts d'assurances par exemple.

Les sans-emploi, les licenciés et les chômeurs souvent non-indemnisés, les travailleurs à faible revenu et les préretraités font souvent partie de la catégorie d'âge supérieure, ayant un niveau d'instruction souvent bien plus faible, un savoir technologique moderne très restreint, une compétence d'emploi bien modeste et une compétitivité sociale médiocre. Ne possédant qu'une base sécuritaire minimale, ces gens, désireux de trouver un emploi, acquièrent difficilement, au niveau psychologique, ce sentiment de confiance en eux nécessaire à tout un chacun et ce respect, aussi individuel que social, qui leur fera souvent défaut.

Il existe également d'autres groupes de personnes vulnérables: ce sont ceux des personnes incapables de se protéger des inondations, des sécheresses et de diverses catastrophes naturelles ou accidentelles. Pour ces groupes aussi, il est important de rester soucieux de subvenir à leurs besoins essentiels, de veiller aux garanties alimentaires de base, tout comme à la sécuritéla plus élémentaire et à l'assurance médicale au moins minimum.

Les personnes vulnérables sont souvent défavorisés du point de vue physique, affaiblis aussi quant à leur capacité intellectuelle et à leur chance de saisir les opportunités qui pourraient se présenter. Comme chacun, ils ont besoin de nourriture, de vêtements, de logement, d'éducation, de soins de santé, d'emploi, de sécurité, d'interaction ou d'intégration sociales.

Un éveil, par une prise de conscience politique et humaine, fait son apparition face à ces problèmes de soutien concernant les personnes âgées, ou ceux touchant à l'éducation des enfants, ou encore les soins médicaux pour les personnes handicapées, ou encore tous ces problèmes d'emploi que subissent les chômeurs et les désœuvrés, sans compter les problèmes de survie de ces personnes déplacées suite à un désastre tel qu'un tremblement de terre, un glissement de terrain, une pollution accrue, etc. L'amélioration du statu quo des groupes sociaux de personnes vulnérables constitue une tâche actuelle importante du gouvernement afin de poursuivre le développement social, l'amélioration des moyens de subsistance de la population et la réalisation de l'équité et de la justice.

SOUS-THÈME II

Recherche juridique à propos des personnes vulnérables sous l'angle du domaine notarial

Le notariat est avant tout un système juridique de prévention mis en place par l'État afin d'assurer la bonne application de la loi, de stabiliser l'ordre économique et social, de prévenir au mieux les litiges, de réduire à leur minimum les contentieux et de protéger les droits et intérêts légitimes des citoyens, personnes morales et autres organisations. Le notariat compose par ces faits et prérogatives une partie importante du système judiciaire chinois. L'office notarial est une institution juridique créée par l'État spécialement pour exercer le pouvoir de notarisation conformément à la loi et recevoir les actes notariaux au nom de l'État.

I Aperçu du notariat chinois

La notarisation est l'activité des offices notariaux qui, à la demande de personnes physiques, personnes morales ou autres organisations, attestent conformément aux procédures légales, l'authenticité et la légalité d'actes juridiques civils, de faits et de documents ayant une portée juridique[2]. Le notariat chinois est un système importé, échafaudé sur l'exemple d'autres notariats ayant fait leur preuve dans d'autres pays, et qui existe depuis plus de 100 ans en Chine. La loi sur le commerce, promulguée en 1904, stipule que le statut des sociétés doit être authentifié par notaire[3]. Il s'agit de la disposition législative la plus ancienne évoquant le notariat en droit chinois. Le 30 juillet 1935, la Chine a promulgué le Règlement provisoire sur le notariat, et a adopté en mars 1942 la Loi sur le notariat.

Le notariat a été supprimé en Chine en 1958 et rebâtit à la fin des années 1970. Le Règlement provisoire sur le notariat de la République populaire de Chine, promulgué en 1982, était le principal fondement juridique des activités notariales avant la promulgation de la Loi sur le notariat en 2005. Le 28 octobre 2005, la Loi sur le notariat a été officiellement promulguée, établissant ainsi le cadre juridique du fondement du notariat chinois. Par la suite, le Ministère de la Justice a successivement publié le Règlement relatif à la procédure des activités notariales, les Mesures relatives à l'administration des activités des offices notariaux ainsi que les Mesures relatives à l'administration des activités des notaires. C'est alors que le notariat chinois est entré dans une nouvelle ère de développement rapide[4].

En 2012, le «Douzième plan quinquennal pour le développement du secteur des services» publié par le Conseil des Affaires d'État (gouvernement central) indiquait: «Nous devons développer vigoureusement le secteur des services juridiques avec les professions d'avocats et de notaires pour pilier, augmenter régulièrement le nombre d'avocats et de notaires et améliorer la compétence globale de ceux-ci».

En Chine, l'office notarial est une institution agréée par le Ministère de la Justice, et dotée d'un statut juridique indépendant. Cette institution a pour vocation de traiter les actes notariaux et les affaires juridiques connexes. Les activités des offices notariaux chinois consistent principalement à:

1. Authentifier des actes juridiques civils, tels que le contrat, le mandat, le testament, le don, le partage des biens, l'adoption d'enfants, etc.;

2. Authentifier les faits ayant une portée juridique, tels que naissance, décès, mariage, divorce, parenté, identité, éducation, expérience de travail, etc.;

3. Authentifier tout autre document pouvant avoir une portée juridique;

4. Conférer la force exécutoire aux instruments de dette, tels que diverses conventions de remboursement, contrat de prêt, contrat hypothécaire, contrat de garantie etc.;

5. Fournir des services auxiliaires, tels que la conservation des preuves, des testaments ou autres documents, la rédaction des actes etc.;

6. Dans la pratique, les activités notariales incluent également le dépôt notarial, le contrôle des loteries, etc.

En 2018, les notaires chinois ont traité 13,373 millions d'actes notariés, pour un chiffre d'affaire global de 6,45 milliards de yuans (soit, environ 848 millions d'euros), et on compte à l'heure actuelle dans le pays 2956 offices notariaux et 13 335 notaires assistés de 12 660 collaborateurs.

Pour désengorger les tribunaux, qui sont de plus en plus sollicités et, donc, menacent d'être encombrés et surchargés au risque de ralentir une machine déjà réputée lente, les notaires chinois participent activement aux affaires et fonctions dites «d'auxiliaires judiciaires»auprès des Juges. A l'heure actuelle, 208 offices notariaux coopèrent avec les tribunaux et ont traité en 2018 plus de 580 000 affaires auxiliaires judiciaires, ce qui a permis de réduire les coûts de procédures judiciaires et de rendre une justice plus efficace par sa rapidité pour les citoyens.

De plus, en 2018 les notaires chinois ont fourni plus de 300 000 services juridiques d'assistance sociale pour les citoyens en difficulté.

Le notariat est un élément important du système judiciaire national, comme nous l'avons vu, il est un «pilier» principal et, de ce fait, il a pour rôle de prévenir les différends et de réduire les litiges, tout en garantissant la sécurité des transactions ainsi que leur équité, assurant ainsi un esprit de la justice dans la société. Le notariat chinois s'est constamment développé, parallèlement à l'amélioration continue «du système de l'économie socialiste de marché», et il ne cessera de se développer en fonction des besoins légitimes diverses d'une Société en pleine expansion et d'une mondialisation aussi périlleuse que salutaire: assurer l'individu dans toute sa légitimité dans une société prévoyante et humanisante, voici le rôle principal de la charge du notariat.

II Recherche juridique à propos des personnes dites vulnérables dans le domaine notarial

D'un point de vue juridique, la «vulnérabilité» des personnes concerne principalement celle de leurs droits. Ces droits veillent essentiellement aux intérêts de chacun, comme de tous, et c'est ce que va définir la loi, de sorte que la loi a, sur ce point, une responsabilité intrinsèque absolue. Depuis la Réforme et l'Ouverture de la Chine, le pays a déployé de nombreux efforts en matière de protection juridique des personnes vulnérables, instauré des lois et des réglementations couvrant la protection de ces groupes de personnes vulnérables, et élaboré des lois dites spécialisées pour ce but.

Les lois directement liées à la protection des droits et intérêts légitimes des groupes de personnes vulnérables comprennent en un premier lieu la Partie générale du Code civil, puis de façon corollaire la Loi sur le mariage, la Loi sur les successions, la Loi sur la protection des droits et des intérêts des femmes, la Loi sur la protection des droits des personnes âgées, la Loi sur la protection des personnes handicapées et la Loi sur la protection des mineurs. Sont concernées aussi la Loi sur les sociétés, la Loi sur les assurances, la Loi sur les investissements étrangers, la Loi sur les sociétés associées, la Loi sur la faillite des entreprises, etc. Ces lois ont rendu possible une certaine égalité des droits, veillant à une sécurité sociale spécifique, une protection juridique, des secours tout particuliers envers des groupes représentatifs et typiques tels que ceux des personnes vulnérables comme celui des femmes, des mineurs, des personnes âgées et des handicapés.

Quels sont les problèmes juridiques les plus concernés, les plus directs et les plus réels concernant le groupe des personnes vulnérables? En fait, il s'agit de problèmes étroitement liés àla vie quotidienne comme, par exemple, les soins médicaux, les assurances, l'assistance, l'éducation des enfants et leurs moyens de subsistance, le soutien aux vieillards àtous égards, le mariage, la succession, la tutelle, etc. Il va de soi que ces problèmes juridiques évoqués augmentent au fur et à mesure du développement de la société et du progrès inévitable qui l'accompagne.

Le notariat est un système juridique établi afin d'assurer la prévention de tout litige et de réduire à son maximum tout risque de procès judiciaire. C'est ainsi que le notaire fournit au citoyen un service juridique d'importance sur des bases qui se doivent être dignes de confiance. Les tâches et missions du notaire incluent le mariage, l'adoption, le testament, l'héritage, la pension alimentaire, la tutelle, le travail, le partage des biens, etc. Ceci inclue aussi la fourniture de services juridiques les plus élémentaires et nécessaires apportés aux personnes vulnérables, veillant ainsi à protéger efficacement leurs droits de la personne autant que leurs droits à la propriété.

Les services juridiques du notaire, pour les personnes vulnérables, reposent sur la crédibilité publique typique du notariat, et c'est pour cela que les offices notariaux intègrent les forces sociales pertinentes pour mener à bien les travaux suivants:

1) Sur la base des actes notariés de succession, de testament, de tutelle et d'autres actes notariés et des affaires connexes, le notaire conçoit un plan de services notariaux personnalisés pour les différents besoins des personnes âgées, tels que la désignation du tuteur, le choix des institutions de retraite, la rédaction et l'exécution du testament, le partage du patrimoine, les donations aux intérêts publics, les médiations notariales des litiges, etc. En résumé, le notaire participe à tous les services juridiques auxquels peuvent faire appel les personnes âgées, afin de résoudre de façon optimum toute problématique et afin de laisser espérer une fin de vie sereine, voire heureuse, à chacun d'entre eux.

2) L'établissement, la conservation, l'exécution des testaments, le notaire est impliqué dans tout le processus d'héritage de la fortune familiale, garantissant entre autres les droits et intérêts légitimes des personnes âgées, des majeurs incapables, des handicapé et des mineurs en particulier.

3) En 2017, la Partie générale du Code civil a établi le régime de tutelle conventionnelle pour tous les majeurs. C'est ainsi que son article 33 stipule que: 《Le majeur, étant doté de sa pleine capacité juridique, peut négocier d'avance, avec ses proches parents ou avec d'autres personnes ou organisations ayant une relation intime avec lui et acceptant d'assumer le rôle de tuteur, pour désigner son futur tuteur par écrit. Le tuteur déterminé par cette voie dite «de négociation» accomplira les tâches de tutelle s'il advenait que le majeur concerné perde partiellement ou totalement sa propre capacité juridique.》 Le notaire est la clé principale dans la mise en œuvre du régime de tutelle conventionnelle.

4) Le dépôt notarial est aussi une activité importante du notariat, qui peut résoudre les problèmes éventuels de confiance entre les parties et/ou de simple surveillance des fonds. L'office notarial coopère avec la banque pour créer un compte spécial de dépôt notarial, et les fonds de ce compte se verront strictement contrôlés par l'étude même. Chaque partie peut déposer des fonds sur le compte de dépôt notarial conformément à l'accord conclu entre elles ou aux dispositions de la loi, ou selon les exigences recommandées par le notaire, ce dernier surveillera le paiement en suivant les modalités prescrites dans le contrat ou les dispositions de la loi. Le dépôt notarial est un outil juridique puissant permettant d'assurer la protection des personnes vulnérables telles que les personnes âgées, les majeurs incapables et les mineurs quant à l'utilisation légale de leur trésorerie dans divers contextes.

5) Au cours de ces dernières années, les notaires ont activement participé aux «affaires auxiliaires de justice» des tribunaux, telles que principalement la médiation, la collecte de preuves, la signification d'actes judiciaires, la saisie conservatoire des biens et l'exécution, dont beaucoup impliquent la protection des personnes vulnérables.

6) Pour rendre les services du notaire plus accessibles aux citoyens, les notaires interviennent publiquement dans les «communautés urbaines» (les quartiers de résidence), pour y tenir des conférences et y organiser des rencontres ou y effectuer des consultations souvent à titre gratuit. Les communautés urbaines sont des entités sociales équivalant à une «Maison du Peuple» de quartier ou de zone urbaine, ce sont des lieux importants où les notaires peuvent servir de près les personnes vulnérables qui ont généralement quelques difficultés à se rendre dans une étude. Ce sont des endroits sociaux privilégiés où de nombreuses questions juridiques telles que le soutien aux vieillards, la tutelle conventionnelle, l'héritage, le mariage et la famille, etc. peuvent être librement traités d'autant qu'elles sont étroitement liées aux personnes vulnérables et qu'elles nécessitent l'aide ou l'entremise d'un notaire.

Le notariat est un mécanisme de maintien de la paix sociale. Il est un élément important, voire irremplaçable, du système judiciaire qui garantit la sécuritécivile. En tant que système juridique garantissant une prévention des litiges, le notariat préserve d'emblée l'équité dans les transactions du marché et la justice dans tous les cas de figure que présente la société. En Chine, parmi les professionnels du droit, on peut sans hésitation dire que les notaires sont les prestataires de services juridiques qui sont les plus proches de ces personnes vulnérables. Ce sont des experts du droit civil, gardiens d'une certaine paix familiale et acteur d'une harmonie sociale de par leur expérience et leur soucis d'équité.

SOUS-THÈME III

La valeur du notariat dans la protection juridique des personnes vulnérables

En Chine, la notarisation est l'activité des offices notariaux qui, à la demande de personnes physiques, morales ou organisations, attestent, conformément aux procédures légales, l'authenticité et la légalité des actes juridiques en matière civile, ainsi que ceux des faits et documents ayant une portée juridique[5] . Le notariat fait partie intégrante du système judiciaire de l'État et constitue un moyen juridique permettant àl'État de prévenir les différends, de maintenir l'ordre juridique et de sauvegarder la paix sociale.

Les services du notaire apparaissent dans tous les aspects de la vie sociale. Ils jouent un rôle important principalement lorsqu'il s'agit de prévenir les risques et d'assurer en amont la protection juridique des personnes vulnérables et la garantie de l'équité et de la justice sociales.

I Les avantages du notaire dans la protection juridique des personnes vulnérables

Le professionnalisme juridique du notaire se combine avec la crédibilité publique, cela peut refléter au mieux la fonction du service public du notariat pour tous les citoyens, en leur fournissant un service juridique complet, à tous niveaux et dans bien des domaines majeurs.

1. Le notaire est un expert en droit civil

En Chine, le notaire est une personne qui remplit les conditions de la Loi sur le notariat, obtient le Permis d'Exercer la charge de Notaire au moyen d'une procédure de nomination statutaire, et exerce les activités notariales dans une étude. Avant d'être nommé par le Ministre de la Justice, le notaire doit avoir au moins la licence en droit (4 ans d'études universitaires), puis il doit réussir l'Examen national de qualification professionnelle en droit, c'est ensuite qu'il doit faire au moins 2 ans de stage dans une étude notariale. Un notaire, se doit d'être un expert en droit civil dont les services concernent un large éventail de domaines tels que ceux de la famille, du mariage, du patrimoine et touche aussi les principaux aspects juridiques des entreprises. Le notaire doit donc posséder les connaissances juridiques professionnelles nécessaires et extrêmement diversifiées, ainsi qu'une riche expérience dans la pratique concernant chacun des domaines concernés. C'est ainsi que le notaire doit et peut fournir des services juridiques de grande qualité et se montrer efficace lorsqu'il s'agit d'intervenir auprès des personnes vulnérables.

2. Le notariat est doté d'une crédibilité publique exceptionnelle

La crédibilité publique est l'âme et fondement du notariat, ayant deux niveaux de signification, dont l'un dans le système du notariat lui-même, c'est-à-dire si la conception et le fonctionnement du système de notariat suivent le principe d'équité et de justice et si le notaire peut assumer les reponsabilités de ses activités notariales de son propre chef; l'autre consiste à déterminer si les activités notariales ainsi que les résultats peuvent gagner la confiance du public[6].

Dans le contexte de la gouvernance du pays en vertu de la loi, la société et les citoyens n'ont jamais étéaussi dépendants du notariat. L'influence sociale du notariat devient, de par les faits, de plus en plus grande et la confiance du public, qui devient de plus en plus averti de cette profession, est envers ce système de plus en plus forte et prononcée. Cela a amené davantage de personnes vulnérables à choisir de consulter un notaire et de lui prêter toute leur confiance.

En outre, en ce qui concerne les nombreuses questions juridiques impliquant les personnes vulnérables, l'intervention du notaire, en tant que tiers de confiance, est absolument essentielle, tel est le cas, par exemple, lors du contrôle des pensions alimentaires, de la gestion des biens des personnes incapables, de l'exécution testamentaire ou du partage lors d'un héritage. En effet, dans chacun de ces cas de figure, l'intervention d'une tierce partie de confiance s'avère nécessaire pour assurer la protection des droits de la personne et des droits de propriété des personnes vulnérables à plus forte raison. Cette confiance se base autant sur les capacités et connaissances juridiques, associées à une expérience partagées au niveau corporatif national ou international, et à une éthique rigoureuse propre à la profession.

3. La notarisation bénéficie d'un avantage de ressource unique

En 2014, l'Association des notaires de Chine a mis en ligne «la Plate-forme nationale de registre et de recherche des testaments notariés», oùsont inscrits plus d'un million de testaments notariés reçus par les notaires depuis 1980. Cette Plate-forme est non seulement la première base de données des testaments au niveau national en Chine, mais aussi la plus grande au monde en ce qui concerne les testaments notariés. En prenant comme point de départ cette plate-forme de registre de testaments, le notariat chinois envisage et entreprend de construire une plate-forme beaucoup plus large, incorporant progressivement des informations notariales telles que l'enregistrement d'hypothèque, le dépôt notarial, le contrat de dette doté de force exécutoire et l'acte d'exécution, etc. L'ère de l'informatique et de l'internationalisation offre à la profession l'opportunité d'offrir des services juridiques plus systématisés et complets, permettant une intégration en ligne et hors ligne, garantissant ainsi une plus grande sécurité d'information et de corrélation tout en fluidifiant les mécanismes au point d'assurer une certaine célérité qui sera fort appréciée.

4. La notariat et l'avantage de communication-coordination de diverses ressources sociales et départementales

La résolution des problèmes sociaux liés aux personnes vulnérables est un travail systématique, qui ne peut être réalisé par le gouvernement seul ou par un département institutionnel. Face aux divers problèmes présentés par les différents groupes de personnes vulnérables, il est nécessaire d'établir d'emblée un bon mécanisme de coordination et de communication entre les différents départements.

Le notaire s'appuie sur ses propres services juridiques internes à la profession, où sont concernés les familles comme les entreprises elles-mêmes, et l'un de ces services est constitué par la collecte de nombreuses ressources rassemblées sur une même plate-forme. Sur la base de la responsabilité sociale, le notaire renforce la coopération avec les banques, les sociétés fiduciaires, les maisons de retraite, les centres de protection sociale et les organismes de services pour personnes handicapées,

intègre ces ressources et utilise un mécanisme de communication permettant de relier diverses ressources sociales, établissant et améliorant ces plates-formes par des mécanismes pertinents pour assurer l'efficacité des services juridiques dans leur précision et leur rapidité.

Afin de protéger les droits et les intérêts des personnes vulnérables et de leur fournir des services de proximitéqui soient aussi plus facilement accessibles, le notariat chinois s'est efforcé de consolider la coopération avec divers départements administratifs, sociaux ou économiques et a cherché à optimiser les processus même de ces services. Pour atteindre ce but, les notaires travaillent d'arrache-pied pour réaliser l'interopérabilité et le partage d'informations avec les organes gouvernementaux, comme l'évoque si bien un slogan du notariat chinois: «Plus les informations courent, moins les citoyens courent!»

5. Les notaires ont renforcé la recherche et l'application des nouvelles techniques dans le notariat

D'un point de vue technique, afin de rendre aux citoyens un service plus efficace, plus sécurisé et plus accessible, le notariat chinois s'efforce de coopérer avec des entreprises qui maîtrisent les nouvelles techniques informatiques telles que celle du Big Data. Il s'agit en effet de soulever bien des barrières qu'elles soient techniques ou concernent la fourniture de données. Il faut mettre en place des méthodes de signature électronique, de vidéoconférence, de réaliser en ligne des demandes d'actes divers et d'en assurer la réception. Le but principal recherché est que les clients, faisant appel aux services d'un office notarial, puissent être satisfaits sans même devoir sortir de leur maison ou de leur bureau. Cela contribuerait non seulement àréduire le coût imposé à la clientèle ou à l'État, mais permettrait surtout à bien des personnes vulnérables de ne plus avoir à se déplacer, d'autant plus qu'elles ont généralement des difficultés de mobilité par exemple. Il va de soi que le temps ainsi gagné quant à la recherche des documents, la réception des données qui ne seraient plus tributaires d'envois postaux, l'exactitude des sources et ressources qui ne subiraient plus les risques de retranscriptions multiples et manuscrites. Tout ceci représente autant d'économie d'énergie humaine et se répercutera sur l'économie globale des études offrant ainsi des services tout à fait abordables aux personnes défavorisées en particulier.

II La valeur du notariat dans la protection juridique des groupes de personnes vulnérables

Protéger les droits et les intérêts des personnes vulnérables et leur fournir toujours plus de meilleurs services juridiques, c'est l'objectif du travail assidu des offices notariaux de lors de ces dernières années, et c'est également un élément important de toute la valeur du notariat lui-même qui est en jeu.

1. Ce qui est propice à la valorisation de la profession de notaire

Le notaire a pour devoir de prévenir les conflits et de protéger les droits civils des citoyens, il est le rédacteur des actes, le conseiller juridique privilégié, le garant de la sécurité lors des transactions de tout ordre, en somme «le gardien de la paix familiale et sociale». La valeur juridique d'un notaire ne peut être incarnée et réalisée qu'à travers des valeurs sociales fondamentales. La protection juridique des personnes, et tout particulièrement des personnes vulnérables, est une tâche et une condition fondamentale pour réaliser sa propre valeur maximisée.

Le testaments, la succession, l'adoption, le contrat de régime matrimonial, le dépôt notarial et autres activités traditionnelles du notaire, ainsi que les services notariaux relativement récents, tels que la tutelle conventionnelle, la tutelle testamentaire, la fiducie testamentaire, sont tous étroitement liés aux intérêts parfois vitaux des personnes vulnérables. On peut dire que dans les affaires juridiques non contentieuses, le notaire s'avère être, en tout état de cause, le meilleur choix pour protéger les droits des personnes vulnéra-

bles, c'est pour cela aussi que l'État lui a confié cette mission et cette responsabilité, faisant de lui l'intermédiaire et l'interlocuteur privilégié.

2. Faits propices en faveur d'un meilleur système de gouvernance sociale

Avec l'évolution de la « conscience des droits » et de la «conscience juridique » que les citoyens connaissent à l'heure actuelle, des éventuels problèmes ou conflits sociaux liés aux personnes vulnérables surgissent fréquemment. L'édification et la consolidation d'une société toujours nouvelle, sur des bases pourtant anciennes qu'il s'agit de respecter tout à la fois, sont un challenge pour le notariat d'autant plus motivant qu'ils raffermissent et assurent la paix tout comme la stabilité sociale.

Le notaire sert le système de services publics de base en veillant à préserver les intérêts fondamentaux de la grande majorité de la population, promeut l'amélioration de la gouvernance sociale et favorise la construction d'une société harmonieuse.

Le notaire peut non seulement renforcer l'assistance fournie aux personnes vulnérables par le biais de conseils juridiques, d'aide juridique gratuit, etc., mais aussi protéger les droits et intérêts légitimes de tout un chacun, y compris à fortiori des personnes vulnérables, par des activités notariales concrètes et souvent délicates telles que les testaments, les successions, l'adoption et la tutelle conventionnelle, ainsi que par la médiation notariale des conflits familiaux, par les services de proximité dans les communautés urbaines et rurales.

Le rôle du notaire dans la gouvernance sociale est plus qu'évident: il a réduit les dangers souvent cachés ou trop ignorés de maints conflits sociaux, et maintenu cette stabilité sociale sans laquelle nul progrès à moyen et long terme n'est possible, pour assurer le bonheur d'un peuple.

3. Faits et actes propices à la préservation de l'équité et de la justice dans la société ainsi que des droits et intérêts légitimes des citoyens la constituant

Pour parvenir à la stabilité et à la prospérité du pays, ainsi qu'à l'équité et à la justice dans la société, nous devons prêter une attention toute particulière à un développement inclusif profitant à tous les citoyens. Se préoccuper des personnes vulnérables et fragilisées est le devoir, voire même l'obligation première, de tout notaire car qui d'autre le ferait avec autant de capacités s'il ne le faisait lui-même ? Avec l'évolution sociale, le développement de l'économie et le renforcement d'une nouvelle conscience juridique, le notariat joue un rôle de plus en plus important dans la vie de tous les jours, économique et juridique et concerne tous les aspects de la société actuelle.

En conclusion, le notariat est un élément clé, voire un pivot incontournable lorsqu'il s'agit de la protection juridique des personnes vulnérables. Aussi fournit-il des services juridiques aussi variés que complets, ce qui contribue non seulement à promouvoir l'édification d'un État de droit, mais aussi à mettre en place un système cohérent de services juridiques à la disposition du public. La nécessité de pouvoir répondre aux besoins naturels et légitimes des différents groupes de personnes vulnérables a imposé l'établissement d'une structure juridique indépendante mais réglementée cependant, comportant des devoirs et des prérogatives uniques.

Cette structure a pour nom le notariat et pour vocation définie par l'État lui-même: répondre aux espoirs légitimes des citoyens en veillant au respect de l'individu et à plus forte raison lorsque celui-ci est défavorisé, fragilisé, mis en marge de la société active, en un mot, fournir équité et justice aux groupes sociaux vulnérables.

SOUS-THÈME IV

Régime de Tutelle Conventionnelle et Notariat chinois

I Introduction

Le 24 décembre 2017, le ministère de la Justice de la République Populaire de Chine a publié, pour la première fois, trois actes notariés de types différents à titre d'exemple, qui sont étroitement liés à la vie de la population. L'un d'eux est un acte notarié de tutelle conventionnelle, marquant ainsi l'intervention formelle du notariat chinois dans la tutelle conventionnelle.

Acte notarié exemplaire n ° 1 publié par le ministère de la Justice de la République Populaire de Chine - acte notarié de tutelle conventionnelle des personnes âgées

Profil de l'affaire:
Monsieur A, habitant le district de Baoshan à Shanghai, âgé de plus de 70 ans et veuf depuis plusieurs dizaines d'années, fut récemment hospitalisé suite à des troubles d'ordre physique. Suite à cela, chacun de ses cinq enfants ayant des avis divergents en ce qui concerne les solutions devant être apportées quant aux traitements et soins médicaux. Les conflits naissent alors au point que, inquiet et se sentant impuissant, M. A, envisageant raisonnablement une possible perte de ses facultés mentales ou perte de conscience, se mit à craindre une dégénération de l'entente familiale face aux futurs problèmes à résoudre.

M.A s'enquit donc de contacter son fils cadet, M. B, et lui proposa de le désigner pour devenir son tuteur s'il advenait une complication par perte partielle ou totale de ses facultés et donc de sa capacité juridique. M. A choisissant M. B eu égard au fait que c'est le fils qui lui prodigue le plus de soins et d'attentions et que c'est celui en qui il a le plus confiance. Ayant entendu dire que les notaires fournissent des services juridiques à cet égard, M. B accompagna son père dans une étude notariale située à proximité de chez eux afin d'y recevoir les conseils avisés d'un spécialiste.

C'est ainsi que, le 12 octobre 2016, Maître LI, notaire dans un office notarial de Shanghai, les reçut. Maître LI, après avoir conversé avec le père M. A, confirma que celui-ci était en pleine capacité et parfaitement conscient. Il considéra donc positivement la proposition de M. A de désigner M. B en tant que son futur tuteur.

Après s'être accordé sur la requête de chacun, Maître LI les conduisit dans un bureau spécialement aménagé où tout le processus allait être filmé.

En préliminaire, le notaire a tout d'abord bien informé chacune des parties de la signification et des effets juridiques de ce que peut être une tutelle conventionnelle.

Monsieur A y a clairement exprimé son souhait de désigner son fils, M. B, en tant que son futur tuteur pour le jour où il adviendrait qu'il soit en incapacité partielle ou totale.

Le notaire a également informé M. B des responsabilités qui lui incombent dans un tel cas. Ce à quoi M. B a clairement approuvé et exprimé sa volonté d'assumer la responsabilité tutorale concernant tout particulièrement les soins futurs à apporter à son père, les traitements médicaux à venir, la gestion du patrimoine, la résolution de tout litige possible en ce qui concerne la défense des droits du protégé, y compris lors du décès et des funérailles de son père.

Par la suite, le notaire a informé les deux parties des exigences d'entrée en vigueur de la tutelle conventionnelle, de l'étendue des devoirs du tuteur, des questions spécifiques relatives à la tutelle et du retrait de la tutelle. Le notaire a en outre informé M. A qu'il pouvait, avant la perte partielle ou totale de sa capacité juridique, révoquer unilatéralement le contrat de tutelle de manière notariée et que le notaire serait responsable de le signifier à M. B, et que dans ce cas-là, M. A serait sous tutelle légale s'il perdrait alors un jour sa capacité.

Le notaire a également indiqué à M. A que l'entière confidentialité du contrat établi entre les deux parties est garantie par l'étude notariale. Il faut cependant souligner que, lorsque la tutelle conventionnelle prend

effet, d'autres personnes éligibles comme tuteur légal peuvent demander au notaire de leur fournir toutes informations concernant les droits et devoirs ainsi que les pouvoirs accordés et convenus dans le dit contrat.

Finalement, messieurs A et B s'étant accordés sur le contenu du contrat de tutelle conventionnelle, le notaire Maître LI réexamine le contenu du contrat puis les deux parties signèrent et paraphèrent sur-le-champ. Monsieur A et monsieur B détiennent chacun un exemplaire de cet acte notarié. Le jour de la délivrance de l'acte même, Maître LI transfère électroniquement le contrat de tutelle conventionnelle sur le Système national électronique d'administration du notariat chinois pour enregistrement.

ANALYSE ET COMMENTAIRES

1. LOIS CONCERNÉES

A. Article 33 de la Partie générale du Code civil de la République Populaire de Chine: Le majeur, étant doté de sa pleine capacité juridique, peut négocier d'avance, avec ses proches parents ou avec d'autres personnes ou organisations ayant une relation intime avec lui et acceptant d'assumer le rôle de tuteur, pour désigner son futur tuteur par écrit. Le tuteur déterminé par cette voie dite «de négociation» accomplira les tâches de tutelle s'il advenait que le majeur concerné perde partiellement ou totalement sa propre capacité juridique.

B. Article 26 de la Loi sur la protection des droits des personnes âgées de la République Populaire de Chine: La personne âgée, étant dotée de sa pleine capacité juridique, peut négocier avec ses proches parents ou avec d'autres personnes ou organisations ayant des relations assez proches avec lui-même et acceptant d'assumer les devoirs de tutelle, pour désigner son futur tuteur. Le tuteur désigné assumera les devoirs légaux de tutelle s'il advenait que la personne âgée perde totalement ou partiellement sa capacité juridique. Si la personne âgée ne désigne pas d'elle-même et d'avance le tuteur et si elle perd totalement ou partiellement sa capacité juridique, le tuteur sera déterminé conformément aux dispositions des lois applicables.

C. Article 11 de la Loi sur le notariat de la République Populaire de Chine: Selon la demande des personnes physiques, personnes morales ou autres organisations, l'office notarial reçoit les actes suivants:

(1) contrat;
(2) héritage;
(3) mandat, déclaration, donation et testament;
(4) partage des biens;
(5) adjudication, vente aux enchères;
(6) état matrimonial, lien de parenté et adoption;
(7) naissance, survie, décès, identité, expérience de travail, niveau d'éducation, poste d'emploi, titre de profession et casier judiciaire (vierge).
(8) statuts d'entreprise;
(9) conservation des preuves;
(10) la signature, le sceau, la date; la conformité de la copie ou photocopie de l'instrument à l'original.
(11) autres actes que les personnes physiques, personnes morales ou d'autres organisations demandent volontairement.

Lorsque les lois et les règlements administratifs stipulent que les actes doivent être authentifiés par notaire, les personnes physiques, personnes morales ou autres organisations concernées s'adresseront à un office notarial.

2. POINTS CLÉS POUR LE NOTAIRE

A. La Partie générale du Code civil, et la Loi sur la protection des droits des personnes âgées régissent la tutelle conventionnelle. Selon la loi, les parties peuvent demander au notaire d'authentifier le contrat de tutelle conventionnelle. Les demandeurs de ce service notarial ne peuvent être que la personne établissant sa future tutelle et le tuteur désigné.

B. Le notaire clarifie aux parties la signification, les risques, les conséquences juridiques de la tutelle conventionnelle ainsi que les devoirs du tuteur. Le notaire se doit de vérifier si les parties ont bien la capacité juridique et si la volonté exprimée par chacun est sincère.

C. Le notaire peut rédiger le contrat de tutelle conven-

tionnelle pour ses clients, tout en s'attachant à respecter leur volonté. Le contrat doit expressément stipuler les tâches de la tutelle, les devoirs du tuteur ainsi que les exigences d'entrée en vigueur de la tutelle et solutions à apporter en cas de litiges éventuels.

D. L'office notarial et le notaire ont le devoir de confidentialité et s'engagent à ne pas divulguer le contenu du contrat à un tiers autre que les parties concernées par ce contrat, ceci afin de protéger les droits de chacune des parties notamment de la personne qui établit sa propre tutelle. Lorsque la tutelle est entrée en vigueur, le notaire peut cependant et à la demande des intervenants, divulguer le contenu de l'acte notarié de tutelle conventionnelle à toutes les personnes éligibles au statut de tuteur légal.

E. Après la délivrance de l'acte notarié, l'office notarial, qui reçoit l'acte de tutelle conventionnelle, doit enregistrer celui-ci auprès du Système national électronique d'administration du notariat chinois.

L'importance de la publication d'un exemplaire de l'acte notarié de tutelle conventionnelle

La Chine est entrée dans une «société vieillissante»et il est donc important de prévoir et renforcer la protection des personnes âgées par les voies et services juridiques. La Loi sur la protection des droits des personnes âgées, modifiée en avril 2015, y a introduit, pour la première fois, le régime de tutelle conventionnelle. La Partie générale du Code civil,, entrée en vigueur le 1er octobre 2017, a élargi le champ d'application de cette tutelle conventionnelle à tous les majeurs. L'intervention du notaire contribue à une protection plus efficace des droits et intérêts légitimes des parties.

En Chine, du fait de l'influence des traditions, parler de la vie et de la mort est un sujet délicat voire tabou pour une grande majorité du peuple, la tutelle conventionnelle demeure donc une nouveauté connue et acceptée par peu de personnes encore. Cependant, ces dernières années, plusieurs cas particuliers de célébrités chinoises ont incité de plus en plus de gens à mieux se préoccuper de leur avenir et de leur éventuelle incapacité qui pourrait advenir.

Lors des six mois ayant précédé la mise en œuvre de la Partie générale du Code civil, les notaires chinois avaient déjà, avec précaution, authentifié plusieurs contrats de tutelle conventionnelle. Cette anticipation fut heureuse puisqu'elle permit d'éviter quelques risques, parfois énormes, en ce qui concerne autant la vie que les biens de certains usagers qui s'apprêtaient à suivre des traitements médicinaux ou une opération médicale. Un bon succès en somme pour cette initiative concernant la tutelle conventionnelle.

II Aperçu du régime de tutelle conventionnelle en Chine

1. DÉFINITION DE LA TUTELLE CONVENTIONNELLE

La tutelle est une institution du droit civil, établie pour protéger les droits de la personne, droits de propriété et autres droits légitimes des mineurs ou majeurs en incapacité totale ou partielle. Elle se divise principalement en trois types selon la nature du tuteur: tutelle légale, tutelle désignée et tutelle par mandat.

La tutelle conventionnelle, généralement considérée comme une extension de la tutelle par mandat, signifie spécifiquement la présélection du tuteur par un majeur en pleine capacité juridique pour déterminer l'établissement, le contenu et les modalités de sa future tutelle, donnant ainsi au tuteur le pouvoir de gérer les droits de sa personne, de ses biens ainsi que les autres droits légaux.

Selon l'opinion dominante, les tutelles conventionnelles se distinguent au sens strict comme au sens étendu. La tutelle conventionnelle strictement définie, signifie que le tuteur est pré-désigné par un majeur pour exercer les fonctions de tuteur lorsque le majeur aura perdu totalement ou partiellement sa capacité juridique. La tutelle conventionnelle étendue inclut une tutelle prévue pour autrui, ce qui signifie que le tuteur (d'un enfant mineur ou d'un enfant majeur incapable, par exemple) a le droit de présélectionner, par libre choix, le futur tuteur de la personne mise sous sa propre protection, au moyen d'un testament, d'une convention, d'un mandat, etc.

2. LÉGISLATION CHINOISE SUR LA TUTELLE CONVENTIONNELLE

A. La Loi sur la protection des droits des personnes âgées de la République Populaire de Chine (modifiée de 2012) lance le régime de Tutelle Conventionnelle.

Le 28 décembre 2012, le Comité permanent de l'Assemblée Populaire Nationale a révisé et approuvé la Loi sur la protection des droits des personnes âgées. L'article 26 de cette loi a officiellement instauré le régime de tutelle conventionnelle pour les personnes âgées, réalisant ainsi la première étape d'une réforme législative vers l'instauration de la tutelle conventionnelle des majeurs; c'est un événement majeur d'importance historique sur la réforme de tutelle en Chine. Selon ladite loi, 《La personne âgée, dotée de la pleine capacité juridique, peut négocier avec ses proches parents, ou avec d'autres personnes ou organisations ayant des relations proches avec lui et acceptant d'assumer les devoirs de tutelle, pour désigner son futur tuteur.》

Bien que la Loi sur la protection des droits des personnes âgées ne prévoit qu'une disposition pour la tutelle conventionnelle des personnes âgées, elle constitue une base juridique importante pour la protection des personnes âgées en Chine et prévoit également une réforme de tutelle pour tous les majeurs. C'est une percée pilote permettant de faire avancer l'instauration de tutelle conventionnelle pour tous les majeurs et de suivre étroitement le pas de la réforme mondiale en ce domaine[7].

B. La Partie générale du Code civil de la République Populaire de Chine marque le fait que le régime de tutelle conventionnelle est pratiquement établi en Chine.

Le 15 mars 2017, la cinquième session de la douzième Assemblée Populaire Nationale a adopté la Partie générale du Code civil de la République Populaire de Chine, ce qui a suscité une vive attention de toute la population. L'article 33 de la Partie générale du Code civil, reprend et développe la dispositions du paragraphe 1 de l'article 26 de la Loi sur la protection des droits des personnes âgées et étend le champ d'application du régime de tutelle conventionnelle à tous les majeurs. 《Le majeur, doté de la pleine capacité juridique, peut négocier d'avance avec ses proches parents, ou avec d'autres personnes ou organisations ayant une relation intime avec lui et acceptant d'assumer le rôle de tuteur, pour désigner son futur tuteur par écrit. Le tuteur déterminé par voie dite «de négociation» accomplira les tâches de tutelle lorsque le majeur perdra partiellement ou totalement sa capacité juridique.》 Depuis lors, le régime de tutelle conventionnelle pour tous les majeurs a été officiellement établi en Chine.

3. COMMENTAIRE SUR LE RÉGIME DE TUTELLE CONVENTIONNELLE EN CHINE

Les caractéristiques essentielles du régime de tutelle conventionnelle sont de respecter le pouvoir d'autodétermination de la personne protégée et de protéger efficacement ses droits et ses intérêts par des mesures puissantes telles que les dispositions de la loi.

L'établissement et la mise en œuvre de ce régime sont conformes aux conditions nationales actuelles de la Chine, ce qui permet de réduire les conflits familiaux et sociaux et de favoriser l'harmonie sociale. Cependant, objectivement parlant, le système actuel de tutelle conventionnelle en Chine pose encore quelques problèmes, qui requièrent notre attention.

A. Difficulté pour déterminer l'heure de la prise d'effet de la tutelle

L'article 33 de la Partie générale du Code civil stipule que le tuteur désigné doit commencer ses fonctions de tutelle lorsque la personne protégée est frappée d'incapacité. Le tuteur effectue ses tâches selon le contrat signé par les deux parties, autrement dit, le contrat de tutelle conventionnelle est fondé sur le principe de l'inaptitude de la personne protégée, mais cela peut poser certains problèmes.

Tout d'abord, avec l'âge, la capacité cognitive et le discernement des gens vont inévitablement décliner progressivement, et cette détérioration suit souvent un

processus graduel. Il est difficile de déterminer avec précision l'heure exacte où les personnes âgées perdent partiellement ou totalement leur capacité juridique. En plus, leur incapacité est susceptible d'être fluctuante, cela rend encore plus difficile de déterminer quand les personnes âgées sont devenues totalement ou partiellement incapable.

Deuxièmement, cette disposition exclut les personnes âgées qui sont encore capables, mais dont la mobilité est limitée et qui devrait être prises en charge par ce régime. Ces personnes âgées font précisément le plus grand groupe des personnes vulnérables qui ont besoin de protection, mais elles sont actuellement exclues par l'article 33 de la Partie générale du Code civil. Tout cela constitue un obstacle pour le régime de tutelle conventionnelle pour qu'il puisse jouer le rôle plus important qu'il devrait avoir.

Enfin, bien que l'article 33 de la Partie générale du Code civil a créé le régime de tutelle conventionnelle, l'énoncé de ce nouveau système juridique dans l'article 33 n'est pas encore complet: la Partie générale du Code civil, ne contient pas de dispositions précises sur des détails importants, par exemple les conditions sur l'établissement du contrat, le commencement de la tutelle, ainsi que les devoirs du tuteur. Selon le principe du droit des contrats, les parties concernées par le contrat ainsi que les droits et obligations entre ces parties sont les paramètres nécessaires et «sine qua non» à la prise d'effet du contrat. Même si un contrat dépourvu de certains éléments nécessaires pourrait toujours être établi et rester valide, il peut néanmoins engendrer des risques et conflits lors de sa mise en pratique. Cependant, les dispositions de l'article 33 de la Partie générale du Code civil font précisément défaut, ce qui constitue une lacune majeure de l'actuel régime de tutelle conventionnelle en Chine.

B. Absence d'un mécanisme parfait de surveillance

L'article 36 de la Partie générale du Code civil, dispose que «si les comportements du tuteur entraînent de graves atteintes aux droits de la personne protégée, les autres personnes éligibles pour être tuteur peuvent demander au tribunal de retirer la qualité du tuteur». Bien que cette disposition est établie pour les tutelles de toutes catégories, on peut aussi le considérer comme une institution de surveillance pour la tutelle conventionnelle. Après analyse, l'auteur a constaté qu'il n'était pas raisonnable de définir le superviseur tout simplement parmi les autres personnes éligibles pour être tuteur.

Imaginez que l'une des personnes éligibles pour être tuteur dépose une demande de révocation du tuteur en charge actuelle concernant la tutelle conventionnelle en cours, et ce, pour des raisons qui n'ont point de lien direct avec la dite tutelle: même si le prétendant-demandeur se voit opposé un refus par le tribunal, cette demande de révocation serait fort gênante pour le tuteur en charge.

Le tuteur conventionnel, n'ayant pas forcément un lien de parenté avec la personne protégée, tiendra certainement compte de l'influence possible que d'autres personnes éligibles pour être tuteur pourraient avoir sur la tâche même de la tutelle qu'il accepte d'assumer. Cela viole l'intention initiale du régime de tutelle conventionnelle.

L'auteur estime que de telles restrictions imposées à la surveillance de tutelle ne pourraient pas avoir un effet optimal, au contraire, elles entraîneront une certaine inefficacité du régime même de la tutelle conventionnelle. De plus, la Partie générale du Code civil, ne contient aucune disposition relative à la procédure de sélection d'un superviseur. Le superviseur devrait s'acquitter de ses tâches tout au long de la tutelle, alors que la Partie générale du Code civil, ne fait que lui attribuer le droit de demander au tribunal de révoquer le tuteur en charge. On peut en déduire que les dispositions législatives régissant les droits et obligations du superviseur sont pratiquement inexistantes. Par conséquent, le régime de surveillance de tutelle conventionnelle en Chine reste encore rudimentaire et incomplet, et n'est pas propice à une surveillance efficace des tuteurs dans l'exercice de leurs fonctions.

C. La procédure actuelle de déclaration de l'incapacité juridique est lourde

Les articles 188 et 189 du Code de procédure civile stipulent : «Le tribunal déclare, si la requête a une base factuelle, l'incapacité totale ou partielle du citoyen; si le tribunal juge la requête dépourvue de faits, il la déclare rejetée. » En Chine, nombre de tribunaux sont engorgés, un procès pour la déclaration de l'incapacité prend beaucoup de temps (plus d'un mois), et la procédure est souvent fastidieuses. L'éventualité que la personne décède avant la fin de la procédure, pour ne pas avoir eu les soins qu'il attendait, ne va pas en faveur d'une protection souhaitable des personnes vulnérables.

III Contexte social de l'intervention du notariat dans la tutelle conventionnelle

1. VIEILLISSEMENT DE LA POPULATION

Selon le "Communiqué des statistiques de 2016 sur le développement des services sociaux" du ministère des Affaires Civiles de Chine, 230,86 millions de personnes sont âgées d'au moins 60 ans, soit 16,7% de la population totale. Parmi ceux-ci, 150,3 millions étaient déjà âgées de 65 ans ou plus, équivalant ainsi à 10,8% de la population. Ces chiffres sont bien supérieurs aux normes actuelles en matière de vieillissement de la population établies par la communauté internationale (La communauté internationale est généralement convaincue que, dans un pays ou une région, lorsque les habitants de plus de 60 ans représente 10% de la population totale, ou lorsque les habitants de plus de 65 ans représente 7% de la population totale, cela montre que le pays ou la région est entré dans une société vieillissante.). Cela signifie que la société chinoise traverse actuellement une phase de vieillissement rapide, voire préoccupante.

En raison de ce vieillissement, de nombreuses personnes âgées subissent à différents degrés une détérioration de leur faculté physique ou intellectuelle au point de devoir recourir à l'aide d'autres personnes pouvant leur fournir l'assistance nécessaire, que ce soit en matière de traitement infirmier ou hospitalier, de la gestion de leurs biens ou encore de représentation pour des actes civils.

Il reste encore à considérer certaines combinaisons de facteurs parfois complexes, telles que les personnes âgées vivant seules ou les familles ayant perdu leur enfant, par exemple. Ces paramètres rendent plus délicat l'établissement d'une résolution convenable en matière de protection des personnes âgées. Le système traditionnel de tutelle pour les personnes âgées reste donc encore confronté à d'énormes défis.

La tutelle établie par la Loi sur la protection des droits des personnes âgées et la Partie générale du Code civil, constitue un système de tutelle fondé sur des bases scientifiques, à caractère rationnel et humain, c'est une institution axée sur la protection des personnes et répondant aux besoins d'une population vieillissante.

Sortant du schéma traditionnel de pensée qui veut que les enfants assistent, soutiennent et veillent sur leurs parents, cette fois les personnes âgées, à la condition d'être encore lucides et saines d'esprit, ont désormais le droit de choisir en toute liberté la personne ou l'organisation en qui elles ont entière confiance et qui deviendra leur tuteur. Ces personnes âgées peuvent ainsi anticiper et organiser d'avance leur future vie sous tutelle afin de mieux protéger leurs droits et intérêts légitimes. Cependant, d'un point de vue rationnel, comment peut-on apprécier si ces personnes âgées sont «saines d'esprit» comme il est exigé dans le texte de Droit? De même, comment vérifier si la tutelle conventionnelle est bien ce qui correspond à leur propre volonté ? Et encore, comment s'assurer que les tuteurs assumeront bien leurs devoirs de tutelle ? C'est là qu'intervient, justement, le notaire car tout cela tient précisément de son rôle et de ses prérogatives d'officier public. L'intervention du notaire permet d'offrir, ici, toute cette sécurité juridique que sont en droit d'attendre ces personnes âgées.

2. BESOINS SOCIAUX POUR LA TUTELLE CONVENTIONNELLE

Afin de s'assurer de réaliser une étude digne d'intérêt et avant tout aussi pratique que réaliste, notre office notarial, installé dans le sud-ouest de la Chine, a mené une enquête en ligne afin d'évaluer les préférences et

les besoins des interviewés en ce qui concerne la tutelle conventionnelle notariée. Les statistiques et analyses émanant des réponses apportées aux questionnaires qui furent proposés sont les suivantes:

A. Informations de base des interviewés

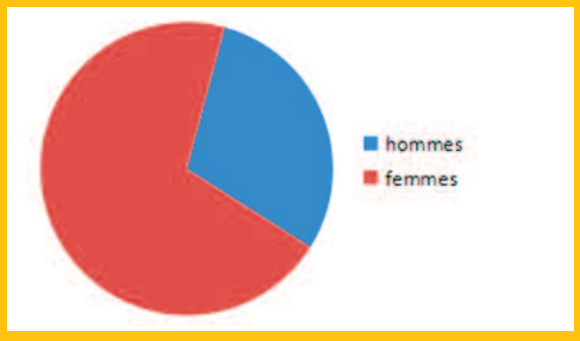


FIGURA 1-1

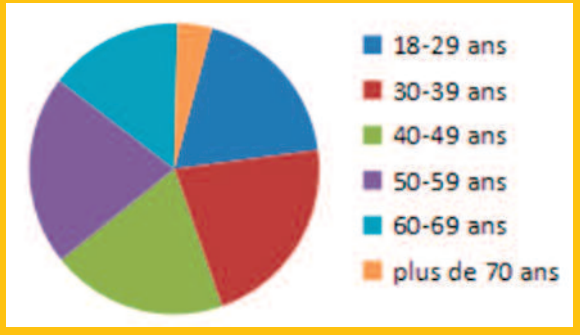


FIGURA 1-2

Il y avait 671 personnes interrogées, dont 200 hommes, représentant 29,8% du nombre total et 471 femmes, représentant 70,2% du nombre total (comme le montre la figure 1-1).

En termes d'âge des interviewés, 126 personnes étaient âgées de 18 à 29 ans représentant donc 18,7% du nombre total, 146 personnes âgées de 30 à 39 ans représentant 21,7% du nombre total, 131 personnes âgées de 40 à 49 ans représentant 19,5% du nombre total, 142 personnes âgées de 50 à 59 ans représentant 21,1% du nombre total, 100 personnes âgées de 60 à 69 ans représentant 14,9% du nombre total, 26 personnes âgées de plus de 70 ans représentant 3,8% du nombre total des personnes interrogées (voir Figure 1-2).

B. La volonté des interviewés d'anticiper les affaires posthumes

Question: Souhaitez-vous anticiper quelques arrangements d'après votre décès, tels que l'héritage de votre patrimoine par exemple?

Nombre des interviewés ayant répondu: 671

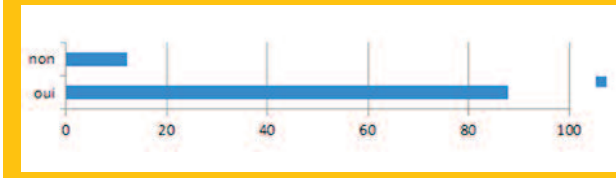


FIGURA 2-1
Être disposé ou non à prendre des mesures anticipées (pourcentage)

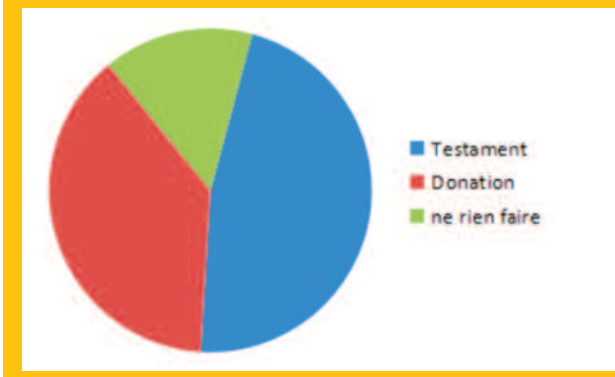


FIGURA 2-2
Moyen d'anticiper les arrangements d'après décès

En ce qui concerne les arrangements préalables à leur propre décès, 589 personnes sont disposées à prendre des mesures anticipées (voir figure 2-1) et près de la moitié des interviewés choisissent le testament (voir figure 2-2). Cela montre bien que les personnes concernées espèrent bien que leur "pouvoir d'autodétermination" sera pleinement respecté et réalisé en finalité. Ceci correspond d'ailleurs tout à fait à ce que nous pouvons observer quotidiennement au niveau des études notariales lorsque nous sommes en face de la clientèle.

C. Préférence des interviewés pour la tutelle conventionnelle et la voie notariale

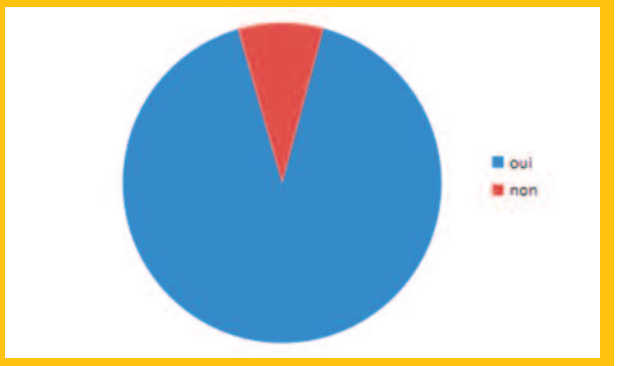


FIGURE 3-1
Possibilité de pré-désigner un tuteur conventionnel

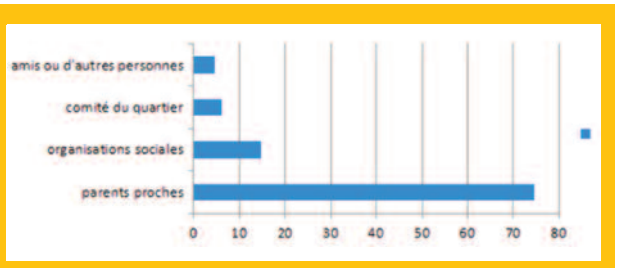


FIGURE 3-2
Le choix du tuteur conventionnel (pourcentage)

Lorsqu'on leur a demandé la possibilité de pré-désigner un tuteur conventionnel, et à qui souhaitaient-ils confier la charge de ce tuteur devant leur apporter les soins futurs, 91,36% des personnes se sont exprimées en choisissant «oui » pour pré-désigner un tuteur conventionnel (comme le montre la figure 3-1). Ainsi, 501 personnes ont choisi des parents proches comme leur tuteur conventionnel, ce qui représente 74,66% du nombre total des interviewés (comme le montre la figure 3-2). Ce chiffre montre que la tutelle conventionnelle est largement acceptée, mais il laisse aussi comprendre jusqu'à quel point les gens ne font peut-être pas toujours suffisamment confiance aux organisations sociales ou aux comités de quartier lorsqu'il s'agit de choisir son propre futur tuteur.

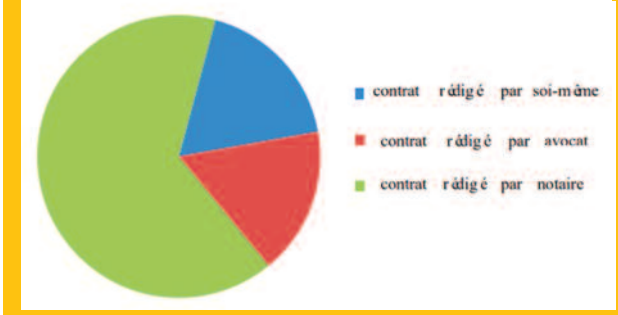


FIGURE 3-3
Le choix concernant la forme du contrat de tutelle conventionnelle

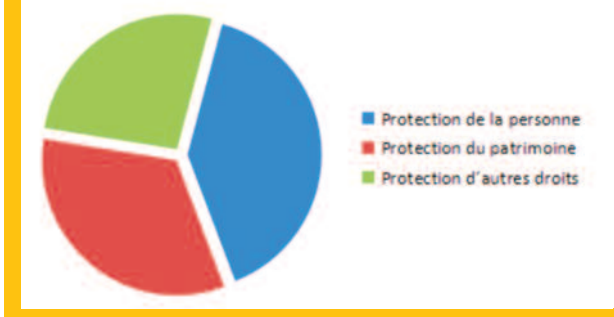


FIGURE 3-4



FIGURE 3-5
Préoccupations à propos de la tutelle conventionnelle (pourcentage)

En cas de rédaction d'un contrat de tutelle conventionnelle, 437 personnes choisissent de le faire authentifier par un notaire, ce qui représente 65,13% du nombre total (comme le montre la figure 3-3). Quant au contenu du contrat (questions à choix multiples), 499 personnes choisissent de protéger les droits de la personne, 415 personnes les droits de propriété, et 332 choisissent de protéger d'autres droits (Figure 3-4). En ce qui concerne les préoccupations des interviewés à propos de la tutelle conventionnelle, 115 personnes craignent que le tuteur dispose de leur biens sans autorisation, ce qui représente 17,14% du nombre total des interviewés; 88 personnes craignaient que le tuteur porte atteinte à leur droit de la personne, soit 13,11%; 331 personnes ont peur que le tuteur n'assume pas ses devoirs prescrits dans le contrat, soit 49,33%; 87 personnes s'inquiètent de ce que leurs enfants ou autres héritiers entravent la mise en œuvre du contrat, soit 12,97% du nombre total (voir Figure 3-5).

D. Analyse du choix concernant la tutelle conventionnelle et l'acte notarié, selon le type de personne:

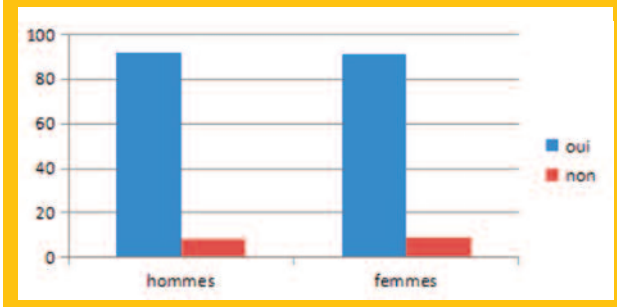


FIGURE 3-6
Volonté de désigner un futur tuteur (pourcentage)

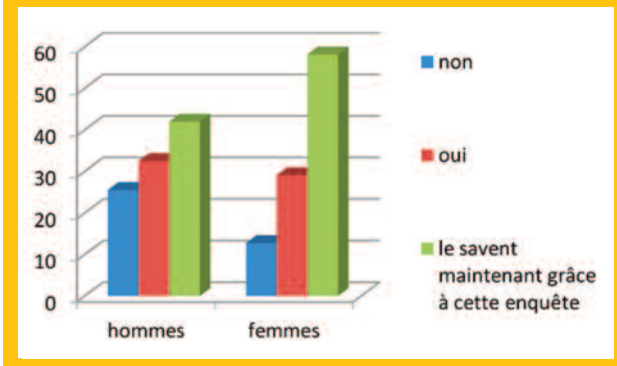


FIGURE 3-7
Connaissez-vous la tutelle conventionnelle? (pourcentage)

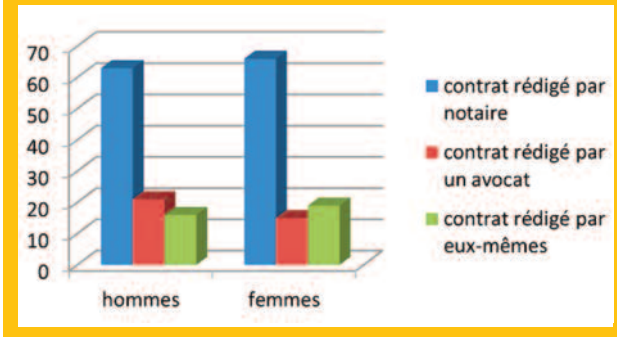


FIGURE 3-8
Le choix de la forme même du contrat de tutelle conventionnelle (pourcentage)

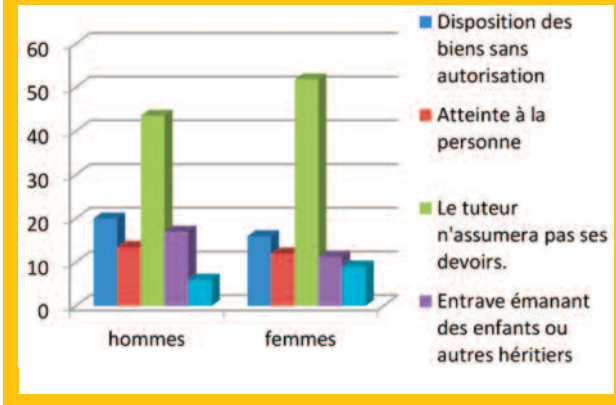


FIGURE 3-9
Les préoccupations à propos de la tutelle conventionnelle (pourcentage)

1) Quelque soit le sexe des personnes interrogées, nous constatons que plus de 90% des hommes tout comme des femmes ont choisi la possibilité de désigner un futur tuteur (voir figure 3-6). Le pourcentage est nettement plus élevé chez les hommes ignorant jusqu'alors la tutelle conventionnelle que chez les femmes. Toutefois, la plupart de ces personnes (hommes et femmes) ne sont au courant de ce régime qu'après l'enquête faite (voir figure 3-7). La plupart des hommes et des femmes ont choisi l'acte notarié pour établir la tutelle conventionnelle, la proportion de femme y est plus élevée, alors que les hommes choisissent plus facilement d'avoir recours àun avocat (voir figure 3-8). De même, concernant les préoccupations d'après signature du contrat, le plus grand souci des hommes et femmes est que le tuteur ne s'acquitte pas de ses responsabilités à charge en matière de tutelle. Les hommes sont plus inquiets que les femmes en ce qui concerne la disposition des biens sans autorisation et de même à propos du fait que les enfants ou les autres héritiers puissent faire ou représenter un obstacle à l'application même du contrat (comme indiqué dans la figure 3-9).

En faisant une analyse des réponses apportées aux questions ci-dessus, on peut noter que la différence entre hommes et femmes n'est pas particulièrement importantes concernant la tutelle conventionnelle ainsi que le choix de voie notariale. Chaque groupe montrent une attitude très positive et un désir d'anticiper leur inaptitude et d'organiser les solutions envisagées tout en désignant leur futur tuteur. Le groupe masculin demeurant un peu plus dans l'ignorance de ce système protecteur que les femmes. Bien que les femmes soient plus confiantes face à la forme notariée, il leur reste encore beaucoup à faire pour se sentir encouragées de signer un tel contrat chez le notaire. Il semble évidant qu'une plus ample vulgarisation de cette nouvelle institution légale fait encore défaut pour l'instant.

Concernant les préoccupations mêmes, celles des hommes apparaissent relativement plus diversifiées alors que celles du groupe féminin semblent plus spécifiques.

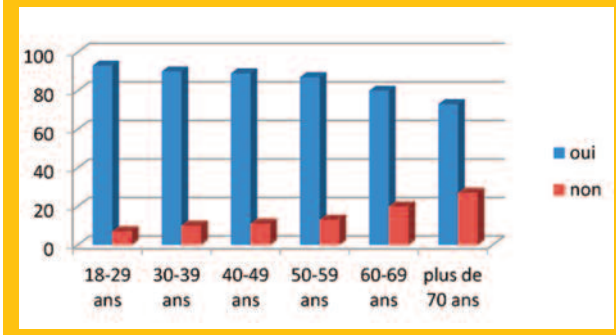


FIGURE 3-10
Volonté de désigner un futur tuteur (pourcentage)

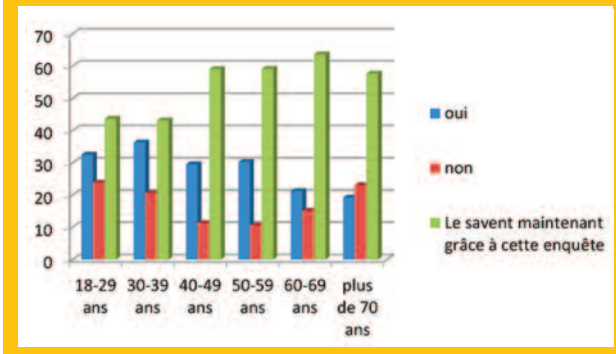


FIGURE 3-11
Connaître ou non la tutelle conventionnelle (pourcentage)

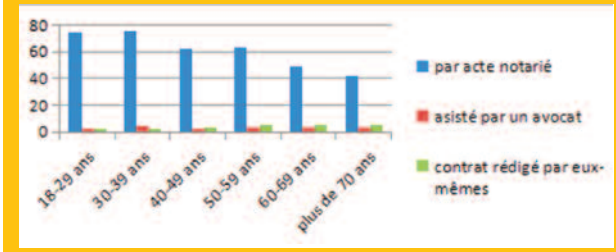


FIGURE 3-12
Le choix de la forme du contrat de tutelle conventionnelle (pourcentage)

2) En analysant les réponses données par groupe d'âge des personnes interrogées, on peut constater que la plupart des gens expriment leur volonté de désigner leur futur tuteur, mais ce choix est notoirement réduit dans le groupe d'âge des 60 à 69 ans (Figure 3-10).

Pour ce qui est de connaître ou non la tutelle conventionnelle, les jeunes et les personnes d'âge moyen en savent plus que les personnes âgées qui restent encore dans une certaine ignorance, et la plupart des gens n'ont pris connaissance de cette opportunité de droit que dernièrement, grâce à cette enquête (voir la figure 3-11).

Quant à la forme, proprement dite, du contrat de tutelle conventionnelle, il est intéressant d'observer quelques variations notables: la proportion des personnes faisant appel au service notariale diminue avec l'âge alors que celle des personnes choisissant d'établir un acte par elles-même va en progressant (comme le montre la figure 3-12).

Les résultats des statistiques ci-dessus montrent clairement que les intentions varient considérablement en fonction de l'âge. A propos de la possibilité de désigner un futur tuteur, la volonté des personnes âgées de 60 à 69 ans commence à diminuer manifestement, peut-être parce que les personnes de cet âge, justement, viennent fraîchement de prendre leur retraite, conservent encore une certaine autonomie et demeurent encore en bonne santé, ce qui leur confère une certaine confiance en elles-mêmes. Les jeunes et les personnes d'âge moyen choisissent la tutelle conventionnelle par mesure de simple ou sage précaution. Alors que la faculté physique des personnes de plus de 70 ans commençant à se détériorer, poussera ces dernières vers un plus grand besoin de désigner leur propre futur tuteur.

Les différences évidentes concernant le choix notarial semblent être liées à une certaine prise de conscience au sujet même de l'évolution législative en tant que telle et en fonction des différents groupes d'âges. La conscience des jeunes, sous l'aspect juridique, ainsi que leur connaissance familière relative au notariat, sont évidemment plus développées que celles détenues par les personnes plus âgées. Avec l'expansion de l'éducation et la vulgarisation d'informations diffusées par les multiples médias souvent nouveaux, les jeunes peuvent en apprendre davantage sur les nouvelles lois et politiques en constante évolution. Il est fort probable que, pour les personnes âgées, dont la capacité d'adaptation se réduit notoirement au point d'accepter plus difficilement les nouvelles donnes sociales et que, par conséquent, l'accès aux nouvelles informations leur est beaucoup plus limité, ce qui les incitera davantage à préférer choisir de rédiger et signer elles-mêmes le contrat.

En résumé, les groupes de jeunes et d'âge moyen ont une attitude très positive face au choix de la tutelle con-

ventionnelle avec une préférence pour la forme notariale, alors les personnes plus âgées s'y dévoilent plus réticentes.

Sur la base de l'analyse ci-dessus, on peut constater que, quand un contrat de tutelle conventionnelle est conclu, le premier choix de la plupart des gens reste la voie notariale, ce qui constitue effectivement une protection préventive plus assurée. L'analyse des soucis ou problématiques de la tutelle conventionnelle montre que nombre de gens sont préoccupés par la protection des droits de la personne et de leurs biens, et surtout la protection des droits de la personne. La plupart des gens se déclarent aussi soucieux et préoccupés du fait que le tuteur puisse ne pas assumer pleinement ses engagements et devoirs que lui confère la charge tutélaire.

E. Conclusion

a. L'émergence du régime de tutelle conventionnelle est une manifestation importante du désir social et politique en faveur de la protection des droits de l'homme. Il a pour but de faire respecter au mieux la volonté de la personne protégée, ce qui constitue un grand pas législatif au sujet du régime de la tutelle en Chine. De plus en plus de gens en prendront connaissance et se verront accepter cette nouvelle institution. Par ailleurs, même si les résultats de l'enquête montrent qu'il resterait encore beaucoup à faire quant à la vulgarisation de ce nouvel atout législatif, il est clair, cependant, que les perspectives se dessinent de façon très prometteuses. Toutefois, le régime de tutelle conventionnelle demande encore à être travaillé et c'est ce en quoi, l'intervention active du notariat s'attelle, se montrant ainsi aussi utile qu'indispensable.

b. L'analyse des résultats de l'enquête par ce questionnaire a clairement montré que la demande, concernant une préparation de la vie future, est très forte en Chine. Elle dévoile aussi que l'émergence de la tutelle conventionnelle, adjointe au rôle central que le notaire y joue, incitera sans aucun doute un grand nombre d'adultes à combiner les futurs arrangements personnels autour d'un contrat de tutelle conventionnelle notarié. Dans le même temps, nous pouvons également constater qu'il existe encore une grande différence de connaissance à propos de la tutelle conventionnelle et du choix notarial, en particulier suivant les différents groupes d'âge. La tutelle conventionnelle notariée possède une forte reconnaissance chez les jeunes et les personnes d'âge moyen, tandis que chez les personnes âgées, cette reconnaissance diminue, ce qui est proportionnel à la notoriétéacquise par la tutelle conventionnelle et le notariat auprès des différentes classes d'âge. Dans l'avenir, il nous faudra instruire plus amplement le public, principalement auprès des personnes âgées, pour améliorer le système de soutien aux personnes vulnérables, sans oublier de combiner efficacement la tutelle conventionnelle avec l'outil notarial. De plus, il faudra prêter une attention toute particulière aux problèmes soulevés par les usagers potentiels, car certaines personnes gardent encore quelques inquiétudes. Il nous reste encore à prendre des quelques mesures appropriées afin d'apaiser les angoisses qu'une future tutelle laisserait encore planer.

c. La création de la tutelle conventionnelle est, de toute évidence, une opportunité pratiquement taillée sur mesure pour l'avenir particulier du notariat chinois. La Partie générale du Code civil, mettant précisément l'accent sur le respect intrinsèque de la volonté même de la personne protégée, a crée, pour ce faire, la tutelle conventionnelle, en vue d'assurer et de protéger les droits de la personne au point de susciter l'usage du pouvoir d'autodétermination de cette dernière. En ce qui concerne le contenu de la tutelle conventionnelle, l'article 33 de la Partie générale du Code civil, présente trois caractéristiques. Premièrement, le tuteur doit être désigné par écrit, c'est-à-dire que la convention pour nommer le futur tuteur doit être stipulé par écrit; le second point réside dans le fait qu'au moment de l'établissement de la convention, la personne désignant son futur tuteur doit être assurément dotée de sa pleine capacité juridique, ce qui revient à dire qu'à ce moment précis, le demandeur doit avoir une totale autonomie lui permettant légitimement de prendre une décision aussi importante que celle-ci; le troisième point, tout aussi important, déclare que le tuteur peut être choisi aussi bien parmi un parent proche, qu'un autre individu (suffisamment proche, voire intime) ou encore n'être

qu'une simple organisation, c'est à dire une personne morale. Ces trois caractéristiques exigent donc que la convention soit établie dans un cadre juridique bien précis et sécurisé. Et c'est par là, précisément, que le notaire peut jouer son rôle prépondérant en assurant, de par son statut et sa capacité spécifique à pouvoir authentifier un acte, une protection juridique optimum, voire maximale, que sont en droit d'attendre les deux parties liées par cet engagement autant moral que pratique, familial que social. Surtout lorsqu'il s'agira de répondre aux besoins souvent bien particuliers des personnes âgées, les avantages qu'offrent les services notariaux n'ont rien de comparable à ceux, trop limitatifs, que pourraient proposer certains autres outils juridiques. La tutelle conventionnelle notariée apparaît dès lors et sera assurément l'outil aussi privilégié qu'incontournable que les personnes âgées, autant que tout autre adulte prévoyant d'ailleurs, auront une tendance à solliciter. Il est d'ailleurs fort à parier, de toute évidence, que cette nouvelle fonction notariale apporte un très large surcroît d'activité dans les études notariales du pays. Si, par mégarde, le contrat de tutelle conventionnelle n'était cependant pas notarié, et si un quelconque différend venait à se déclarer (surgissant de malentendus ou d'intérêts soudainement opposés), il serait alors fort probable que, lors du processus du règlement du litige dénoncé, il surviendrait alors des conséquences aussi pénibles que néfastes découlant, par exemple, des diverses difficultés de preuve ou manques de vérification d'authenticité. Tout ceci entraverait ainsi, non seulement la bonne exécution de la volonté initiale de la personne protégée, mais pourrait de plus, envenimer les rapports familiaux ou sociaux autant qu'économiques que le bien-être physique ou psychique des protagonistes. Si, par prudente prévoyance, le contrat se trouvait authentifié par un notaire, alors la force probante, que l'acte notarié lui-même porte, aurait tous ses effets particulièrement utiles et désirés lors même du règlement du litige. Il est à noter que, ce litige soit résolu par la médiation notariale ou par la voie judiciaire, la volonté initiale de la personne protégée s'en trouverait impartialement respectée.

En Chine, avec et par une plus ample vulgarisation de cette institution, la tutelle conventionnelle se retrouvera encore mieux acceptée par de plus en plus de gens. Elle aura, par le même coup, un bel avenir assuré aussi dans le cadre de la protection des personnes vulnérables.

IV Base théorique et valeur juridique de l'intervention notariale dans la tutelle conventionnelle

1. BASE THÉORIQUE

A. La Partie générale du Code civil a créé un espace pour l'intervention du notaire dans la tutelle conventionnelle

Lorsque les citoyens choisissent la tutelle conventionnelle, le soutien des institutions publiques appropriées est indispensable. En tant que dépositaire du pouvoir public, le notaire représente donc le meilleur choix qui s'impose, car en plus d'être un spécialiste du droit privé, il est connu pour devoir être et rester neutre, impartial et fiable en tout point. Parmi les diverses professions juridiques, le notaire est non seulement une dynamique essentielle dans la mise en œuvre du Code civil, mais également un pont, tel une plaque tournante, reliant les pouvoirs publics et les citoyens eux-mêmes.

B. La législation locale fournit une base directe pour l'intervention du notariat dans la tutelle conventionnelle

La législation locale, en Chine, prévoit des règles plus claires et précises à propos de la participation des notaires quant à la tutelle conventionnelle des personnes âgées. L'article 18 du Règlement sur la protection des droits des personnes âgées à Shanghai, entré en vigueur le 1er mai 2016, stipule que «La personne âgée, dotée de sa pleine capacité juridique, peut négocier d'avance avec ses proches parents, ou avec d'autres personnes ou organisations ayant une relation proche avec lui et acceptant d'assumer le rôle de tuteur, afin de désigner son futur tuteur par voie notariale. Si la personne âgée ne désigne pas àl'avance son tuteur, celui-ci sera désigné conformément aux dispositions des lois applicables lorsqu'elle perdra totalement ou partiellement sa capacité juridique.»

Il ressort de cet article que la voie notariale pour la tutelle conventionnelle est clairement inscrite et stipulée exclusivement, ce qui fournit également une base directe appelant au recours de la pratique notariale. Avec la mise en œuvre officielle de la Partie générale du Code civil, le notariat constituera une garantie solide pour le bon fonctionnement du régime de tutelle conventionnelle dans son déroulement.

C. L'intervention du pouvoir public a renforcé la protection des personnes âgées dans la tutelle conventionnelle

La tutelle conventionnelle a été créée dans le contexte du vieillissement de la population et vise principalement les personnes âgées présentes et à venir. Avec l'âge, la faiblesse intellectuelle et physique des personnes s'accroît au fur et à mesure du temps. Ces personnes rejoignent en conséquence de cause les divers groupes des socialement défavorisés ou vulnérabilisés, dont il faudra bien, un jour ou l'autre, envisager de renforcer la protection juridique.

C'est donc dans cette optique prévisionnelle, mais urgente à la fois, qu'interviennent de façon appropriée les Pouvoirs Publics. L'intervention majeure réside dans le fait que la loi est centrée autant sur la défense des intérêts publics que ceux, corollaires, des personnes vulnérables. L'État peut intervenir de deux façons: soit l'État transmet une partie des obligations publiques à des individus ou établissements, soit l'État se voit dans la nécessité d'assumer directement ces devoirs de protéger les personnes vulnérables, réalisant ainsi l'unité des intérêts personnels et publics et aboutissant finalement au but initialement souhaité, en l'occurrence: à une véritable justice, pleine et entière.

Le notaire est le dépositaire du pouvoir public, ainsi peut-on constater que la tutelle conventionnelle notariée est un moyen pour l'État de pouvoir intervenir activement si besoin dans ce domaine privé, permettant ainsi de mieux protéger les personnes âgées tout en préservant les avantages de la tutelle conventionnelle. Grâce à une protection juridique renforcée par le service sécurisée du notaire, la tutelle conventionnelle notariée permet aux personnes âgées de jouir plus sereinement de leur vieillesse, tout en contribuant à une réforme continue de tutelle en Chine dont l'intervention du pouvoir public est l'un des éléments essentiels.

D. L'équilibre entre autonomie de droit privé et intervention des pouvoirs publics fournit à la tutelle conventionnelle une sécurité renforcée:

La tutelle conventionnelle appartient au système de droit privé, son principe fondamental étant l'autonomie de la volonté personnelle, mais pour protéger les droits légitimes de la personne sous tutelle, une intervention appropriée du pouvoir public reste indispensable. C'est à cette charnière, entre pouvoir public et droit privé, que le notaire peut jouer, bien à propos, le rôle de superviseur public dans la tutelle conventionnelle, veillant entre autres à ce que le tuteur n'abuse pas de son pouvoir. Ayant, par définition, le double rôle de dépositaire du pouvoir public et de conseiller envers ses clients, le notaire interviendra lors de l'établissement d'une tutelle conventionnelle en y assurant «un mur de protection», réalisant ainsi un équilibre entre le pouvoir public et l'autonomie de la volonté personnelle.

2. LA VALEUR JURIDIQUE DE L'INTERVENTION DU NOTAIRE DANS LA TUTELLE CONVENTIONNELLE

Le notaire peut effectuer l'enregistrement des contrats de tutelle conventionnelle, car la Loi sur le notariat a déjà préalablement créé les conditions institutionnelles. L'Association des notaires de Chine, en tant que personne morale communautaire, s'est également préparée à la création d'une base de données d'enregistrement de tutelle conventionnelle en Chine.

L'article 12 de la Loi sur le notariat stipule que les offices notariaux peuvent traiter des affaires juridiques auxiliaires, y compris «enregistrements notariaux stipulés par les lois ou règlements administratifs», cela veut dire que les offices notariaux sont compétents pour l'enregistrement des contrats de tutelle. En outre, l'enregistrement notarial de la tutelle est fondé sur un examen de fond, et il ne s'agit pas d'un simple enregistrement

d'informations après un examen formel, il repose donc sur une base de crédibilité suffisante.

Jusqu'à présent, l'enregistrement notarial des hypothèques mobilières et des testaments a donné de bons résultats. Par exemple, le registre central des testaments a été créé en Chine depuis déjà plusieurs années par le notariat lui-même, il y est rassemblé toutes les données testamentaires et se déploie sur divers liens techniques allant de la saisie des données jusqu'à la requête, formant une spécification complète pour l'enregistrement, la conservation et la requête des informations.

Sur la base de cette expérience, il est très facile de créer une base de données concernant l'enregistrement de tutelle conventionnelle en Chine en enrichissant le contenu des informations. Ce registre peut produire des effets sociaux plus larges du régime de tutelle conventionnelle, par exemple les informations de tutelle pourraient être partiellement divulguées aux juges sous certaines conditions, afin d'assurer l'exactitude de leur jugement dans les procès civils, et les services d'enregistrement des propriétés peuvent également bénéficier du registre notarial afin de s'assurer que l'enregistrement soit aussi légal qu'exact.

L'intervention du notaire dans la tutelle conventio nnelle assure la meilleure expression de la volonté des parties et fait passer la tutelle conventionnelle des dispositions législatives à la pratique juridique, ce qui reflète l'ingérence modérée de l'État dans la vie privée par le biais du notariat, tout en empêchant efficacement les litiges et en maintenant la paix sociale désirée.

V Pratique notariale dans la tutelle conventionnelle

1. STATUT JURIDIQUE DU NOTAIRE DANS LA TUTELLE CONVENTIONNELLE

En Chine, la notariat a des attributs à la fois publics et non gouvernementaux, ceci repose sur le fait qu'un notaire est légalement habilité à exercer un pouvoir public, cependant il est indépendant du gouvernement et exerce ses pouvoirs de manière indépendante.

Pour certaines affaires importantes, l'intervention d'un notaire est indispensable, parce qu'elle assure la véracité des contrats et la sécurité des transactions. Bien que les dispositions de l'article 33 de la Partie générale du Code civil ne prévoient pas une intervention obligatoire des notaires, les caractéristiques de la tutelle conventionnelle correspondent parfaitement à la nature du notariat, un excellent outil juridique de prévention.

Le bon fonctionnement de la tutelle conventionnelle nécessite qu'un certain établissement judiciaire de nature publique accorde aux parties une assistance ou un soutien nécessaires. L'article 33 de la Partie générale du Code civil a créé le régime de tutelle conventionnelles pour tous les adultes, mais il n'a pas précisé les méthodes de fonctionnement de ce régime. Les notaires sont des juristes du droit civil et leur intervention peut donc combler aisément cette lacune. Le notaire peut non seulement rédiger le contrat de tutelle conventionnelle, mais aussi délivrer le certificat de tuteur, et peut également agir en tant que superviseur et même intervenir conditionnellement dans la tutelle elle-même, devenant ainsi l'exécuteur de certaines affaires de tutelle. Le notaire est à la fois fournisseur de services juridiques et superviseur dans la tutelle conventionnelle, son extrême importance va progressivement emerger.

En résumé, on peut considérer que le notaire a un statut juridique extrêmement important et irremplaçable dans la tutelle conventionnelle.

2. PLUSIEURS PROPOSITIONS IMPORTANTES DANS LA PRATIQUE NOTARIALE DE TUTELLE CONVENTIONNELLE

A. Mettre en place un système de surveillance

L'article 33 de la Partie générale du Code civil a créé le régime de tutelle conventionnelle, mais il n'a pas établi une institution de surveillance, ce qui rend ce

régime incomplet. Nous recommandons de créer une institution de surveillance efficace dans la tutelle conventionnelle. La raison en est que, lorsque la personne protégée a perdu totalement ou partiellement sa capacité juridique, il est difficile de juger si le tuteur fait preuve de la diligence voulue s'il n'y a pas de superviseur. Si le tuteur abuse de son pouvoir et porte atteinte aux droits de la personne protégée, la réparation serait alors difficile.

Par conséquent, il est recommandé de nommer un superviseur lors de la signature du contrat de tutelle conventionnelle. Si ce dernier n'est pas désigné, le tribunal choisira le superviseur à la demande des personnes intéressées. Le superviseur contrôle le travail du tuteur et a le droit de demander au tribunal de retirer la qualité du tuteur en cas de violation du contrat et des droits de la personne protégée.

B. Autorisation des offices notariaux à pouvoir prononcer l'entrée en vigueur de la tutelle conventionnelle.

La prononciation effectuée par notaire est propice à la mise en œuvre effective de la protection par le tuteur des droits de la personne protégée. Cela peut éviter que le tuteur ne soit absent en attendant que le tribunal déclare l'incapacité. Lors de la signature du contrat, les parties peuvent choisir l'office notarial comme l'établissement compétent à déclarer l'entrée en vigueur de la tutelle, ce qui reflète pleinement le principe de l'autonomie de la volonté, peut également éviter une longue procédure judiciaire et contribuera sans doute au désengorgement des tribunaux.

Dans la pratique, le notaire peut rigoureusement appliquer les procédures suivantes: 1. Vérifier le diagnostic de l'hôpital; 2. Mandater un organisme d'évaluation judiciaire de déterminer la capacité juridique de la personne protégée; 3. Rencontrer et avoir une discussion avec la personne protégée. S'il est constaté que la personne protégée n'est plus en pleine capacité juridique, le notaire prononce alors l'entrée en vigueur de la tutelle conventionnelle.

Afin de renforcer le sérieux de la tutelle et le sens de responsabilité du tuteur, il est recommandé de tenir une cérémonie de tutelle. Le lieu de cérémonie pourrait être le bureau du notaire ou un autre endroit approprié. Le processus rituel serait le suivant: 1. Le notaire lit les termes du contrat de tutelle; 2. Le tuteur prête serment et lit ses droits et obligations; 3. Le notaire prononce l'entrée en vigueur de la tutelle conventionnelle. Tout le processus ci-dessus devrait être filmé.

C. Les biens de la personne protégée peuvent être déposés dans l'office notarial.

Le dépôt notarial est une activité très particulière du notariat chinois, qui est conçu pour protéger la propriété des clients. Dans la tutelle conventionnelle, les fonds de la personne protégée peuvent être déposés chez le notaire, dans un compte bancaire spécialement ouvert pour le dépôt notarial et strictement contrôlé. Le moment où les exigences pré-établies sont remplies (traitement médicaux, accidents, événements majeurs, etc.), le notaire remettra les fonds nécessaires au tuteur.

SOUS-THÈME V

La protection des personnes vulnérables en matière de successions

I L'origine et la classification du régime d'héritage en Chine depuis l'Antiquité

Dans l'histoire de l'humanité, le régime d'héritage n'est ni un système né tout au début de la civilisation humaine, ni un système éternel qui n'évolue jamais, il est un produit du développement de la société humaine à un certain stade. Il est né avec la l'apparition du régime de propriété privée et évolue avec le développement de la société. Selon les archives historiques, au 21ème siècle avant JC, l'empereur Xia Yu de la dynastie des XIA n'a pas transmis le trône à un sage comme ce qu'avaient fait ses précédents, mais à son fils. À partir de là, le «pays du peuple»est devenu le «pays d'une famille», cela marque non seulement la naissance de l'État en Chine,

mais aussi l'établissement formel d'un véritable système de succession dans le ce pays.

Dans la société chinoise ancienne, le système juridique de succession était divisé en deux types:

1. HÉRITAGE ZONG TIAO (LE PRIVILÈGE DU FILS AÎNÉ ISSU DE L'ÉPOUSE OFFICIELLE)

L'héritage Zong Tiao est le produit de la société du système patriarcal et féodal. Afin d'assurer la succession des privilèges aristocratiques et de la propriété privée de génération en génération pour que ce territoire ne soit pas dispersé ou divisé, après la mort du roi et de tout aristocrate inféodé, leur pouvoir, leur terre et leurs autres biens sont hérités par leur fils aînéissu de l'épouse officielle. Ce système d'héritage de la société féodale centré sur le fils aîné issu de l'épouse officielle est appelé «héritage Zong Tiao».

Bien que l' héritage Zong Tiao implique l'héritage de propriété, il diffère de ce dernier: ceux qui ont le droit d'héritage Zong Tiao ont forcément le droit d'héritage des biens, mais ceux qui ont le droit d'héritage des biens n'ont pas forcément le droit d'héritage Zong Tiao.

Avec le fils aîné issu de l'épouse officielle comme principal héritier, l'héritage Zong Tiao est devenu la loi commune à toutes les dynasties en Chine. Les autres fils issus de l'épouse officielle et les fils issus des concubines ne peuvent partager qu'une partie des terres et des biens et ne peuvent pas hériter du pouvoir et du titre de noblesse de la famille[8] . De plus, l'héritage Zong Tiao n'est exclusivement que pour les hommes et nie les droits de succession des femmes, ce qui reflète clairement les caractéristiques féodales avec cette optique de la supériorité masculine opposée au statut du sexe dit faible.

2. L'HÉRITAGE DE PROPRIÉTÉ

Comparé à l'héritage Zong Tiao, un système qui a duré de la dynastie des Shang (vers 1600 av. J.-C. - environ 1046 av. J.-C.) jusqu'à la fin de la dynastie des Qing (1636-1912) et qui est plutôt centré sur le droit d'héritage du fils aîné issu de l'épouse officielle, l'héritage de propriété a connu un long processus d'évolution.

Après l'établissement de la dynastie des Qin (221 av. J.-C. - 207 av. J.-C.), le premier système complet d'héritage de la société féodale a été formé, les objets d'héritage pouvaient être la terre, les maisons, les arbres, les vêtements, le bétail et les esclaves. Une fois que la loi de réforme de SHANG Yang a mis en place le régime d'enregistrement des ménages, la propriété des parents était principalement héritée par le fils unique ou le fils cadet, et les enfants aînés devaient vivre séparément avec leur parents après le mariage.

Sous la dynastie des Han (202 av. J.-C. - 220 ap. J.-C.), l'héritage des biens avait comme principe, la division égale entre les fils parmi lesquels figuraient les fils issus de l'épouse officielle et les fils issus des concubines qui tous, avaient les droits de succession.

Sous la dynastie des Tang (618 - 907), «la division égale entre tous les fils» était devenue le principe de base dans l'héritage légal[9]. Mais les femmes n'avaient toujours pas le droit d'héritage.

Avec le développement de l'économie marchande, les propriétés privées se sont accrues et l'ancien système de succession est devenu de plus en plus complet, non seulement la qualité et l'ordre des héritiers ont été progressivement clarifiés, mais aussi le système de succession répondait à de nombreuses questions telles que l'héritage des ménages sans descendance, le droit de succession des femmes, le droit de succession des gendres matrilocaux et des veuves, le droit de succession du fœtus humain, l'héritage testamentaire, etc.

II Les traditions du respect des vieillards et de la compassion envers les mineurs dans l'ancien droit chinois

Respecter les personnes âgées et compatir aux mineurs est une vertu dans la tradition chinoise. Cette vertu est également reflétée dans la législation et la justice anciennes de notre pays.

1. LES PÉNALITÉS RÉDUITES POUR LES PERSONNES ÂGÉES ET LES MINEURS DANS TOUTES LES DYNASTIES.

Dans la dynastie des Zhou occidentales (1046 av. J.-C. - 771 av. J.-C.), une époque où l'État préconisait la moralité et la prudence d'utilisation de pénalité, il existait déjà la «Loi des trois grâces» stipulant que la pénalité devait être annulée ou réduite pour les mineurs, les personnes âgées et les pauvres d'esprits. Même pour les légalistes qui étaient connus pour préconiser le principe de la peine sévère, son représentant LI Kui a également insisté, dans son chef-d'œuvre «La Loi», que la peine devrait être allégée pour les mineurs de moins de 15 ans et les personnes âgées de plus de 60 ans.

2. RÉGIME DE RÉTENTION FAMILIALE.

Le régime de rétention familiale a été créé en 488 par un édit de l'empereur Xiaowen de la dynastie des Wei du Nord. Selon le concept éthique de la piété filiale du confucianisme, les enfants et les petits-enfants doivent remplir leurs obligations de devoir soutenir les vieillard de la famille jusqu'à leur fin de vie. Le régime de rétention familiale est entré dans la loi sous la dynastie des Wei du Nord et a été suivi par les dynasties suivantes: les criminels condamnés à mort ou à l'exil, qui étaient fils unique ou homme seul de plus de 16 ans dans la famille pouvant prendre en charge les vieillards, handicapés ou les parents gravement malades, pouvaient bénéficier d'une exécution allégée de la condamnation, et après des châtiment corporels, ils pouvaient retourner chez eux pour servir leurs parents ou grands-parents[10].

III Deux principes et trois protections majeures dans le système moderne de succession

1. PRINCIPE D'ÉGALITÉ

A. Égalité entre hommes et femmes.

Touchés par les vestiges d'anciennes pensées féodales, des habitants de certains endroits de la Chine ont gardé des pensées patriarcales obsolètes sur la supposée supériorité masculine et l'infériorité féminine associée, si bien que les droits de succession des femmes rencontrèrent et rencontrent encore souvent une attitude d'indifférence voire de négation.

Afin de mettre fin à cette inégalité et de garantir les droits légitimes des femmes en matière d'héritage, la Loi chinoise sur les successions stipule maintenant et clairement que les droits en matière d'héritage sont égaux pour les hommes et pour les femmes, et que le mari et la femme ont le droit d'hériter l'un de l'autre.

En ce qui concerne l'étendue et l'ordre des héritiers légaux, les héritiers du premier ordre sont les conjoints, les enfants et les parents, et ceux du deuxième ordre sont les frères et sœurs, les grands-parents paternels et les grands-parents maternels. Tous les héritiers, quel que soit leur sexe, doivent être inscrits dans l'ordre de succession, sans aucune distinction de genre.

Le principe d'égalité entre hommes et femmes s'applique également à l'héritage subrogatoire et à l'héritage testamentaire: les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits lorsqu'ils sont héritiers subrogatoires, et les testateurs, quel que soit leur sexe, ont les mêmes droits de disposer de leurs propriétés légales à leur guise.

Toutes les femmes qui sont sujettes de discrimination en ce qui concerne leurs droits en matière d'héritage ont le droit de faire objection et, si nécessaire, de recourir à la loi pour protéger leurs droits et intérêts légitimes.

B. Égalité des droits de succession pour les enfants nés hors mariage et les enfants nés dans le mariage.

Les enfants nés dans le mariage sont des enfants nés d'hommes et de femmes qui ont établi un lien matrimonial conformément à la loi. Les enfants nés hors mariage sont les enfants nés avant l'établissement d'un lien matrimonial, ou nés d'une relation sexuelle extra-conjugale, telles que l'adultère, l'abus de faiblesse et même le viol.

La Loi sur le mariage et la Loi sur les successions de Chine stipulent clairement que les enfants nés hors mariage, les enfants adoptifs et les beaux-enfants ayant des «relations de nourriture »avec le défunt ont les mêmes droits que les enfants nés dans le mariage, et que personne ne peut leur nuire ou les discriminer. La loi de notre pays accorde aux enfants nés hors mariage les mêmes droits en matière d'héritage que les enfants nés dans le mariage, parce que les enfants nés hors mariage, comme les enfants nés dans le mariage, sont tous membres de la société et citoyens du pays. Par conséquent, les enfants nés hors mariage jouissent des mêmes droits que les enfants nés dans le mariage, ce qui contribue à faire en sorte qu'ils soient traités équitablement tout au long de leur vie et surtout de façon à ne pas nuire à l'esprit des mineurs nés hors mariage.

C. Les gendres veufs, les belles-filles veuves peuvent conditionnellement devenir héritiers du premier ordre.

L'article 12 de la Loi sur les successions de Chine stipule que «Lorsque les belles-filles veuves ou les gendres veufs ont rempli les obligations principales de prendre en charge leurs beaux-parents, ils deviennent héritiers du premier ordre.» On peut constater que, après la mort de leur conjoint, si la belle-fille veuve et le gendre veuf ont rempli les principales obligations de soutien envers les beaux-parents, la loi reconnaît leurs droits de succession. Cette exigence est toutefois relativement stricte: premièrement, elle nécessite un soutien durable; deuxièmement, elle doit être assurée au cours de la vie par un soutien principal aux beaux-parents, et après la mort de ces derniers, la belle-fille veuve et le gendre sont tenus de l'organisation des funérailles, à savoir le soutien pendant la vie et les funérailles après la mort.

Cette disposition, qui confère aux belles-filles veuves et aux gendres veufs le droit de succession, peut jouer un rôle inspirateur dans la société et atteindre l'objectif consistant à mieux soutenir les personnes âgées. Elle est d'une importance positive pour le respect et la protection des personnes âgées et l'encouragement de la moralité sociale.

2. LE PRINCIPE DU RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE.

L'article 26 de la Loi sur les successions de la République Populaire de Chine stipule que «Dans le cas des biens communs acquis par le couple pendant le mariage, sauf dans le cas de l'existence d'une convention, en cas de partage du patrimoine, la moitié des biens communs doit être d'abord allouée au conjoint survivant, l'autre moitié étant considérée comme le patrimoine propre du défunt.»

Les biens communs sont les propriétés acquises par le mari ou la femme pendant le mariage. En termes de temps, ils ont été acquis pendant la période d'existence du mariage, et seuls les biens acquis au cours de cette période sont considérés comme étant des biens communs, tandis que les biens acquis par le mari ou la femme avant le mariage sont des biens personnels et non des biens communs.

En termes de types de biens, il existe trois types principaux de biens communs: premièrement, le revenu du travail et/ou autres revenus légaux (tels que salaires, primes, rémunérations, intérêts générés par des économies, etc.); deuxièmement, les biens dont l'un ou les deux conjoints ont hérité pendant le mariage; troisièmement, les biens que l'un ou les deux conjoints ont reçus par donation pendant le mariage.

Les biens communs du couple ne comprennent pas les biens acquis par l'un des deux conjoints avant le mariage, ni les biens des enfants mineurs, ni les biens d'autres membres de la famille. C'est-à-dire qu'après le décès de l'un des époux, il est d'abord nécessaire de diviser les biens communs des époux et de clarifier les biens des autres membres de la famille, notamment ceux des enfants mineurs. Priver le conjoint survivant et les enfants mineurs des droits de propriété, c'est ce que la loi n'autorise pas.

Avec l'amélioration rapide du niveau de vie du peuple et le changement des pensées, le remariage des personnes âgées est devenu très courant et n'est plus un tabou. La liberté de mariage est le principe de base de la Loi

sur le mariage en Chine, il est interdit à quiconque de s'immiscer dans la liberté de mariage d'autrui. Les personnes âgées veuves, soit pour fuir la solitude, soit afin de poursuivre leur propre bonheur, envisagent de plus en plus de se remarier. Dans la vie courante, les deux plus grands obstacles au remariage des personnes âgées sont: pour l'un l'opposition des enfants et pour l'autre, la préoccupation liée aux problèmes de propriété et d'héritage.

L'article 30 de la Loi sur les successions stipule que «Après le décès de l'un des époux, le conjoint survivant qui se remarie a le droit de disposer des biens dont il a hérité, personne ne pouvant y contrevenir.» L'article 24 de la Loi sur le mariage dispose que « Les conjoints ont le droit d'hériter l'un de l'autre.»

En résumé, les biens des personnes âgées acquis avant le remariage restent leurs biens personnels, mais les biens acquis après le remariage devraient être la propriété commune du mari et de la femme. Ensuite, les personnes âgées remariées ont réciproquement les droits de succession, ce qui inquiète souvent leurs enfants qui craignent que les biens de la famille ne tombent dans les mains de personnes extérieures, cela a créé de nombreux conflits et a causé beaucoup de difficultés et même de malheurs aux personnes âgées.

Afin de mieux résoudre les problèmes liés au remariage des personnes âgées, les notaires ont fait des efforts dans les domaines de la pratique et de l'éthique. Tout d'abord, l'acte notarié est un outil juridique efficace pour protéger les droits et les intérêts individuels des personnes âgées, pour harmoniser les relations familiales et les relations de propriété, et pour prévenir les différends. Les actes notariés concernant les biens des personnes âgées sont le contrat de mariage notarié, le testament notarié, l'acte notarié de succession, etc. Lors de la demande de services notariaux, le notaire devrait s'entretenir personnellement avec les personnes âgées, expliquant en détail les diverses dispositions légales en la matière, s'assurant qu'elles ont bien tout compris. Les actes rédigés par le notaire doivent refléter pleinement les souhaits des personnes âgées et être conformes aux dispositions prescrites par la loi. Deuxièmement, lors de la participation à la vulgarisation des moyens et techniques mis à la disposition par les lois et lors de médiations familiales, le notaire devrait persuader les enfants de respecter davantage les souhaits de leurs parents, de respecter leur choix en matière de remariage, de ne pas faire obstacle au choix du mode de vie qu'ils ont choisis, et de ne pas interférer dans la vie conjugale de leurs parents dans leurs dernières années. Cela contribuera à atténuer les différends dans de nombreuses familles, à promouvoir les vertus de la Nation chinoise qui se soucie de respecter et soutenir les personnes âgées, afin qu'elles puissent vivre paisiblement leur vieillesse.

3. PROTECTION SPÉCIALE POUR LE FŒTUS HUMAIN.

Avec le développement de la société, la protection du fœtus et de ses intérêts a progressivement attiré l'attention du public. Comment protéger les intérêts du fœtus est devenu un centre d'attention dans le cadre du droit civil chinois.

La définition du fœtus humain, en biologie et en médecine, divise généralement le développement de l'embryon et du fœtus en trois stades, à savoir l'oosperme, le stade embryonnaire et le stade fœtal qui débute à la fin de la 8ème semaine de la grossesse. À en juger par les dispositions de la Loi sur les successions de notre pays, la protection du fœtus a pour but de protéger les droits qui devraient être exercés après la naissance, de sorte que la notion de «fœtus» au sens juridique tend à être compréhensible et pratique, signifiant que le fœtus est un «être humain» qui existe dans le corps de la mère.

L'article 28 de la Loi sur les successions de la République Populaire de Chine stipule que la part héréditaire du fœtus doit être conservée lors de la division du patrimoine, si le fœtus est mort-né, la part conservée sera traitée conformément aux règles d'héritage légal tel que nous l'avons déjà vu. L'article 45 de l'« Avis de la Cour Populaire Suprême sur certaines questions relatives à la Loi sur les successions de la République Populaire de Chine », précise également que la part de l'héritage qui devrait être conservée eu égard au fœtus, mais qui est

non conservée, devrait être soustraite au patrimoine dont les héritiers ont hérité, que la part du patrimoine réservée au dit fœtus qui serait décédé après la naissance sera héritée par les héritiers du nouveau-né, et que la part du patrimoine conservée au fœtus mort-né sera héritée par les héritiers du défunt.

On peut en déduire que, lorsque le père du fœtus décède, la conservation de la part d'héritage pour le fœtus est l'obligation légale incombant aux héritiers lors du partage du patrimoine, et que le fœtus est censé être parmi les héritiers du premier ordre. Si le nouveau-né est décédé après la naissance, la part du patrimoine conservée sera héritée par l'héritier du nouveau-né (généralement la mère); si le fœtus est mort-né, la part conservée sera héritée par les héritiers du défunt, cela veut dire les héritiers du père du fœtus. La part conservée au fœtus doit généralement être bien calculée afin de pouvoir assurer la vie de l'enfant jusqu'à son indépendance, et il est également nécessaire de considérer le montant du patrimoine, la capacité de travail des autres héritiers et ainsi que leurs revenus.

Le 1er octobre 2017, la Partie générale du Code civil de la République Populaire de Chine est entrée en vigueur, dont l'article 16 qui dispose clairement que «Le fœtus est censé avoir la capacité de jouir des droits civils en ce qui concerne l'héritage, l'acceptation de donation ou autres actes juridiques concernant la protection des intérêts du fœtus. Cependant, si le fœtus est mort né, sa capacité en matière de droits civils est censée ne jamais avoir existé. » Cette disposition précise donc que le fœtus peut jouir d'un large éventail de droits de la personne et de la propriété, tels que le droit d'héritage, ce qui exprime une véritable avancée par rapport à la Loi sur les successions qui considère que le fœtus possède seulement un intérêt civil pour un potentiel droit d'héritage.

Nous pouvons également considérer que la Loi sur les successions garantit une sorte d'intérêt escompté du fœtus, tandis que la Partie générale du Code civil garantit un intérêt réel du fœtus en matière de succession. Si les droits de succession ou de propriété du fœtus sont enfreints, le tuteur du fœtus peut poursuivre en justice au nom du fœtus. Cela reflète parfaitement l'esprit législatif qui consiste à protéger les intérêts du fœtus, il suffit que le fœtus soit vivant lors de naissance pour qu'il puisse jouir de ses droits civils qu'il possédait déjà avant la naissance. et il peut bien sûr jouir du droit de succession. Par conséquent, on peut considérer que la Partie générale du Code civil a renforcé la protection des droits de succession et d'autres droits civils du fœtus[11].

4. PROTECTION SPÉCIALE DES PERSONNES QUI N'ONT PAS LA CAPACITÉ DE TRAVAIL ET QUI N'ONT AUCUNE SOURCE DE REVENU, TELLES QUE LES PERSONNES ÂGÉES, LES MINEURS ET LES PERSONNES HANDICAPÉES.

A. Lors du partage du patrimoine dans un héritage légal

L'article 13 de la Loi sur les successions stipule que «Les parts d'héritage des héritiers du même ordre doivent généralement être égales. Cependant, les héritiers qui ont des difficultés spéciales dans la vie et/ou n'ont pas la capacité de travailler doivent être avantagés lors du partage du patrimoine. L'héritier qui a assumé les principales obligations alimentaires vis-à-vis du défunt ou qui vivait avec lui, peut avoir une plus grosse part lors du partage du patrimoine. L'héritier ayant la capacité ou les conditions de soutenir le défunt, mais n'ayant pas rempli ses obligations de soutien, peut même être privé de sa part ou avoir une part réduite lors du partage de ce patrimoine. Aussi en cas d'un accord convenu entre les héritiers, il peut être convenu que leurs parts d'héritage soient inégales.»

Cet article clarifie le principe du partage du patrimoine en héritage légal, à savoir l'égalité de principe, mais privilégier les faibles, encourager les « bons », punir les «méchants», et permettre la négociation. Dans des circonstances normales, les héritiers légaux du même ordre devraient avoir la même part d'héritage lorsque leurs conditions de vie, leur capacité de travail et les obligations alimentaires remplies envers le défunt sont fondamentalement identiques ou similaires, c'est-à-dire que chacun recevra la part correspondant à la moyenne

faite de l'héritage divisé par le nombre d'héritiers. Toutefois, pour les héritiers qui ont des difficultés particulières dans la vie et qui n'ont pas la capacité de travailler, ils peuvent être avantagés selon la loi.

«Avoir des difficultés particulières dans la vie» signifie que l'héritier n'a pas une source de revenu ou que ses revenus ne suffisent pas à maintenir un niveau de vie minimum. «Manque de capacité de travail» désigne la situation dans laquelle l'héritier, soit n'a pas la capacité de travail, soit a totalement ou partiellement perdu sa capacité de travail pour cause de vieillesse, de maladie ou d'infirmité[12]. Pour ces héritiers, les mesures à prendre en compte devraient être déterminées en fonction du degré de difficultés particulières de leur vie et de leur incapacité de travail.

B. En cas de participation d'une personne autre qu'héritiers légaux lors du partage du patrimoine

L'article 14 de la Loi sur les successions stipule que «une part appropriée du patrimoine peut être attribuée à une personne autre que les héritiers si cette personne, n'ayant pas la capacité de travail et sans aucune source de revenu, est dépendante du défunt, ou à une personne, autre que parmi les héritiers, qui a considérablement soutenu le défunt.» Cet article prévoit deux types de bénéficiaires d'héritage autres que les héritiers légaux:

1) Les personnes dépourvues de la capacité de travailler, qui n'ont aucune source de revenu et qui dépendent des héritiers. Par exemple, les personnes qui ont perdu la capacité de travail àcause du vieillissement ou d'une maladie, qui sont dépendantes du défunt quant aux ressources totales ou principales lui permettant de vivre. Cela constitue un dispositif juridique pour la protection des personnes vulnérables dans le système du droit de succession.

2) Les personnes qui ont considérablement soutenu le défunt de son vivant, par exemple, ceux qui ont volontairement aidé le défunt par des soutiens économiques et des soins de santé, il s'agit d'un moyen juridique encourageant l'altruisme.

Quant à la définition de la part «appropriée» du patrimoine, il est nécessaire de procéder à une analyse de manière exhaustive sur les circonstances spécifiques de la vie du défunt, telles que les détails du soutien accordé au défunt, le montant du patrimoine et les obligations remplies par les héritiers, etc. Si son droit légitime d'obtenir un héritage est transgressé, l'ayant droit peut intenter une action en justice en tant que plaideur indépendant.

C. Lors de la prise d'effet du testament

L'article 19 de la Loi sur les successions stipule que le testateur doit réserver une part nécessaire de son patrimoine aux héritiers dépourvus de la capacité de travailler et n'ayant aucune source de revenu. Cette disposition constitue le régime de réserve héréditaire en matière de testament, si le testateur enfreint l'exigence obligatoire et ne réserve pas une part nécessaire du patrimoine aux héritiers dépourvus de la capacité de travailler et n'ayant aucune source de revenu, la disposition qui fut faite de cette part, qui était à réserver, sera invalidée.

De façon plus pragmatique, ce groupe de personnes concerne les mineurs qui sont encore incapables de travailler et les autres héritiers légaux qui ont perdu leur capacité de travail en raison de leur vieillesse, de leur maladie ou de leur handicap. La détermination d'un héritier incapable de travailler et n'ayant pas de source de revenu, doit être effectuée en fonction de sa situation au moment même où le testament prend effet.

5. PROTECTION SPÉCIALE POUR LES PERSONNES INCAPABLES ET LES PERSONNES À CAPACITÉ JURIDIQUE LIMITÉE

La renonciation à l'héritage signifie que l'héritier a le droit de renoncer à une partie ou à la totalité de sa part d'héritage, après le commencement de la succession et avant le partage du patrimoine. La renonciation à l'héritage est un acte juridique unilatéral. En général, tous les héritiers ont la liberté de renoncer à leurs droits successoraux, sans avoir besoin du consentement ou de la reconnaissance de quiconque, tant que cela ne nuit pas

aux intérêts de la société et à autrui, personne ne peut s'y opposer[13]. Maintenant, analysons si les personnes incapables et les personnes à capacité juridique limitée peuvent effectivement renoncer àleurs droits de succession:

L'article 6 de la Loi sur les successions stipule que «Les droits de succession et d'acceptation de legs des personnes incapables sont exercés par leur représentant légal. Les droits de succession et d'acceptation de legs des personnes à capacité juridique limitée sont exercés par leur représentant légal ou avec le consentement de ce dernier.»

Alors, dans quelle mesure peut-on dire que les personnes incapables et les personnes à capacité juridique limitée peuvent-elles renoncer aux droits de succession? Bien que la loi n'indique pas très clairement qu'elles ne peuvent renoncer à leur droit d'héritage, l'article 8 de l' «Avis de la Cour Populaire Suprême sur certaines questions relatives à la Loi sur les successions de la République Populaire de Chine» stipule que «Le représentant légal représente la personne protégée pour exercer le droit d'héritage et le droit d'acceptation de legs, et ne doit pas nuire à ses propres intérêts. En principe, le représentant légal ne peut représenter la personne protégée pour renoncer au droit d'héritage et au droit d'acceptation de legs. Si les intérêts de la personne protégée sont manifestement lésés, la représentation est censée devenir invalide.» L'article 35 de la Partie générale du Code civil stipule que «Le tuteur doit exercer les fonctions de tutelle conformément au principe de l'intérêt supérieur de la personne protégée. Sauf pour les intérêts propres de la personne sous tutelle, les biens de celle-ci ne peuvent être disposés». Dans le cas d'un mineur, par exemple, un mineur est, par définition, considéré comme une personne totalement ou partiellement incapable, ses activités civiles doivent donc être représentées par un représentant légal (tuteur) ou avoir le consentement d'un représentant légal (tuteur), par conséquent, si un mineur renonce lui-même à son droit d'héritage, sa renonciation ne peut être qu'invalide. Si le représentant légal renonce, au nom du mineur, au droit de succession ou reconnaît le fait du mineur de renoncer à son droit d'héritage, la décision du représentant légal porte alors atteinte aux droits et intérêts légitimes de l'enfant mineur, et enfreint les dispositions de la loi, ce renoncement sera également invalidé.

Ainsi, nous pouvons en conclure que, les tuteurs ou représentants légaux des personnes incapables, telles qu'une personne handicapée, une personne âgée ou un mineur, dans l'exercice de leurs fonctions de tutelle ou de représentation, doivent examiner si leur acte est bien conforme aux exigences mêmes de la loi et s'il est avantageux ou non, pour les intérêts de la personne sous tutelle ou de la personne représentée, d'agir ainsi. Si le tuteur ne s'acquitte pas de ses devoirs de tutelle ou porte atteinte aux droits et intérêts légitimes de la personne protégée, il sera tenu pour responsable et, si ses actions causent des dommages économiques, il devra indemniser la personne lésée pour le préjudice subi. Le tribunal populaire peut aussi, à la demande d'une personne ou d'un organisme intéressés, révoquer la qualité du tuteur fautif.

IV Quelques services particuliers des notaires dans les affaires successorales

1. ENQUÊTE DE DILIGENCE

Généralement, l'acte notarial de succession est plus complexe et plus hasardeux que les actes ordinaires. En effet, le plus grand risque encouru est la fraude sur le nombre exact d'héritiers. Certains demandeurs d'acte notarial de succession, essaient par diverses tentatives, avec parfois le but de léser aussi les droits de succession d'autres héritiers, ou pour des raisons de commodité, dissimulent délibérément le nombre d'héritiers auprès du notaire.

Les victimes les plus courantes sont les personnes âgées, notamment les parents du défunt, et les personnes partiellement ou totalement incapables, telles que les mineurs et les personnes physiquement ou mentalement handicapées.

Selon les dispositions de la Loi sur les successions, les

parents du défunt sont parmi les héritiers du premier ordre, tout comme le conjoint et les enfants du défunt. En cas d'héritage, le type de fraude le plus courant consiste à dissimuler le fait que les parents du défunt sont encore en vie, pour détourner la part d'héritage de ces personnes âgées en portant gravement atteinte à leurs intérêts légitimes.

Dans le cas d'un héritier partiellement ou totalement incapable, tel qu'un mineur ou une personne physiquement ou mentalement handicapée, il se peut même parfois qu'il soit délibérément caché par d'autres héritiers. Il y a diverses raisons à cela, soit parce que la loi limite la disposition des biens des personnes incapables, donc les autres héritiers empêchent l'héritier incapable de devenir propriétaire pour que la disposition ultérieure soit plus commode, soit à cause de conflits d'intérêts notamment dans les familles recomposées.

Il y a tellement de raisons et de motivations qu'il est difficile de les énumérer une par une. Toutefois, les risques engendrés par ces fraudes sont presque les mêmes: premièrement, elles nuisent gravement aux intérêts des personnes vulnérables; deuxièmement, elles procurent d'énormes risques professionnels que le notaire ne saurait laisser passer; troisièmement, elles entraînent une augmentation du nombre de litiges judiciaires ainsi que l'alourdissement des coûts judiciaires subis par l'État. Par conséquent, afin de protéger les intérêts de tous les héritiers et d'éviter les risques professionnels, mener une enquête de diligence s'avère toujours obligatoire pour les notaires qui traitent un dossier d'héritage.

Pour le public, en raison de la difficulté des preuves, le processus de succession est souvent lent, coûteux et nécessite des services d'enquête du notaire. Compte tenu de la complexité et de l'importance de l'héritage, l'examen par le notaire de la situation familiale et du statut patrimonial du défunt est obligatoirement strict. Il en résulte que, lorsque les héritiers demande un acte notarial de succession, ces derniers doivent fournir au notaire une série de pièces justificatives telles que l'acte de décès du défunt, les preuves de parenté, de l'état matrimonial et des biens laissés par le défunt, etc. Dans la pratique, ce sont des documents simples en apparence pour les notaires, mais qui mettent souvent les héritiers en difficulté.

En raison de la croissance rapide de l'économie chinoise et du développement continu de l'urbanisation, la mobilité des populations urbaines et rurales s'est évidemment accélérée et la «société des connaissances» est progressivement remplacée par la «société des inconnus». Les informations familiales de chaque ménage ont tendance à être discrètes, et de nombreux comités des résidents communautaires, ayant subi des réorganisations et changements de personnel, ont très peu d'informations sur leurs résidents de communauté et leur histoire familiale, ce qui réduit les échanges entre les résidents et rend difficile l'obtention de preuves pour les héritiers. Dans le cas où les héritiers sont des personnes âgées, des mineurs, des personnes handicapées, etc., il leur est encore plus difficile de fournir ces pièces justificatives et tout retard dans l'obtention de l'héritage concerné rend leur vie plus difficile encore.

En réponse aux difficultés susmentionnées, les offices notariaux ont pleinement utilisé leurs propres avantages professionnels et lancé maints services d'enquête de diligence pour les affaires successorales.

L'enquête de diligence menée par l'office notarial est un service juridique notarial par lequel l'office, à la demande des clients, enquête sur les questions à clarifier et délivre un rapport juridique professionnel. Prenant exemple sur l'enquête faite dans le domaine de succession, ce mode de service a changé bien des situations difficiles telles qu'en rencontrent trop souvent les citoyens qui, ne pouvant pas résoudre les problèmes liés aux relations juridiques compliquées, perdent beaucoup de temps et d'énergie pour collecter des documents qui demeurent malheureusement non valides. Les notaires, dotés de compétences juridiques professionnelles, fournissent des services juridiques rapides et efficaces: ils mènent des enquêtes, vérifient et recherchent des preuves sur la base des indices fournis par les clients, tout en économisant au maximum les ressources humaines, matérielles et financières, résolvant ainsi la problématique concernant la difficulté d'apporter les preuves, que doivent fournir les clients.

2. HÉRITAGE DES PETITS DÉPÔTS BANCAIRES

Dans la pratique, les notaires rencontrent souvent des personnes âgées， inquiètes ou angoissées, ne pouvant pas retirer les dépôts bancaires, laissés par l'un de leurs parents qui est décédé, en raison des exigences de la loi et de la pratique du secteur bancaire. Lorsque le déposant décède, les héritiers légaux sont tenus de prouver à la banque leur qualité d'héritier et leur droit de retirer le dépôt, par un acte notarial de succession. Ce n'est qu'avec cet acte notarial que la banque gère les procédures de transfert ou de paiement, sauf en cas de jugement judiciaire.

Dans de nombreux cas, il ne s'agit que de petits dépôts bancaires. Quel que soit le montant du dépôt, il doit être strictement traité conformément à la procédure notariale de succession, il faut que tous les héritiers soient présents devant le notaire. Mais pour les familles qui n'héritent seulement que d'un petit dépôt bancaire, il leur semble que c'est «tuer un coq avec un couteau de boucher» (C'est chercher àcasser trois pattes à un canard). Surtout quand un ou plusieurs héritiers sont dans une ville lointaine ou à l'étranger, ils seront tentés de choisir de renoncer à l'héritage par une déclaration signée devant un notaire local, ou de rentrer pour se présenter chez le notaire qui s'occupe de l'héritage, mais dans les deux cas, cela prend non seulement beaucoup de temps et reste laborieux pour les héritiers, les coûts dépassent parfois même de loin le montant du dépôt, ce qui finit par amener les héritiers à abandonner ce petit patrimoine, engendrant des comptes bancaires qu'on appelle des «comptes dormants » pour ne pas dire «décédés».

Afin d'aider les héritiers à résoudre ce problème des petits dépôts bancaires, les notaires chinois ont beaucoup réfléchi pour trouver une solution, ainsi de nombreux modèles ont été créés.

Par exemple, certains notaires ont adopté une procédure sommaire (simple et rapide) pour l'héritage de ces petits dépôts bancaires, et cette idée découle de la procédure sommaire prévue dans le Code de procédure civile. Pour les demandes d'héritage des petits dépôts bancaire dont le montant est inférieur à un certain chiffre, et dont le notaire estime que les relations juridiques en matière de succession sont simples et claires, le notaire peut alors délivrer un acte notarial de succession après un examen formel sur le certificat de décès, le titre de propriété et les relations entre les héritiers légaux et le défunt. Afin de prévenir tous risques, les notaires sont généralement attentifs à deux points particuliers: premièrement, ils exigent que tous les héritiers présents signent une lettre de garantie, s'engageant à ce qu'il n'y ait aucun héritier dissimulé et que chacun accepte d'assumer toutes les conséquences économiques et juridiques en cas de dissimulation d'héritier; deuxièmement, le notaire avertira dans l'acte notarié que cet acte ne peut être utilisé que pour retirer le dépôt bancaire du défunt et non à d'autres fins, évitant ainsi que l'acte notarié pour l'héritage d'un petit dépôt soit utilisé comme preuve pour d'autres sujets.

Un autre exemple, certains offices notariaux ont créé le certificat d'héritier conservateur. Lorsque le montant du dépôt est inférieur à un certain chiffre, le notaire peut délivrer un certificat d'héritier conservateur à tout héritier du défunt. Ainsi, le titulaire pourra montrer ce certificat à la banque afin de retirer le dépôt et le conserver. En retour, le titulaire du certificat doit promettre que le dépôt sera réparti entre les héritiers conformément à la loi ou à un accord convenu préalablement entre eux. En d'autres termes, l'acte délivré par le notaire n'est simplement plus considéré comme un acte notarié de succession, et de ce fait, le notaire ne demande pas la présence de tous les héritiers. Ceci est une innovation que le notaire propose dans la fourchette des risques contrôlables.

Afin de résoudre le problème d'héritage des petits dépôts pour les clients, en particulier pour les personnes âgées, les notaires de différentes provinces se sont adaptés aux conditions locales pour trouver des solutions appropriées et ont démontré que le droit n'est pas toujours comme le dit l'adage «Dura lex sed lex»(La loi est dure, mais c'est la loi.), contribuant ainsi à la diminution des «comptes bancaires dormants» et à la fluidité des procédures.

3. CONSEIL PRIVÉ DU DROIT FAMILIAL

Avec le développement de la société, de plus en plus de consultants privés apparaissent dans nos vies, nous fournissant des services personnalisés et exclusifs. C'est le cas des consultants privés de sécurité, des consultants privés d'image, des consultants privés de finance, etc. Dans le domaine juridique, quand il s'agit d'un conseil privé, les gens penseront d'abord aux avocats. Mais le service de conseil privé des avocats est payant et l'on comprend que la plupart de ces demandeurs appartiennent alors à la classe moyenne ou supérieure des gens aisés.

Tandis que le service du notaire concerne tous les citoyens, riches comme pauvres, favorisés ou vulnérables. Comment le service de conseil juridique privé peut-il être «popularisé», ce service juridique privé haut de gamme peut-il être intégré dans la vie quotidienne du public? C'est une question à laquelle le notariat chinois réfléchit actuellement. Les avocats et les notaires sont tous des forces indispensables dans le système juridique en Chine, car ils ont des rôles différents dans chaque domaine. Il y a cependant une différence majeure entre ces deux professions, comme le soulignent certains experts: les avocats ne peuvent délivrer un acte notarié et les notaires ne peuvent comparaître devant le juge, c'est la seule différence. Nous pouvons observer que les avocats et les notaires peuvent tous deux jouer ce rôle de conseil juridique. Cependant, à y regarder de plus près, les notaires peuvent en faire plus que les avocats dans certains domaines, tel que le domaine du droit familial. En plus, le service d'avocat est rentable, tandis l'office notarial sur lequel le notaire s'appuie n'a pas pour objectif la rentabilité selon la définition de la Loi sur le notariat, il s'agit donc d'un service juridique accessible pour tous et pouvant naturellement assumer le rôle de conseiller privé pour tous. Les personnes vulnérables telles que les personnes âgées et les personnes handicapées, sont au centre des services notariaux de conseil privé, notamment quand il s'agit du droit familial.

En tant que conseil privé du droit familial, le notaire fournit ses services de conseil sur les questions juridiques liées à la famille, telles que le mariage, les régimes matrimoniaux, la tutelle des enfants, la fiducie testamentaire, les successions, le testament, le legs, la tutelle testamentaire, la tutelle conventionnelle, etc.

En combinaison avec le champ d'activités des offices notariaux tel que stipulé dans la Loi sur le notariat, à propos des questions et relations juridiques liées aux affaires familiales, le service de conseil juridique privé du notaire concerne principalement les prestations suivantes:

A. La planification et la protection des biens avant le mariage.

B. Conseils sur les régimes matrimoniaux.

C. Conseils sur le divorce.

D. Conseils pour anticiper la succession.

E. Conseils et solutions pour soutenir les personnes âgées: la tutelle conventionnelle, contrat de legs et de soutien, etc.

F. Conseils sur la transmission des entreprises familiales.

G. Évaluation des risques et planification des mesures d'urgence.

S'appuyant sur une riche expérience dans le domaine des contrats, de la succession, du testament, du partage des biens, des régimes matrimoniaux, etc., le service de conseil juridique privé du notaire est de plus en plus accepté par le public, et il est gratuit pour les personnes vulnérables, en leur garantissant une meilleure accessibilité.

V Un exemple

Un jour de juin 2016, une vieille dame, Madame A, accompagnée de sa fille Madame B, est venue dans notre étude, l'Office notarial L, pour l'héritage d'un appartement laissé par son mari décédé M. C. Cette vieille dame avait l'air très triste, elle informa le notaire que la

famille avait été durement frappée cette année-là. Tout d'abord, son mari M. C mourut de maladie, puis sa fille aînée, Madame D, décéda d'un accident de voiture, laissant deux fils dont l'aîné M. E est né avec une déficience intellectuelle, et le cadet M. F est encore mineur et doit être pris en charge. Le notaire a également appris que Madame A et son mari n'avait que deux enfants, dont Madame B et Madame D.

Le notaire a expliqué à la vieille dame que, selon la Loi sur les successions et la Loi sur le mariage, la moitié de l'appartement était le patrimoine de M. C et l'autre moitié était la propriété de la vieille dame.

Le notaire a appris que les parents de M. C étaient morts avant lui, donc selon la Loi sur les succession, Madame A, Madame B et Madame D étaient les trois héritières à pouvoir se partager ce patrimoine. Parce que Madame B est décédée après la mort de M. C et avant le partage du patrimoine, sa part d'héritage est transférée à ses héritiers légaux: sa mère Madame A, son mari M. G (qui est aussi le représentant légal de M. E et M. F), et ses deux fils M. E et M. F.

Étant donné que M. E et M. F ne sont pas dotés de la pleine capacité juridique, ils ne peuvent pas renoncer à leur droit d'héritage et doivent être représentés par leur père M. G.

Après avoir tout bien expliqué, le notaire leur a préparé une liste détaillée des documents requis et a conçu pour eux un programme de la procédure de succession. En raison de l'implication de personne âgée, de personne handicapée et de mineur, le notaire a traité cet héritage par la «voie verte», qui est une mesure spéciale dans le notariat pour aider les personnes vulnérables.



SOUS-THÈME VI

Outils testamentaires pour la protection des personnes vulnérables

Avec le progrès des temps et l'évolution de la société, la protection des droits juridiques des mineurs, des handicapés, des personnes incapables et des personnes âgées fait de plus en plus l'objet d'une attention sans précédent, de même que les droits de propriété familiale et individuelle et l'héritage patrimonial concernant toutes ces personnes vulnérables. En même temps, la conscience juridique des gens devient de plus en plus forte et ils sont plus enclins à résoudre les problèmes susmentionnés en faisant appel à des services juridiques.

Les offices notariaux exercent le pouvoir d'authentification confié par l'État, et le notariat fait partie intégrante du système judiciaire du pays. Le notaire joue un rôle important dans la prévention des litiges, la sauvegarde de l'état de droit et la consolidation de l'ordre juridique. Avec son professionnalisme juridique et sa foi publique, le notaire offre au public un service juridique complet, à tous niveaux, incarnant au mieux la fonction publique consistant à servir le peuple. Par conséquent, il incombe au notaire d'apporter des solutions aux problèmes sociaux découlant du développement économique et social et d'assumer les responsabilités sociales de service juridique aux personnes vulnérables en particulier.

Le notaire fournit des services juridiques au public dans les domaines civils, économiques et internationaux, avec sa fiabilité publique, ses connaissances juridiques professionnelles et ses riches expériences de la pratique. Cet article ne traite que du sujet concernant le testament, le legs (testamentaire) et le contrat de legs et de soutien à la vieillesse, qui sont les trois principaux outils juridiques pour organiser l'héritage à l'avance et trois activités notariales bien proches de la vie des personnes âgées et des mineurs.

I TESTAMENT

Un testament est un acte juridique fait par le testateur d'une manière légale pour disposer de son vivant de son patrimoine et d'autres affaires, et qui prendra effet dès le décès du testateur. L'acquisition du patrimoine par un héritier légal par le testament est appelée héritage testamentaire, et lorsque le testateur laisse par testament son patrimoine à une personne physique ou à une organisation autre que ses héritiers légaux, on l'appelle alors un legs. L'analyse du legs sera présentée dans la partie suivante.

L'une des caractéristiques de l'héritage testamentaire est que le bénéficiaire doit être parmi les héritiers légaux du défunt. Le testament peut maximiser l'autonomie du propriétaire du bien, et le testateur disposer de son bien selon sa propre volonté, tout en évitant les éventuels conflits de succession entre les héritiers légaux après son décès.

En pratique, la plupart des personnes âgées ne savent pas comment faire un testament valide, il en résulte qu'après le décès du testateur, le testament est jugé invalide à cause de l'absence de certains éléments, et que la volonté du testateur ne pourra être réalisée. Selon des statistiques des tribunaux, plus de 60% des testaments non notariés passés par le tribunal ont été déclarés nuls par le juge, surtout les testaments établis par les personnes âgées. Mais le testament notarié peut parfaitement résoudre ce problème, pourquoi le notariat peut-il se voir attribuer une si grande mission? Nous énumérons ici quatre raisons:

A. Priorité juridique

L'article 20 de la Loi sur les successions de la République Populaire de Chine dispose que «Le testateur peut révoquer ou modifier son testament. S'il y a plusieurs testaments dont les contenus sont en conflit, le dernier testament prévaudra. Le testament olographe, le testament écrit par une tierce personne, le testament sous forme d'enregistrement sonore ou le testament oral ne peuvent ni révoquer ni modifier le testament notarié.» L'article 42 de l' Avis de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur les successions dispose que «Si le testateur a établit plusieurs testaments contradictoires sous différentes formes, en présence de testaments notariés, c'est le dernier testament notarié qui fait foi. S'il n'y a pas de testament notarié, c'est le dernier testament qui fait foi.» On peut constater que dans le cadre juridique actuel, les testaments notariés ont priorité sur les autres.

B. L'avantage du notaire dans la pratique

Le notaire est doté de connaissances juridiques professionnelles et de riches expériences dans la pratique. Lors de la réception d'un testament, le notaire informera pleinement le testateur de la portée et des conséquences juridiques du testament, il fournit également un service professionnel de rédaction pour exprimer avec exactitude la volonté du testateur. En matière d'équipement, la plupart des offices notariaux disposent de salles spéciales pour les testaments, équipées d'une caméra filmant tout le processus, cela assure la confidentialité et le testateur peut librement exprimer sa volonté dans un espace bien privé.

C. La recherche testamentaire peut être effectuée aisément et rapidement chez le notaire

En 2014, l'Association des notaires de Chine a mis en ligne la «Plate-forme nationale de registre et de recherche des testaments notariés», où sont inscrits plus d'un million de testaments notariés reçus par les notaires depuis 1980, l'année du rétablissement du notariat chinois[14]. Lorsque les héritiers veulent faire une recherche d'un testament notarié, si leur demande remplit les conditions requises, il leur suffit de s'adresser à un office notarial (n'importe lequel) en Chine pour savoir si le défunt a laissé un testament notarié. Selon les règlements, le dossier du testament notarié doit être conservé à une durée permanente. En même temps que les dossiers papiers sont archivés, la plupart des offices notariaux utilisent également des techniques informatiques pour effectuer une conservation dématérialisée des dossiers, optimisant ainsi davantage les conditions de consultation des testaments notariés.

D. L'établissement et la révocation d'un testament notarié sont des procédures extrêmement rigoureuses

Selon la procédure d'authentification notariale, le testament devrait être reçu par au moins un notaire et un collaborateur, et le notaire doit signer l'acte notarié. Dans une situation d'exception ou d'urgence où un seul notaire serait présent, il est permis de demander l'aide d'un témoin, mais cela est très rare. Lors de l'entretien avec le testateur, le notaire est tenu de se concentrer sur la vérification de l'identité du testateur, sa capacité juridique, la véracité de sa volonté, ainsi que l'existence ou non d'une contrainte quelconque ou d'une tromperie possible, etc. Dans le processus de testament, le notaire devrait communiquer avec le testateur seul et éviter la présence d'autres personnes. Cela évite le cas oùles testateurs, surtout les personnes âgées, sont forcés pour des raisons physiques et psychiques, et garantit la véritable autonomie des testateurs. La procédure de modification et révocation du testament notarié est également très rigoureuse et différente de celle des autres types de testaments: pour ce faire, il faut dresser un autre testament notarié afin de produire les effets escomptés[15].

Les notaires chinois utilisent pleinement leurs propres avantages en combinant leurs expériences avec la situation actuelle des personnes âgées et des mineurs en Chine, pour affiner, consolider, élargir et innover le régime de testament notarié afin de fournir de meilleurs services juridiques aux personnes âgées et aux mineurs. Nous prenons pour exemple les pratiques de l'Office notarial L (l'office où travaillent les deux auteurs) pour présenter la tutelle testamentaire, la conservation notariale du testament et le testament de tendresse, trois activités qui interprètent parfaitement le rôle du notaire dans la protection des personnes vulnérables, notamment les personnes âgées et les mineurs.

1. La tutelle testamentaire, un nouvel outil pour protéger l'enfant mineur ou l'enfant majeur incapable

Avant la promulgation de la Partie générale du Code civil de la République Populaire de Chine, les lois chinoises telles que les Principes généraux du Code civil, la Loi sur le mariage, la Loi sur l'adoption et la Loi sur la protection des mineurs offraient un certain degré de protection à la tutelle des mineurs et des majeurs incapables, mais ne prévoyaient que deux formes de tutelle qui sont, en l'occurrence, la tutelle légale et la tutelle désignée.

La Partie générale du Code civil, qui a été officiellement mise en œuvre le 1er octobre 2017, a créé le régime de tutelle testamentaire par son Article 29, stipulant que «Si les parents de la personne protégée agissent en tant que tuteurs, ils peuvent désigner le futur tuteur de l'enfant par un testament.» Il s'agit d'une innovation historique dans le système de tutelle et de la protection juridique des personnes vulnérables.

La Partie générale du Code civil assimile les diverses expériences avancées de l'état de droit en Chine ainsi que les usages et la pratique juridique ou judiciaire courante au niveau mondial. C'est ainsi que la Partie générale du Code civil prend progressivement les intérêts des mineurs et des majeurs incapables comme un but et un objectif législatifs à poursuivre et à élaborer, d'autant que ce sujet de droit incarne,voire symbolise, également la nature même du droit privé comme celle du droit civil et le principe fondamental de l'autonomie.

Selon les dispositions de ladite loi, la tutelle testamentaire est un acte civil unilatéral par lequel les parents désignent, par testament, un futur tuteur pour leur enfant mineur ou leur enfant majeur totalement ou partiellement incapable[16]. On peut y observer que le testateur ne peut être que l'un des parents de la personne protégée, incluant les parents biologiques, les parents adoptifs, le beaux-père (ou la belle-mère) ayant élevé l'enfant du conjoint issu d'un mariage précédent. La Partie générale du Code civil précise ensuite bien que le champ d'application comprend les enfants mineurs et les enfants majeurs totalement ou partiellement incapables[17].

La tutelle testamentaire ouvre non seulement une nouvelle voie pour la protection des mineurs et des majeurs incapables, mais apporte également de nouvelles oppor-

tunités et de nouveaux défis au notariat chinois. Au début de l'année 2018, l'Office notarial L avait traité une affaire concernant la tutelle testamentaire, cette affaire peut être prise comme exemple pour nous montrer un aspect de la pratique notariale dans ce nouveau domaine.

PROFIL DE L'AFFAIRE:

Mme A, 45 ans, habitante de Chengdu, dans la province du Sichuan, dont l'époux était décédé et qui se retrouvait veuve depuis 2017 et ne s'était pas remariée. Mme A avait perdu aussi ses parents et se retrouvait donc seule avec deux fils mineurs que nous nommerons B et C. Les grands-parents paternels de B et C étaient encore en vie mais entretenaient une mauvaise relation avec Mme A. À un moment donné, Mme A avait exprimé quelques vives inquiétudes principalement pour deux raisons: premièrement, quand elle examinait la situation factuelle et relationnelle de sa famille, elle craignait que s'il advenait qu'elle décède des suites d'une maladie plus ou moins longue ou d'un accident imprévisible, que ses enfants n'aient plus la protection qu'elle désire tant leur prodiguer; deuxièmement, Mme A possédait beaucoup de biens, elle avait donc peur, qu'après sa mort, les biens ne puissent pas être correctement répartis ou disposés selon ses propres souhaits. Ayant entendu dire que le notaire était un professionnel du droit civil et de la prévoyance en ce domaine et qu'il pouvait sans aucun doute apporter des solutions aux problèmes qu'elle évoquait, Mme A s'est donc enquit de se présenter à l'Office notarial L de Chengdu Début 2018, Mme A se retrouve chez le notaire, accompagnée par M. D et M. E qui avaient accepté d'être les éventuels futurs tuteurs de B et de C après le décès ou la possible perte de capacité juridique de leur mère Mme A. Le notaire Maître WANG les a reçus et a discuté avec eux. Le notaire a pu observer et confirmer en un premier lieu que Mme A, M. D et M. E étaient bien sains d'esprit. Mme A souhaitait établir un testament afin de pouvoir disposer de son patrimoine comme elle l'entendait en prévision du futur, désignant alors M. D et M. E en tant qu'exécuteurs testamentaires. Mme A souhaitait également désigner le futur tuteur de ses propres enfants B et C et le signifier par testament, pour ce faire, elle choisi et désigna M. D comme tuteur et M. E en tant que tuteur substitut, en précisant bien que le travail de M. D et comme celui de M. E sera rémunéré pour cette tâche précise.

Après avoir observé que la demande était recevable et accepté d'établir le testament notarié, le notaire Maître WANG conduit Mme A dans la salle de conservation des preuves équipée de caméra, afin de bien l'informer à propos de plusieurs précautions qu'il s'agit de ne pas négliger:

1) Le notaire a tout d'abord expliqué la notion juridique du testament et de la tutelle testamentaire, le cadre, la portée ainsi que les effets juridiques d'une telle décision. Suite à cela, Mme A, en confirmant son choix, a clairement exprimé sa volonté d'établir un testament, afin d'anticiper son héritage et de désigner ses amis de confiance M. D et de M. E en tant qu'exécuteurs du testament et comme futurs tuteurs de ses propres enfants B et C. Il est convenu qu'après le décès de Mme A, M. D et de M. E procéderont à l'exécution du testament à propos du patrimoine, et assumeront les devoirs de tuteur.

2) Le notaire a également indiqué que la loi chinoise ne spécifiait pas encore la priorité de la tutelle testamentaire. Or, selon ses dires et confidences, Mme A entretenait de mauvaises relations avec ses beaux-parents, les grands-parents paternels de ses enfants mineurs, et envisageait la probabilité que ces grands-parents, ayant la qualité d'éligibilité pour devenir tuteur légal, mettent en cause la tutelle testamentaire qu'elle était en train de mettre sur pied avec son notaire. Dans ces cas-là, le juge tiendrait certainement compte de la volonté du testateur, mais il envisagerait probablement aussi la situation globale afin de désigner un tuteur qui corresponde à la situation la plus favorable au mineur. Après l'explication donnée par le notaire, Mme A a précisé qu'elle avait bien compris les problèmes mentionnés ci-dessus.

3) En un dernier temps, le notaire a enfin informé Mme A que le testament était un acte civil unilatéral, et que la présence du tuteur testamentaire n'était pas

obligatoire. Mais pour une bonne mise oeuvre du testament, il demeurerait préférable de conclure aussi un contrat avec le futur tuteur, pour convenir des détails de la tutelle. Le notaire a également informé sa cliente à propos de divers éléments et détails qui doivent absolument être compris et notés aussi.

Après avoir discuté avec le notaire, Mme A a confirmé et précisé de nouveau qu'elle était disposée à établir un testament notarié. Ce en quoi, le notaire a rédigé le testament selon les souhaits de la cliente, qui ensuite a confirmé et signé le document, il est à noter que tout le processus a été filmé.

Après l' établissement du testament, et suivant les conseils du notaire, Mme A, M. D et de M. E ont volontairement demandé un autre acte notarié concernant le contrat de tutelle testamentaire, sur lequel sont stipulés tous les détails de la tutelle choisie avec toutes les précisions permettant d'éviter tout litige éventuel ou futur. Ainsi, les problèmes qui avait inquiété à l'origine Mme A ont trouvé solutions et ont été bien résolu de façon légale et rassurante.

ANALYSE ET COMMENTAIRES

1) LOIS CONCERNÉES

A. Article 29 de la Partie générale du Code civil de la République Populaire de Chine:

Si les parents de la personne protégée agissent en tant que tuteurs, ils peuvent désigner le futur tuteur de l'enfant par testament.

B. Article 11 de la Loi sur le notariat de la République Populaire de Chine, qui dispose de l' étendue des activités notariales.

2) POINTS CLÉS POUR LE NOTAIRE

A. Le notaire doit examiner si le testateur et les parties concernées par le contrat de tutelle testamentaire sont sains d'esprit et dotés de leur pleine capacité juridique, il doit aussi faire attention à ce que le testateur soit le père ou la mère de l'enfant mineur et n'ait pas perdu la qualité de tuteur de son enfant.

B. Le notaire doit clarifier aux clients la signification, les risques et les effets juridiques du testament et du contrat de tutelle ainsi que les pouvoirs et obligations respectifs du testateur et du futur tuteur.

C. Dans le cas évoqué ci-dessus, vu que les grands-parents paternels des enfants mineurs sont encore vivants, le notaire doit informer les parties qu'il se pourrait que les grands-parents, ayant la qualité de tuteur légale après le décès de la mère de ces enfants, puisse mettre en cause la tutelle testamentaire.

D. En ce qui concerne la rédaction du testament, dans la pratique, la plupart d'entre eux sont rédigés par le notaire et expriment pleinement la volonté du testateur. Le contenu sur la tutelle doit être aussi détaillé que possible afin d'éviter tout malentendu et risque de litige afin de pouvoir être exécuté et mené à bien dans l'avenir.

En résumé, étant donné que la législation en matière du droit civil en Chine, encore en constante évolution, échafaude et structure les aspects juridiques et pratiques dans bien des domaines, il est donc facilement concevable que les textes qui concernent principalement notre sujet actuel sont encore à parfaire. Ainsi, en ce qui concerne la tutelle testamentaire, il nous faudra aussi attendre les règlements d'application, c'est pour cela que pour le moment, les services professionnels du notaire sont indispensables pour le public afin d'éviter bien des litiges.

Assurément, le notaire doit non seulement se conformer aux lois et réglementations en vigueur, mais aussi veiller à l'intérêt maximisé des enfants mineurs ou des enfants majeurs incapables, en portant une attention toute particulière aux points suivants:

A. Conformément à l'article 29 de la Partie générale du Code civil, les parents de l'enfant mineur ou de l'enfant

majeur incapable peuvent désigner le futur tuteur de leur enfant par testament. Le testament est un acte juridique unilatéral, c'est à dire qu'il n'indique pas si le tuteur désigné accepte ou non la mission ni s'il aurait éventuellement posé quelques conditions préalables. Même si le tuteur désigné acceptait oralement sa mission, cela n'exclurait pas cependant la possibilité qu'il s'en repente ou ne s'accorde plus à poursuivre sa tâche de tuteur. Par conséquent, dans le processus du testament, afin de garantir l'exécution effective du testament et la protection des mineurs ou des majeurs incapables, le notaire doit s'acquitter de son devoir d'explication et informer le testateur qu'il est préférable de discuter préalablement avec le futur tuteur souhaité pour être véritablement assuré d'avoir son consentement en connaissance de causes. C'est aussi dans cette perspective qu'il s'avérera important de signer un contrat de tutelle chez le notaire même, parce que le contrat de tutelle pourra ainsi mieux refléter les exigences de chacune des parties, en considérant et en évaluant leurs droits et obligations de chacun, ainsi que l'ordre éventuel des tuteurs s'il advient qu'ils soient plusieurs, sans compter aussi d'évoquer la nécessaire surveillance qui garantie une certaine sérénité selon l'adage «la confiance n'exclue pas le contrôle», et tout ceci, bien entendu, dans le but d'éviter tout litige ou de permettre d'apporter une solution aux règlement des litiges éventuels.

B. En ce qui concerne la désignation du tuteur testamentaire, le notaire peut tout à fait conseiller au testateur de désigner deux ou trois tuteurs dignes de confiance et qui seraient aussi acceptés par l'enfant, afin de veiller à ce que les mineurs ne subissent pas une lacune de surveillance et de protection. Le notaire pourra aussi guider le testateur pour que celui-ci précise l'ordre de tuteur parmi les candidats ainsi que les conditions et les procédures de remplacement de tuteur. Il ne faudra pas négliger aussi d'évoquer les conditions et procédures au cas où il s'agisse de démission de tuteur.

C. Quant à la gestion des biens de la personne protégée, il faut que le tuteur soit tenu de dresser régulièrement un inventaire à l'image de celui qui a été établi dans l'acte notarié, avec la liste des biens et un rapport détaillé des comptes divers, tout ceci pouvant être consulté à chaque instant ultérieurement. L'article 35 de la Partie générale du Code civil stipule que «Le tuteur doit exercer les fonctions de tutelle conformément au principe de l'intérêt supérieur de la personne protégée. Nul ne peut disposer librement des biens de la personne protégée hormis dans le cas express des intérêts propres de celle-ci.». Mais comment estimer ou définir les cas de figure représentés par l'expression «pour les intérêts propres de la personne sous tutelle»? La loi, sur ce point précis, n'est pas encore assez explicite. Afin d'éviter le risque que le tuteur testamentaire n'abuse de son pouvoir et en vienne à disposer arbitrairement des biens de la personne sous tutelle, le notaire doit conseiller le testateur d'être justement fort clair en chaque point évoquant l'état et les conditions de disposition des biens. Si ces conditions particulières ne sont pas remplies, la disposition des biens est strictement interdite.

D. La raison pour laquelle le tuteur accepte d'assumer les responsabilités de tutelle est généralement due à une bonne relation personnelle entretenue avec le testateur, mais la tutelle risque malheureusement parfois d'alourdir les charges quotidiennes du tuteur, que ce soit au niveau économique, de l'emploi du temps aussi ou encore en ce qui concerne l'énergie psychique. Sans compter les répercutions qu'il reste à considérer dans les relations entre le tuteurs et ses proches. C'est pourquoi, en vertue d'une conformité au principe d'équité, le testateur envisagera d'allouer au tuteur un certain dédommagement à l'aide d'une rémunération raisonnable établie d'avance, afin que le tuteur puisse mieux s'acquitter de ses tâches de tutelle sans subir les tracas annexes dus aux répercussions d'un surcroît de responsabilités.

E. Enfin, en ce qui concerne la surveillance ou le contrôle de la tutelle, le notaire peut aussi suggérer au testateur de choisir une autre personne de confiance en tant que superviseur et de définir clairement les tâches et responsabilités de ce superviseur. Le notaire, par son habitude et son expérience du domaine, peut aider le testateur à définir le cadre d'action du superviseur dans le contrat de tutelle testamentaire, par exemple le droit de vérifier le compte rendu du tuteur et d'en apprécier les dépenses. L'accord devrait également donner au su-

perviseur le droit de demander au tribunal la révocation éventuelle de la qualité de tuteur à celui qui a été nommé s'il advenait que les droits de l'enfant soient transgressés. Sans toutes ces précisions, le superviseur n'aurait en effet aucun moyen d'exercer une quelconque surveillance afin d'assurer son rôle.

2. Conservation notariale des testaments non notariés

Depuis le rétablissement du notariat chinois dans les années 1980, la conservation des testaments non notariés a toujours fait partie de l'activité juridique et institutionnelle du notaire. C'est ainsi que nous le notons déjà dans l'article 4 du Règlement provisoire sur le notariat, promulgué par le Conseil des Affaires d'État le 13 avril 1982, tout comme dans le Règlement détaillé sur les testaments notariés publié par le Ministère de la Justice, ou encore notamment dans l'article 12 de la Loi sur le notariat qui stipule que «Selon la demande d'une personne physique, morale ou d'une quelconque organisation, le notaire peut prendre en charge la conservation des testaments, du patrimoine ou d'autres biens, ainsi que tout autres articles et documents en rapport avec un acte notarial.» La conservation des testaments est une activité auxiliaire du notaire, il ne s'agit ici que des testaments non notariés (testament olographe et testament écrit par une tierce personne), alors que la conservation des minutes des testaments notariés est obligatoire, gratuite et permanente.

En Chine, les offices notariaux sont les seuls organismes explicitement autorisés par la loi pour la conservation du testament et du patrimoine. La conservation des testaments chez le notaire présente de nombreux avantages.

Premièrement, les testateurs n'ont généralement pas un bon sens de la garde du testament et lorsque le testateur décède, le bénéficiaire ne peut pas trouver le testament ni réaliser le souhait du testateur. Tandis que lorsque le testament est conservé chez le notaire, il sera déposé dans un endroit sécurisé. Et après le décès du testateur, les ayants droit, informés par le notaire ou l'exécuteur testamentaire, peuvent s'adresser au notaire pour obtenir le testament.

Deuxièmement, le testateur n'est souvent pas capable de garder le testament en toute confidentialité et ne peut donc pas assurer que le secret absolu de sa volonté soit préservé. La conservation par le testateur lui-même pourrait conduire à la découverte du testament par des tiers, voire encourager à créer une falsification, tandis que la conservation chez le notaire, elle, a le pouvoir absolu d'assurer cette confidentialité du testament, lui garantissant par la même occasion une sécurité.

La conservation des testaments par notaire se doit de jouer un rôle important dans la protection des intérêts légitimes de personnes vulnérables tels que les personnes âgées en l'occurrence. Mais dans la pratique, il est à déplorer que la conservation de testament ne soit pas encore très populaire auprès des masses, en particulier des personnes âgées, de sorte qu'actuellement elle ne représente qu'une très faible proportion parmi les activités notariales. Cela montre qu'en tant que notaire, nous n'avons pas encore su bien utiliser cet outil juridique pour la protection des personnes âgées, et nous pouvons en résumer deux principales raisons[18]:

Premièrement, il y a un certain «chevauchement» entre la conservation des testaments non notariés et la conservation des testaments notariés. En fait, la plupart des personnes âgées préfèrent établir un testament notarié plutôt que de faire conserver chez le notaire un testament olographe ou écrit par une tierce personne, tout simplement parce que les avantages du testament notarié (effets prioritaires, service professionnel de conseil et de rédaction, etc.) sont des plus évidents, sans compter que sa conservation est gratuite. C'est l'argument majeur que bon nombre d'offices notariaux n'ont pas suffisamment bien avancé afin de développer comme il se devrait cet outil institutionnel qui pourrait tant servir le public, et tout particulièrement les personnes âgées. En conclusion de ceci, nous espérons que le développement de la conservation des testaments puisse bénéficier d'améliorations du dispositif législatif à venir.

Deuxièmement, jusqu'àl'année 2016, il n'y avait pas encore de plate-forme nationale pour effectuer une recherche de testaments non notariés mais conservés chez les notaires, si bien que les notaires ne pouvaient pas effectuer, pour leur clients, une recherche de ce genre de testaments au niveau national, cela a beaucoup freiné le développement de cet outil pourtant si pratique et important.

Comment briser le dilemme actuel qui est de réussir à intégrer les testaments olographes et les testaments écrits par autrui dans le travail quotidien du notaire? Comment aussi innover les modes de service pour les personnes âgées? Ces deux questions sont devenues un des points clé du développement même du notariat chinois. Les notaires chinois unissent leurs efforts pour améliorer le système et services de la conservation des testaments et se concentrent particulièrement sur les points suivants:

A. Les notaires chinois, s'appuyant sur la Plate-forme nationale de registre et de recherche des testaments notariés (où sont inscrits déjà plus d'un million de testaments notariés), cherchent ày inscrire également, sur cette plate-forme, les testaments non notariés. Ceci doit se faire par le biais d'une procédure judicieuse et rationnelle, pour la faire évoluer en une véritable plate-forme nationale de registre et de recherche pour toutes les catégories de testaments et construire à la fois un réseau notarial de service en matière de testament pour tous les citoyens, notamment pour les les personnes âgées.

En février 2016, l'Association des notaires de Chine a publié les «Avis directeurs sur la conservation des testaments», établissant ainsi les règles mêmes de la conservation des testaments chez le notaire et indiquant la direction à suivre pour promouvoir cette activité notariale dans tout le pays. Les «Avis directeurs sur la conservation des testaments » comportent deux avancées notables: la première, c'est qu'ils ont dépassé l'exigence voulant que la plate-forme existante ne reçoive que l'inscription des testaments notariés. L'inscription des testaments olographes ou écrits par autrui, conservés chez le notaire, devient dès lors obligatoire, cela a contribué à la réalisation de ce que l'on appelle maintenant et communément le Big Data. La seconde avancée se manifeste par le fait de simplifier et de faciliter le processus même de la conservation du testament pour la rendre plus accessible, et de ne plus devoir procéder à un examen approfondi du contenu du testament, tout en le remplaçant par des notifications et confirmations nécessaires.

B. Positionner plus précisément l'activité notariale de la conservation des testaments, pour la différencier du testament notarié dont la conservation est gratuite. L'Office notarial L a mené une enquête par interview dans une communauté de Chengdu auprès de 50 personnes âgées, devant répondre à la question suivante: «Connaissez-vous la conservation des testaments chez le notaire?». Le résultat montre que 45 d'entre eux ont confondu la conservation des testaments chez le notaire avec l'établissement d'un testament notarié, 3 personnes ont répondu qu'ils ne connaissaient pas ce que c'était la conservation des testaments chez le notaire, et les 2 autres personnes ne savaient pas que la conservation ne concernait que des testaments non notariés. Cette enquête a permis de constater que la propagande notariale sur la conservation des testaments était insuffisante, et que la vulgarisation sur la nature et l'importance de cette activité notariale devait être renforcée.

C. Dans le cadre du système, il est nécessaire d'affiner les règles de fonctionnement de la conservation des testaments et de clarifier la durée et le coût de la conservation.

Certes, de nombreux détails de cette activité doivent être reconnus et innovés en permanence dans le processus de pratique, y compris la qualification des demandeurs, les types de testaments, la nécessité d'une forme scellée, etc. Nombre d'offices notariaux ont fait des essais fructueux, car compte tenu de la forte demande potentielle, il y aura certainement une plus grande avancée et des règles d'application parfaites.

Par conséquent, en termes de développement à long terme, en tant que type important de services étendus du notaire, l'activité de conservation de testaments joue un rôle important dans la protection des droits des per-

sonnes âgées et peut activement promouvoir la position dominante du notaire dans le domaine de l'héritage. En particulier, l'intégration des données sur la plateforme nationale du notariat chinois renforcera considérablement la crédibilité du notariat et favorisera la réalisation des dernières volontés des personnes âgées.

3. Testament de tendresse (ou testament affectif)

En tant que l'une des activités traditionnelles du notariat, le testament notarié a toujours été considéré comme un exemple typique des «activités légales» (prescrites dans la loi) des notaires chinois. Comme l'indique l'Association des notaires de Chine dans le «Rapport sur le développement du testament notarié»: «Au cours des trois dernières décennies, le notariat a participé au travail d'interprétation et de vulgarisation de la loi dans le domaine de l'établissement du testament et de la succession. Les actes notariés que les notaires ont pris soin de dresser ont permis de remédier à la contradiction qui existe entre les dispositions des lois et le patrimoine croissant de la population ainsi que le désir d'hériter de la propriété privée.»

Notamment depuis ces dernières années, nombre d'offices notariaux chinois fournissent un service gratuit en matière du testament notarié pour les personnes âgées de plus 70 ans, reflétant ainsi l'intérêt et l'attention du notariat pour les personnes âgées. L'authentification notariale est activement utilisée comme un outil juridique pour garantir la réalisation des volontés des citoyens dans la transmission de leur patrimoine, et cela favorise le bon développement du testament notarié.

Cependant, il est indéniable qu'en raison de l'absence d'une structure juridique plus scientifique et à cause du déphasage existant entre les règlements et la pratique, le mode de procédure actuel du testament notarié entrave déjà par lui-même le développement ultérieur de cette activité propre.

À l'heure actuelle, la Loi sur les successions constitue la base juridique du testament notarié, et le principal critère de référence pour la pratique est le «Règlement détaillé sur les testaments notariés» promulgué par le Ministère de la Justice. Pour la rédaction du testament, l'article 13 du «Règlement détaillé sur les testaments notariés» stipule que «Le testament doit comporter les éléments suivants: (1) nom, sexe, date de naissance et adresse du testateur; (2) l'état des biens à disposer dans le testament (nom, quantité, emplacement, et s'ils sont in-divisés ou hypothéqués, etc.), ne devrait généralement pas inclure d'autre contenu qui n'est pas lié à la disposition du bien ni au traitement des affaires post mortem.» Cela a conduit à la situation que dans le processus de la plupart des testaments notariés, les notaires ne notent que la situation et la disposition des biens, n'y a rien ou que très peu d'informations ou d'écrits concernant d'autres affaires ou éventuels souhaits individuels du testateur. Bien peu d'offices notariaux acceptent que soit inscrit dans le testament même une quelconque expression de volonté autre que celle concernant la disposition des biens. Il en résulte que le testament, qui est pourtant un acte juridique qui devrait être très personnel, est souvent devenu trop formaté et sans personnalité. Sans tendresse et sans égards, pourrait-on dire.

Depuis longtemps, certains citoyens ont fait des opinions erronées sur ce que peut être le testament notarié, le considérant rigide, froid et compliqué en procédure. En réalité, les situations individuelles, professionnelles et culturelles des testateurs sont souvent très différentes et variées. Certains testateurs, souvent âgés, manquent d'une certaine connaissance juridique appropriée ou même n'ont pas bénéficié d'une scolarisation d'éducation, certains ont des difficultés physiques souvent inhérents à leur âge, malentendants, mal-voyants, sans compter que la plupart de ces personnes âgées sont accompagnées par le bénéficiaire lui-même et que le testament est établi de manière confidentielle à l'insu des autres héritiers éventuels. Une fois que le testateur est décédé et que le testament est ouvert, il est difficile pour les autres héritiers légaux, exclus de l'héritage par testament, d'accepter l'annonce brutale du traitement dont ils font l'objet dans le testament et d'écouter sans mots dire l'énoncé de volontés autre que celles concernant la disposition du bien. Ceci est une raison importante

pour laquelle le taux de plaintes contre le notaire est resté relativement élevé ces dernières années. Un testament froid et sans expression émotionnelle, même si les autres héritiers savent qu'il s'agit d'une manifestation de la volonté réelle du testateur, cela peut néanmoins leur causer une blessure sentimentale et accroître le risque de discorde familiale et sociale.

Par conséquent, dans la pratique, «le testament de tendresse» est accepté par de plus en plus d'offices notariaux, et ses principales caractéristiques sont:

Premièrement, le testament de tendresse n'est pas un renversement du testament notarié traditionnel. Le processus du testament de tendresse est toujours soumis aux dispositions de la Loi sur les successions et du Règlement détaillé sur les testaments notariés. Tout en décrivant fidèlement les biens et la volonté de disposition du bien du testateur, le notaire ne néglige pas la description minutieuse de la volonté du testateur sur d'autres affaires ainsi que sur des souhaits personnels et des expressions émotionnelles.

Deuxièmement, bien que le Règlement détaillé sur les testaments notariés stipule que le testament n'inclut généralement aucun autre contenu non lié à la disposition des biens et au traitement des affaires post mortem, l'inclusion des souhaits personnels et des expressions émotionnelles ne va pas à l'encontre des dispositions du droit civil.

Par contre, elle y ajoute des éléments personnels, de sorte que la volonté réelle du testateur puisse être mieux reflétée.

Troisièmement, le testament de tendresse devrait non seulement être reflété dans le processus d'établissement du testament, le notaire devrait également fournir une assistance au mieux de ses propres capacités, de sorte que la chaleur de la «tendresse » ne soit pas seulement écrite sur papier, mais également sur le CD, par les services qu'il fournit.

Par conséquent, le testament de tendresse fait que le testament notarié ne sera plus un juridique froid et rigide, mais aussi la véritable volonté du testateur et la véritable expression de ses sentiments émotionnels. Un testament de tendresse peut non seulement assurer une transmission sécurisée de la richesse familiale, mais également contribuer à atténuer les conflits familiaux et à léguer aussi «un patrimoine affectif», voire de l'amour. C'est la meilleure interprétation des deux rôles majeurs que sont le notariat, le service juridique efficace et accessible pour tous, et la prévention des litiges pour la paix familiale et sociale.

Dans les limites permises par la loi, de nombreux offices notariaux chinois ont pris l'initiative de créer une équipe spécialisée dans le service juridique des familles, fournissant des services personnalisés tel que le testament de tendresse pour prévenir les conflits familiaux et protéger les droits des personnes âgées, contribuant à l'harmonie sociale et au désengorgement des tribunaux.

II LEGS (DONATION PAR TESTAMENT)

Le legs, également appelé donation par testament, est un acte juridique fait par un testateur, déclaré par un testament où le testateur déclare donner après son décès, une partie ou la totalité de ses biens personnels à l'État, à une collectivité ou à une personne autre que ses héritiers légitimes. Par rapport à l'héritage par testament, le legs présente trois différences principales:

Premièrement, le légataire jouit simplement du droit d'accepter le legs, et n'a pas à s'engager à rembourser les dettes du donateur. Alors que dans le cadre d'un héritier acceptant son héritage testamentaire, celui-ci se doit à rembourser les dettes éventuelles du défunt dont le montant ne dépasse la valeur réelle du patrimoine.

Le second est que le légataire doit, dans les deux mois suivant la prise de connaissance du legs, en faire l'acceptation ou la renonciation. S'il ne l'indique pas à la fin de la période, il est censé avoir renoncé au legs[19]. Tandis que pour un héritage testamentaire, si l'héritier testamentaire veut renoncer à l'héritage, il doit expri-

mer son renoncement avant le partage même du patrimoine. S'il n'a rien exprimé à ce sujet, il est alors considéré comme acceptant l'héritage.

Troisièmement, le légataire doit être soit l'État, soit une collectivité, soit une personne autre que les héritiers légaux du testateur, et l'héritier testamentaire ne peut être qu'une ou plusieurs personnes parmi les héritiers légaux du testeur.

Telles sont les trois plus grandes différences entre le legs et l'héritage testamentaire, qui interprètent bien le principe d'autonomie de la volonté du testateur qui a le droit de choisir à qui laisser son patrimoine.

Grâce à la recherche sur la pratique et à l'analyse d'un grand nombre d'actes notariés, on peut constater que la plupart des personnes qui choisissent de faire un legs sont des personnes âgées qui vivent toutes seules. Elles sont généralement sans enfant et n'ont pas de conjoint, ou bien elles ont des enfants mais qui ne sont pas présents la plupart du temps, ou bien certains enfants refusent de s'acquitter de leurs obligations alimentaires bien qu'ils soient avec leurs parents âgées. Ces personnes âgées ont des caractéristiques plus évidentes: soit elles n'ont pas d'héritier légal, soit elles ont des héritiers légaux mais qui ne peuvent ou ne veulent pas prendre soin d'elles. Dans ce cas, si une personne autre que les héritiers légaux est disposée à prendre soin de la personne âgée, il est normal que cette personne âgée fasse don de sa propriété en faisant un legs à cette tiers personne attentionnée. Comme pour la signification juridique du testament, le legs maximise l'autonomie des personnes âgées quant à la disposition de leurs biens.

Dans la section précédente, nous avons déjà expliqué comment établir un testament sous forme notariée ainsi que ses avantages. De même, comme une sorte de testaments, les avantages du legs sous forme notariée se manifestent dans la rédaction du legs, la normalisation et la légalisation du processus, ainsi que les effets prioritaires du legs notarial.

Vous trouverez ci-dessous un exemple des legs notariaux reçus par l'Office notarial L, dont une brève analyse peut vous montrer les efforts faits par les notaires chinois en matière de protection des droits des personnes âgées.

PROFIL DE L'AFFAIRE:

M. A, un résident de Chengdu, province du Sichuan, 67 ans, a récemment découvert qu'il avait un cancer du poumon et il avait été hospitalisé. M. A commença à s'inquiéter à propos de l'avenir de sa propriété. Car les parents, l'épouse, ainsi que l'unique frère de M. A sont tous décédés et il n'a pas eu d'enfant, donc il n'a aucun héritier légal selon la loi chinoise. M. B, un neveu de M. A, est très attaché à M. A, et il s'occupe de la vie quotidienne de M. A comme d'un père biologique. M. A a un bien immobilier et «pas mal» de dépôts, et il a appris que, selon la loi en vigueur, après son décès, son neveu ne pourrait pas hériter de son patrimoine. Donc, M. A a appelé le notaire pour demander de l'aide et manifester son désir de laisser son patrimoine après son décès à M. B.

En décembre 2017, l'Office notarial L a été informé par téléphone de la situation de M. A et a affecté un notaire et un collaborateur à l'hôpital pour en savoir plus sur M. A. Lors de conversations avec M. A, le notaire a estimé que, bien que M. A soit effectivement malade, sa conscience mentale et sa pensée logique étaient bonnes. M. A a exprimé sa volonté et il voulait laisser à son neveu son appartement et l'épargne détenue sur les comptes bancaires. Le notaire a dit à M. A que M. B n'était pas son héritier légal, mais qu'il pouvait lui laisser son patrimoine au moyen d'un legs, tout en précisant le concept, la portée et les conséquences juridiques du legs. Le notaire a également indiqué les moyens effectifs de révocation du legs (si après l'établissement du legs, M. B ne s'occuperait plus de son oncle ou pour toute autre raison, M. A ne serait pas disposé à lui laisser son patrimoine). Après avoir compris toutes les explications du notaire, M. A a clairement déclaré qu'il était prêt à faire un legs par testament. Par conséquent, le notaire a accepté sa demande, lui a dressé un testament notarié de legs, en faisant filmer tout le processus après avoir fait partir les personnes non liées ou inté-

ressées. Le problème qui préoccupait M. A avait été résolu de manière satisfaisante. Pour une protection continue du vieux monsieur gravement malade, le notaire lui a laissé plusieurs méthodes de contact, afin qu'il puisse le joindre à tout moment en cas de besoin.

ANALYSE:

A. Le légataire doit avoir toute sa capacité juridique. Avant d'accepter la demande du vieux monsieur, le notaire a confirmé à maintes reprises si M. A était sain d'esprit, et s'est enquit de savoir s'il avait été forcé ou trompé.

B. Parce que les personnes âgées ne comprennent pas parfaitement les termes et les dispositions juridiques concernés, le notaire a informé à plusieurs reprises M. A par des explications précises afin d'éviter toutes mauvaises compréhensions et/ou d'effectuer des actes juridiques qui ne répondraient pas à ses souhaits.

C. Par cet exemple, nous pouvons constater un aspect des efforts du notariat chinois pour protéger les droits et les intérêts des personnes âgées, les notaires fournissent autant que possible des services de proximité aux personnes âgées, dans le respect des lois et des règlements en vigueur.

D. Le notaire attache une grande importance au service de suivi aux personnes âgées en matière de testaments. Considérant que M. A pourrait modifier ou révoquer son testament pour diverses raisons après avoir établi le legs, et qu'il pourrait ne pas être en mesure de le faire en raison d'inconvénients physiques, le notaire continuera à rester en contact avec lui et veillera au suivi de ce vieux monsieur en état de vulnérabilité.

III CONTRAT DE LEGS ET DE SOUTIEN

Le contrat de legs et de soutien est un acte juridique bilatéral selon lequel le donateur, généralement une personne âgée, lègue son bien à une personne qui le prendra en charge, en s'occupant de sa vie quotidienne, des soins médicaux, de son décès et de ses funérailles. Le contrat de legs et de soutien établit une relation civile d'égalité et de droits et obligations mutuels, à titre onéreux. Le légataire doit être un organisme collectif ou une personne physique autre que les héritiers légaux du donateur. Conformément aux dispositions de l'article 5 de la Loi sur les successions, lors du traitement de l'héritage du donateur, l'effet du contrat de legs et de soutien est prioritaire à celui du legs et du testament, y compris les testament notariés.

Le contrat de legs et de soutien est un outil très particulier du droit des successions chinois, qui a joué un rôle important depuis ces dernières décennies en soutenant les personnes âgées, surtout les personnes âgées qui vivent seules et sans enfant, et en palliant l'insuffisance de la sécurité sociale de l'État. Avec le développement de l'économie sociale, la pression pour soutenir les personnes âgées augmente sans cesse, et le système du contrat de legs et de soutien continuera à jouer son rôle indispensable.

À l'heure actuelle, les communautés urbaines et les maisons de retraite ont des besoins accrus du service notarial pour les contrats de legs et de soutien. Dans le travail de publicité, les notaires peuvent se focaliser sur le testament, le legs et le contrat de legs et de soutien de manière ciblée, parce que ces trois outils juridiques sont très particulièrement utiles non seulement pour aider les personnes âgées à organiser leur dernière étape de vie, mais aussi pour protéger leurs droits et intérêts.

Le contrat de legs et de soutien protège particulièrement les personnes âgées qui vivent seules, un groupe vulnérable qui mérite une attention particulière du notariat. Prenons toujours l'exemple de l'Office notarial L afin de montrer les efforts du notariat dans la protection des personnes âgées.

CAS 1:

M. H, âgés de 80 ans, est un habitant de Chengdu qui n'a pas d'enfants, ni de proches parents, ni de revenus suffisants et sa seule propriété importante est son appartement. Comment peut-il avoir une vie aisée et as-

surée dans ses derniers jours? Le jour de la Fête du Double Neuf (le 9 septembre du calendrier lunaire, la Fête des vieillards), un notaire de l'Office notarial L est venu lui donner une idée: signer un contrat de legs et de soutien avec le comité communautaire de son quartier, celui-ci demandera à son personnel de s'occuper de M. H, et sera responsable de sa nourriture, de ses vêtements, de son logement et de son transport, et l'aidera pour les soins médicaux, etc. Et M. H doit léguer son appartement au comité communautaire. Finalement, M. H a suivi le conseil du notaire.

Le 13 octobre 2013 était la première Fête des vieillards après la modification de la Loi sur la protection des droits des personnes âgées en 2012. Ce jour-là, comme les années précédentes, les notaires de l'Office notarial L sont venus dans diverses communautés pour faire une campagne d'informations à propos des services juridiques du notaire auprès des personnes âgées, et ont dressé gratuitement des testaments notariés aux personnes âgées de plus de 70 ans. Sur le site de la consultation, M. H, âgés de 80 ans, a consulté le notaire: «Je n'ai ni d'enfant ni de proches parents. Je suis très inquiet que personne ne prenne soin de moi quand je suis malade. Et j'ai un appartement, à qui puis-je le laisser après ma mort?» Le notaire a appris que la femme du vieil homme était décédée, qu'il n'avait pas d'enfant et qu'il menait une vie pauvre sans aucune source de revenu stable. M. H a raconté qu'il avait travaillé dur toute sa vie pour enfin avoir sa propre maison, dans laquelle il ne peut malheureusement que vivre voire survivre et ne peut résoudre d'autres problèmes. Il ne savait pas, après ma mort, à qui appartiendrait la maison, il ne voulait vraiment pas y penser. Le notaire lui a conseillé de signer un contrat de legs et de soutien avec le comité communautaire du quartier qui va le prendre en charge, s'occuper de sa vie quotidienne jusqu'à ses funérailles, et qui, en contrepartie obtiendra son appartement après sa mort. Le notaire leur a rédigé un contrat détaillé, précisant les droits et obligations des deux parties, et les inquiétudes de M. H ont finalement été résolues de manière satisfaisante.



CAS 2:

M. LI, un résident de Chengdu âgé de 75 ans, célibataire et sans enfant. Les frères et sœurs de M. Li sont tous décédés, et il n'a presque aucun contact avec ses neveux et nièces qui ne viennent jamais lui rendre visite. M. LI vivait des subventions du gouvernement et, en raison de la politique du logement de Chengdu, il a obtenu une nouvelle maison subventionnée par le gouvernement, c'est un appartement de 60 mètres carrés. Le responsable du comité communautaire du quartier a dit au notaire que M. LI était un vieil homme solitaire, il fréquentait rarement les gens, et quand il était malade, c'était toujours le personnel du comité communautaire qui s'occupait de lui. M. Li n'est pas seulement dans une mauvaise situation économique, mais sa santé physique n'est pas excellente non plus, grâce à l'aide de la communauté, il a pu profiter malgré tout de son grand âge en paix. Cependant, il craint toujours que sa vieillesse ne soit pas prise en charge et que sa maison ne devienne sans propriétaire après sa mort. Le responsable du comité communautaire a dit qu'ils avaient également rencontré de nombreuses difficultés en raison du manque de documents officiels, lorsqu'ils aidaient M. Li à traiter certaines affaires, telles que les traitements médicaux. Par conséquent, ils ont vraiment besoin de signer un contrat pour mieux aider M. Li.

Le notaire s'est rappelé que lors de sa conversation avec M. Li, il se plaignait que ses relations avec son neveu, sa nièce et son frère décédé n'étaient pas bonnes. «Maintenant, la communauté est prête à prendre soin de vous. Voulez-vous donner la maison à la communauté après votre mort?» Face à la question et les explications du notaire, M. Li a répondu: «La maison m'appartient. La communauté me prend maintenant en charge. Après mon décès, la maison sera donnée à la communauté. Je suis d'accord sans réserve.»

Après avoir accepté la demande de M. Li, le notaire a informé celui-ci du concept juridique, de la portée juridique et des conséquences juridiques du contrat de legs et de soutien. M. Li a de nouveau clairement exprimé sa volonté de signer le contrat avec la communauté. Parallèlement, le notaire a également informé le comité communautaire qu'après la signature du contrat de legs

et de soutien, la communauté devait assumer ses obligations et ses responsabilités pour soutenir le vieux monsieur, et le représentant du comité communautaire a exprimé son consentement.

Finalement, M. Li et le représentant du comité communautaire ont signé le contrat de legs et de soutien. Le contrat stipule que la communauté prend des dispositions pour que son personnel s'occupe de M. Li, gère sa nourriture, ses habits, son logement et son transport, et l'aide pour les soins médicaux. En échange, après le décès de M. Li, son appartement appartiendra à la communauté.

ANALYSE ET COMMENTAIRES

A. Selon les dispositions de La loi sur les successions, les héritiers du premier ordre sont les parents, le conjoint, les enfants et les héritiers du second ordre sont les frères, sœurs, grands-parents paternels et grands-parents maternels. L'article 32 de la Loi sur les successions stipule que «les héritages sans héritiers ni légataire appartiendront à l'État; si le défunt était membre d'un organisme collectif avant son décès, son patrimoine appartiendra à ce dernier.» Si les personnes âgées vivant seules ne signent pas un contrat de legs et de soutien, ils risquent de ne pas pouvoir obtenir de bons soins de leur vivant, décédera sans héritier et leur patrimoine appartiendra à l'État. Par conséquent, le contrat de legs et de soutien peut non seulement permettre au propriétaire de jouir pleinement de son autonomie, mais aussi permettre aux personnes âgées de bénéficier de meilleurs soins.

B. La plupart des offices notariaux chinois fournissent aux personnes âgées de plus de 70 ans vivant seules des services gratuits en matière de testament et de contrat de legs et de soutien, on peut en déduire les efforts déployés par le notariat chinois pour protéger les droits et les intérêts des personnes âgées.

C. Différemment au testament et au legs qui sont des actes unilatéraux, le contrat de legs et de soutien est un acte bilatéral du droit civil. Lorsque le notaire reçoit ce genre d'actes, il doit s'acquitter pleinement de son obligation de notification en ce qui concerne les droits, les obligations des deux partie, et surtout les responsabilités pour rupture de contrat.

SOUS-THÈME VII

Protection juridique des mineurs

L'article 17 de la Partie générale du Code civil de Chine stipule que les personnes physiques âgées de plus de 18 ans sont des majeurs, et que les personnes physiques âgées de moins de 18 ans sont des mineurs.

Les mineurs sont l'avenir de la patrie, l'espoir de la nation et leurs perspectives sont étroitement liées au destin du pays. Les mineurs forment un groupe de citoyens ayant la même personnalité juridique que les majeurs et leurs droits sont également protégés par les lois.

Toutefois, compte tenu des caractéristiques psychologiques et physiologiques des mineurs, nous nous devons de leur reconnaître une position individuelle et sociale particulièrement sensible voire vulnérable. En effet, leurs droits de la personne autant que leurs biens personnels restent susceptibles d'être plus facilement la cible d'infractions particulières et/ou de malveillances diverses.

Par conséquent, la loi s'efforcera d'accorder aux mineurs une attention et une protection toute particulière, voire renforcée.

La protection juridique des mineurs exige de l'État qu'il détermine les droits des mineurs par des lois et règlements, en fonction du développement physique et mental de ceux-ci, de manière à ce que la protection de leurs droits et intérêts ait un fondement législatif solide évitant toute ambiguïté.

D'autre part, cette protection juridique exige corollairement que tous les sujets, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, ayant l'obligation de protéger les

droits de ces mineurs, appliquent strictement la loi tout en respectant le principe de la «maximisation» des intérêts mêmes du mineur afin d'assurer une garantie contre toute atteinte des droits et prérogatives des mineurs.

En analysant le statu quo législatif et les problèmes liés à la protection des droits et intérêts des mineurs en Chine, ce chapitre vise à explorer les moyens de protéger les mineurs dans la pratique notariale à proprement parler. En effet, les fonctions de preuve, de prévention et de surveillance font partie inhérente des services dont le notaire est chargé, lui permettent ainsi de jouer un rôle tout particulièrement important lors de l'établissement de la protection des mineurs.

Ce chapitre est divisé en trois parties: la première partie résume la législation actuelle en matière de protection des mineurs en Chine, la deuxième traite du rôle du notaire en ce qui concerne la protection des droits des mineurs; la dernière partie aborde la pratique notariale spécifique à la tutelle, à la protection des biens et à l'adoption des mineurs.

I Le statu quo de la protection juridique des droits des mineurs

En Chine, la législation concernant les droits et intérêts des mineurs s'est constamment développée et ne cesse d'affiner le sujet très particulier. Initialement, c'est par sa Constitution même que le Chine a mis en place un système de garantie juridique dévolu aux droits des mineurs. Par la suite, d'autres lois furent votées, formant ainsi les piliers de l'édifice de cette protection des mineurs.

1. La législation chinoise sur la protection des droits et des intérêts des mineurs

A. La Constitution

La Constitution, en tant que loi fondamentale du pays, énonce les principes de base de la protection juridique des droits et des intérêts des mineurs. C'est ainsi que l'État favorise et protège la croissance saine des mineurs par cette législation première et nationale. La Constitution, servant de pierre angulaire à tout cadre juridique, sera la source inspiratrice d'où découle, entre autres, les règles et lois sur la protection des mineurs.

B. Les lois civiles

La protection des droits civils des mineurs est principalement régie par la Partie générale du Code civil promulguée en 2017. Des lois civiles spéciales telles que la Loi sur le mariage, la Loi sur les successions, la Loi sur l'adoption, la Loi sur la protection de la santé maternelle et infantile ainsi que le Code de Procédure civile couvrent également des dispositions liées aux droits civils des mineurs. La Partie générale du Code civil a déterminé la capacité juridique, la représentation et la tutelle des mineurs. Elle apporte aussi trois modifications importantes:

1) elle a baissé l'âge minimum dotant de la capacité juridique partielle les mineurs. Cet âge était précédemment de 10 ans et fut rabaissé à l'âge de 8 ans;

2) les actes civils effectués par des mineurs de plus de huit ans doivent être, soit effectués par représentation de leurs représentants légaux, soit reconnus subséquemment par ces derniers;

3) la Partie générale du Code civil stipule que les mineurs de plus de huit ans peuvent effectuer de manière indépendante des actes juridiques civils purement bénéfiques ou correspondant à leur âge et à leur intelligence.

Ces trois changements répondent non seulement aux théories issues de diverses recherches scientifiques, mais s'adaptent également bien mieux aux besoins de la société moderne. Cette fois, il est officiellement reconnu par la Loi que les personnes partiellement dotée de capacité juridique peuvent effectuer des actes «purement bénéfiques», et cela constitue un réel progrès[20]. L'ajout de la formulation «reconnaître subséquemment» est également propice à la maximisation des intérêts mêmes du ou des mineurs.
Les droits et obligations du tuteur sont définis dans la

Partie générale du Code civil. En cas de violation de ses obligations, le tribunal peut, selon la demande, révoquer la qualité du tuteur. La Partie générale du Code civil stipulent également que les parents doivent assumer des responsabilités d'indemnisations, correspondantes mais différenciées, en cas de violation des droits des mineurs, en fonction de l'état des biens de ces derniers.

La Loi sur le mariage met l'accent sur la protection des droits des mineurs dans la vie familiale. L'article 2 de ladite loi stipule clairement que «les droits légitimes des femmes, des enfants et des personnes âgées doivent être protégés». Le lien de parenté ne sera pas éliminé par le divorce des parents, les parents auront toujours l'obligation de protéger les droits des enfants mineurs.

C. Lois spéciales

En plus de ces lois générales, la Chine a adopté plusieurs lois spéciales pour protéger les droits des mineurs, à savoir la Loi sur la Protection des Mineurs, la Loi sur l'adoption et la Loi sur la prévention de la criminalité juvénile.

La Loi sur la Protection des Mineurs a été révisée à deux reprises pour se rapprocher de la vie réelle, elle stipule que l'État protège les droits de la personne et autres droits légitimes des mineurs. L'article 46 de cette loi stipule que l'État protège les réalisations intellectuelles et les droits honorifiques des mineurs contre les violations. L'article 53 stipule que si le tuteur ne s'acquitte pas des devoirs de tutelle ou enfreint les droits et intérêts légitimes du mineur sous tutelle, le tribunal peut lui retirer sa qualité de tuteur et désigner un autre tuteur en remplacement, il est aussi stipulé que les parents qui ont été disqualifiés de la tutelle doivent cependant continuer à payer la pension alimentaire. Selon l'article 60, quiconque porte atteinte aux droits et intérêts légitimes d'un mineur et cause des dommages à la personne ou aux biens des ce mineur, est passible de la responsabilité civile selon les lois et, si un crime est commis, de la responsabilité pénale. La Loi sur la Protection des Mineurs divise les dispositions de protection des mineurs en quatre parties: protection par la famille, protection par l'école, protection sociale et protection judiciaire, constituant ainsi une protection complète.

La Loi sur l'adoption vise à clarifier l'établissement et la dissolution du lien d'adoption afin de protéger les droits légitimes de toutes les parties impliquées, notamment ceux des mineurs.

Une législation spéciale peut offrir des protections juridiques contre les faiblesses d'un certain aspect des mineurs, et est plus propice à la protection des droits des mineurs.

D. Autres Lois

Il existe davantage de lois de ce type, telles que la Loi sur la protection des droits et des intérêts des femmes, la Loi sur la protection des personnes handicapées, la Loi sur les enseignants et la Loi contre la violence domestique. Bien qu'il ne s'agisse pas de lois spécifiquement conçues pour protéger les mineurs, elles jouent un rôle important quant à la protection des mineurs aussi bien dans le domaine familial, scolaire que social.

Les lois susmentionnées concernant la protection des mineurs constituent le cadre fondamental du système juridique de protection des droits des mineurs en Chine.

2. Problèmes à résoudre dans la protection juridique des droits des mineurs

Les moyens de violations des droits des mineurs évoluent constamment et il est difficile pour l'État de prendre des mesures opportunes pour faire face à chaque nouvelle situation. Bien que le système juridique chinois de protection des mineurs soit globalement établi, il reste encore de nombreux domaines à améliorer pour réaliser pleinement l'intention du législateur.

À l'heure actuelle, le système juridique de protection des mineurs en Chine présente principalement les problèmes suivants:

A. La législation sur les mineurs reste encore lacunaire

Suite à la promulgation de la Loi sur la Protection des Mineurs, d'autres lois spéciales ont été retardées cependant, ce qui ralenti la l'échafaudage du système juridique de protection des mineurs. Certaines lois et réglementations existantes ne contiennent pas suffisamment de dispositions exhaustives et sont trop généralisées lorsqu'il s'agit de protéger les droits et intérêts légitimes des mineurs. Les lois chinoises concernant la protection des mineurs se concentrent principalement sur la tutelle même, la pension alimentaire ou moyen de subsistance et l'éducation à proprement parler des enfants, alors que la législation sur la protection des biens des mineurs vulnérables, est assez dispersée et non systématisée, tout ceci ne favorise pas la protection de leurs biens.

B. Manque d'opérabilité

Nos lois et réglementations spéciales existantes et nos interprétations judiciaires en matière de protection des mineurs sont essentiellement fournis par des textes dits «de principe». C'est ainsi que, souvent, il n'existera pas assez de méthodes claires et modalités concrètes d'application, ni de départements exécuteurs, ou encore de responsabilités établies de façon précise. Le contenu des lois fait montrer parfois d'une trop grande flexibilité, ce qui pose, bien entendu, quelques difficultés d'exécution.

Bien que la Loi sur la Protection des Mineurs ait apporté certaines corrections aux problèmes susmentionnés, sa mise en œuvre rencontre cependant encore de nombreuses difficultés, principalement dues au manque de dispositions suffisamment complètes et objectivement concrètes. La législation locale, pourtant complémentaire, pose les mêmes problèmes émanant des mêmes lacunes: par exemple, certaines provinces et municipalités ont publié quelques règlements d'application de La Loi sur la Protection des Mineurs, sans toutefois résoudre de manière substantielle les problèmes liés à la mise en œuvre des travaux de la protection des mineurs, ce qui a une tendance à rendre ces règlements pratiquement inefficaces et n'aboutit pas réellement à protéger les mineurs dans sa finalité.

Plus précisément, la Partie générale du Code civil stipule que «sauf pour les intérêts propres de la personne sous tutelle, les biens de celle-ci ne peuvent être disposés». Mais comment comprendre «les intérêts propres de la personne sous tutelle»? Quelles sont les cas applicables? Qui est considéré comme compétent pour déterminer si le fait, pour le tuteur, de disposer des biens du protégé est à l'avantage de la personne sous tutelle? Il parait assez urgent de prendre les dispositions nécessaires et plus explicites afin de prévenir tout abus éventuel dans le domaine de la tutelle légale.

Citons un autre exemple: la Loi sur le mariage stipule, par exemple, que les enfants et les parents ont le même statut juridique et jouissent d'une égalité totale de droits et d'obligations, mais il reste encore à déplorer que le principe, pourtant majeur, de «priorité pour l'intérêt maximal du mineur» se doit d'être suivi[21].

II Le rôle du notaire dans la protection des droits et des intérêts des mineurs

En tant que magistrat de prévention des litiges et de protection des droits légitimes des citoyens, le notaire analyse et évalue si les actes juridiques, ainsi que les faits et les documents ayant une portée juridique, sont conformes aux normes juridiques en matière de protection des droits légitimes de personnes physiques, morales ou organisations. En tant que citoyen participant à la vie sociale et aux activités notariales, les droits légitimes des mineurs sont ainsi naturellement protégés par la Loi et le notaire à la fois. Par conséquent, le notaire, avec sa foi publique, guidé par la Loi sur le notariat et par les lois et règlements du droit civil, adhérant au principe de la maximisation des intérêts des mineurs et en exerçant ses fonctions de certification, de prévention, de surveillance, etc., le notaire, donc, fournit aux mineurs des services juridiques aussi complexes que réels et protège les droits et intérêts de ceux-ci.

1. CERTIFICATION

L'article 2 de la Loi sur le notariat stipule que «La notarisation est l'activité des offices notariaux qui, à la de-

mande de personnes physiques, morales ou organisations, attestent, conformément aux procédures légales, l'authenticité et la légalité des actes juridique en matière civile, ainsi que ceux des faits et documents ayant une portée juridique.» Selon ce principe, l'office notarial est donc l'organisme étatique de certification. Est-il utile de préciser, en somme, que l'objectif de l'état est de mettre en place un système de notarisation afin de fournir des certifications ayant une force dite probante et prioritaire? Par conséquent, l'une des fonctions les plus essentielles du notaire est la certification, cela se reflète dans les actes notariés de naissance, de parenté, d'autorisation pour un enfant mineur de voyager à l' étranger et dans d'autres actes encore nombreux.

Dans l'exercice de ses fonctions, le notaire doit ainsi non seulement se conformer initialement à la Loi sur le notariat et aux Règles de procédure notariale, mais il doit aussi vérifier toutes preuves, examiner de manière exhaustive tous documents fournis par le demandeur concernant l'acte de naissance du mineur, par exemple, ou bien le livret de famille, etc., mais il se doit aussi de prouver le lien de parenté, tout comme il se doit également de vérifier l'identité des parents qui signent l'autorisation de voyage pour éviter l'usurpation d'identité[22].

2. PRÉVENTION

L'article 12 de La Loi sur le notariat stipule que le notaire a la capacité de rédiger des documents juridiques ayant rapport avec la notarisation, et celle de fournir des conseils juridiques aux clients. Les services de conseil et de rédaction sont les principaux moyens par lesquels le notaire remplit sa tâche de prévention. En répondant aux questions des parties, si le notaire estime que l'acte est recevable selon la Loi, il élaborera un plan approprié et fournira un service de rédaction rigoureux et professionnel; s'il juge, par contre, que l'acte est non recevable, il en indiquera les raisons d'irrecevabilité et proposera, tout logiquement, d'y apporter quelques aménagements en présentant diverses solutions appropriées[23].

Le rôle préventif du notaire en matière de conseil et de rédaction, tout particulièrement en ce qui concerne la protection des mineurs, se manifeste en deux temps:

En premier, c'est en répondant aux questions posées par les parents ou autres tuteurs des mineurs concernés, à propos des droits de la personne ou de la propriété des mineurs, que le notaire doit bien faire comprendre toute la portée et le contenu des droits légitimes des mineurs, ainsi que le «principe de maximisation des intérêts des mineurs» préconisé par la Loi. Le notaire doit aussi guider les parents ou tuteur du mineur dans l'exercice de la tutelle et dans la disposition des biens du mineur.

En un second temps, le notaire est encore là lors des activités notariales impliquant les droits des mineurs, tels que les contrats de divorce, les successions et les testaments. Ici, le notaire protège efficacement les droits légitimes des mineurs en rédigeant de manière équitable et mesurée les actes juridiques. Par exemple, lors de l'authentification d'un contrat de divorce, le notaire interviendra afin de maximiser les droits des mineurs, si bien que lors de la rédaction même du contrat de divorce, le notaire définira clairement comment s'établissent le droit à la garde de l'enfant, le montant de la pension alimentaire, les conditions et mode de paiement, ainsi que les modalités lorsqu'il s'agira de rendre visite à l'enfant mineur. Dans le cas d'une succession, par exemple, et lorsque le mineur n'est pas apte à hériter directement des capitaux propres d'une entreprise, le notaire veillera, au moyen du contrat de partage qu'il rédige, à ce que les intérêts du mineur ne soient pas atteints ou fragilisés d'une façon ou d'une autre. Au moment même de la rédaction du testament notarié, le notaire peut également proposer au testateur de désigner à l'avance le tuteur de son choix qui aura pour charge la tutelle de l'enfant mineur.

3. SURVEILLANCE

Le notaire peut en effet surveiller la gestion des biens des mineurs, et ce, par le biais de dépôt notarial. L'article 12 de la Loi sur le notariat dispose que l'office notarial a la capacité de fournir un service de dépôt

notarial à la demande de toutes personnes physiques, morales ou organisations. L'article 29 du Règlement relatif au dépôt notarial, publié par le Ministère de la Justice, stipule quant à lui que «lorsque le tuteur ou l'administrateur du patrimoine, afin de protéger les intérêts de la personne sous tutelle ou des héritiers, demande qu'il soit effectué un dépôt notarial des biens, que ce soit pour une tutelle ou une quelconque gestion, l'office notarial doit accepter la demande en se référant au présent règlement.» Ce même article stipule également que «lorsque le testateur ou le donateur, afin de protéger les intérêts du ou des bénéficiaire (s) d'un testament ou du donataire mineur, demande le dépôt notarial des biens légués ou donnés, l'office notarial doit accepter la demande en se référant au présent règlement.»

Dans la vie familiale en général, les droits de propriété acquis par tout mineur au moyen de dons ou d'héritage, ou bien acquis tout simplement par leur propre travail, sont gérés par les deux parents qui, s'ils sont non divorcés, agissent en tant que tuteurs de l'enfant mineur. Il va de soit que, généralement, ces derniers ne sauraient être tenté de violer les droits de propriété de leur enfant mineur protégé en raison de l'affection filiale et du lien de parenté direct qui relie chacun d'entre eux. Mais cependant, en cas de divorce des parents ou d'héritage dû au décès de l'un des parents, les droits des enfants mineurs, jusqu'alors préservés, pourraient alors ne pas être totalement respectés, voire être violés tout simplement, en ce qui concerne, par exemple, le paiement de la pension alimentaire au bénéfice de l'enfant ou encore en ce qui concernerait l'éventuel partage du patrimoine dont l'enfant à protéger pourrait être aussi bénéficiaire. C'est principalement dans ces cas de figure que le notaire peut et doit jouer ce rôle de surveillance, par esprit de prévoyance lucide et afin de «maximiser les intérêts du mineur protégé», en proposant et utilisant l'outil adéquat qu'est le dépôt notarial, et ce dans les cas de figure suivants, à fortiori:

A. Lors d'un divorce: lorsque l'un des parents souhaite verser une somme, qui pourrait être parfois importante, pour la pension alimentaire de l'enfant, mais que ce parent n'est pas vraiment certain du bon usage de cette pension en faveur de l'enfant et s'inquiète du fait que l'autre partie puisse détourner ces sommes partiellement ou en totalité. Ce parent qui désire payer la pension pourra judicieusement choisir de déposer les frais de pension convenus sur un compte spécial et sécurisé de l'office notarial (compte de dépôt notarial). Le notaire versera alors, mensuellement ou selon la convenance décidée au préalable, la somme convenue sur le compte désigné. Le notaire s'assure du bon usage de ces versements en suivant les modalités préalablement convenues dans le contrat de divorce.

B. Lors de divorce aussi, le notaire peut, à la demande de l'un des parents ou des deux, participer à l'enregistrement des biens de l'enfant mineur et faire ainsi un inventaire approprié. Lorsqu'il y a un manque de confiance entre les deux parents, la surveillance des biens \des mineurs peut être réalisée au moyen d'un dépôt notarial, par lequel la conservation ou l'utilisation des biens est strictement contrôlée par le notaire.

C. En matière de succession, le notaire est parfois confronté au problème suivant: lorsque, par exemple, l'un des parents de l'enfant mineur décède, il est assez courant qu'une certaine défiance apparaisse de la part des parents survivants de défunt (grands-parents du mineur) envers le conjoint survivant au sujet de la gestion et l'utilisation des biens hérités par l'enfant mineur. Les grands-parents, parmi les héritiers légaux du premier ordre selon la Loi chinoise, sont généralement disposés à renoncer à leurs droits de succession pour que l'enfant mineur du défunt puisse hériter d'un plus grosse part du patrimoine, mais ils craignent parfois que les droits de propriété de l'enfant ne soient pas suffisamment protégés, voire même soient bafoués arbitrairement par le conjoint survivant. Dans ce cas, le dépôt notarial peut également bien résoudre le problème de surveillance des biens du mineur.

III La pratique notariale de la protection des droits et intérêts des mineurs

En tant que partie importante du système judiciaire, le notariat a pour but majeur de prévenir les litiges par

son action de vérification et d'authentification en particulier, de réduire le nombre de procès judiciaires par la prévention scrupuleuse et la clarté des écrits et contrats rédigés, et de même, de protéger les droits et intérêts légitimes des parties quelque soit son bord par son impartialité et son intégrité. Dans la construction du système de protection des droits et des intérêts des mineurs, la notariat peut jouer un rôle encore plus important.

1. Pratique notariale dans la tutelle des mineurs

La définition de la tutelle des mineurs dans le droit chinois fait référence au système juridique civil qui échafaude la structure des droits de la personne et des biens et aussi des autres «droits légitimes» des mineurs. Le notariat y joue un rôle primordial que l'on peut considérer comme irremplaçable. Pour illustrer cette observation, prenons ici deux exemples de pratique notariale assez significatifs et courants en ce qui concerne tout particulièrement le rôle du notaire dans la tutelle des mineurs.

A. L'article 34 de la Partie générale du Code civil stipule que le tuteur est tenu d'agir pour le compte de la personne protégée lorsqu'il s'agit d'actes de droit civil, de protection des droits de la personne, de droit de propriété et autres droits légitimes du protégé. L'article 52 de la Loi sur la protection des mineurs stipule que, lorsqu'un tribunal statue sur un procès concernant un héritage, il doit veiller expressément à protéger les droits du mineur à propos de toute succession ou legs.

Lorsque le notaire règle un héritage dans lequel est impliqué un héritier mineur, il devra donc bien considérer avec minutie toutes les règles de droit concernant la protection des droits de succession et de legs en faveur d'un mineur. L'article 6 de la Loi sur les successions stipule en plus que «Les droits de succession et de legs des personnes totalement incapables doivent être exécutés par leur représentant légal. Les droits de succession et de legs concernant les personnes à capacité limitée sont exécutés par leur représentant légal ou avec le consentement du représentant légal.» Dans la plupart des cas, le représentant légal d'une personne incapable ou partiellement incapable est son propre tuteur. Par conséquent, dans la pratique, dans toute succession impliquant au moins un mineur, le notaire accordera une attention toute particulière à la protection des droits des mineurs lors du traitement de l'affaire, s'attachant ainsi à bien correspondre au principe énoncé de «maximisation des intérêts des mineurs».

Le tuteur du mineur n'a pas le droit de représenter le mineur concerné s'il s'agit de renoncer au droit de succession et, à fortiori, ne peut qu'accepter l'héritage au nom de ce mineur. Il existe toutefois quelques exceptions, c'est en particulier le cas lorsqu'il s'agit d'héritage de capitaux propres ou d'hériter de la qualité d'actionnaire d'une entreprise. Dans ces cas là, les mineurs sont parfois confrontés à quelques restrictions prescrites dans les statuts mêmes de l'entreprise concernée, ce qui oblige ce mineurs à renoncer à leur droit de succession sur les capitaux propres ou renoncer à la qualité d'actionnaire. Dans ce cas précis, les autres héritiers éventuels sont alors tenus de signer un contrat de partage avec le tuteur même du mineur concerné. Aussi, et afin de ne pas léser le mineur, et dans le but de maximiser ses intérêts, cette opération sera précisée le plus clairement possible avec les modalités de paiement ou d'indemnisation. Dans ce processus assez particulier mais non exclusif, le notaire se doit strictement d'empêcher toute violation possible des intérêts propres du mineur et s'attachera tout autant de garantir une indemnisation adéquate.

B. La certification est l'une des fonctions fondamentales du notariat chinois, a pour fondement la confirmation des relations et des faits juridiques. Dans la pratique, de nombreuses certifications notariales impliquent directement ou indirectement la considération et la prise en compte des droits et intérêts légitimes des mineurs. Prenons ici, à titre d'exemple, l'acte de naissance notarié lui-même ainsi que les divers actes notariés qui en découlent.

Avec le développement soutenu et continu de l'économie, nous pouvons observer l'impact positif qu'exerce

cette progression sur le niveau de vie de la population. Ce pouvoir d'achat s'est constamment consolidé et les échanges internationaux sont devenus aussi plus fréquents. Ces deux paramètres ont, comme par une certaine magie, entraîné une nette augmentation des demandes d'acte de naissance notarié des mineurs. En effet, cet acte est nécessaire lorsqu'il s'agit de faire des démarches pour voyager à l'étranger, que ce soit pour émigrer simplement ou tout bonnement pour étudier à l'étranger, ou encore pour une simple visite de famille sise à l'étranger. Parallèlement, la certification notariale de la signature du père ou de la mère qui ne peut pas aller à l'étranger avec l'enfant mineur, lors de l'octroi de l'autorisation parentale, est requise par de nombreux pays destinataires. Tout cela représente autant d'incidences qui impliqueront les lois relatives à la tutelle et à la protection des mineurs. Il va encore de soi que le notaire assure cette tâche avec le plus grand sérieux. En l'occurrence, le notaire doit tout d'abord examiner l'identité de chaque demandeur de manière particulièrement prudente, en veillant bien à ce qu'il n'y ait pas d'usurpation d'identité. Puis il vérifiera avec discernement les déclarations et réelles intentions du signataire, il veillera aussi que tout soit en conformité avec le principe fondamental qui est: «Les enfants ne doivent pas être séparés de leurs parents contre la volonté des parents.»

Tout changement dans les relations conjugales des parents peut avoir de grandes répercussions sur enfants mineurs, et qui créent dans la plupart des cas des impacts plutôt négatifs. Dans ce contexte assez commun, la protection des droits légitimes des mineurs n'incombera pas seulement à la famille, mais aussi à l'État et à la Justice. Bien que le divorce ne change aucunement la parenté en tant que telle, il détruit cependant la structure familiale telle qu'établie à son origine: les enfants mineurs ne pouvant vivre qu'avec leur père ou leur mère en particulier. Cet état de fait jouera souvent un rôle défavorable dont les conséquences négatives se manifesteront sur la vie et la croissance de l'enfant mineur. Ainsi, il serait fort souhaitable que le régime de divorce, tout en préservant la liberté de mariage, prenne plus particulièrement et également en compte les intérêts des mineurs.

Lorsque les deux parents divorcent, les relations patrimoniales qui les lient, que ce soit le régime légal simple par exemple la communauté réduite aux acquêts, ou encore les divers régimes matrimoniaux conventionnels, seront également levée. Cependant, le lien de parenté et les relations juridiques avec les enfants mineurs ne changeront pas pour cause de divorce, les parents divorcés garderont donc malgré tout une relation patrimoniale avec leurs enfants mineurs. Les mesures de protection des droits de propriété concernant les enfants mineurs, dont les parents ont divorcés, sont même devenues plus nécessaires encore que lorsque les parents étaient encore unis par le mariage.

Lors d'un processus de divorce, la nature et l'étendue de tous les biens de la famille doivent être clairement établies, principalement dans le but que le partage de ces biens entre le deux parents ne puisse en aucun cas enfreindre le droit de propriété des enfants mineurs concernés. Ceci veut dire que les parents ne peuvent et ne sauraient disposer des biens appartenant en propre aux enfants mineurs, faute de quoi ils devraient restituer les biens du mineur, ou assumer les responsabilités civiles d'indemnisation qui en découleraient.

Les biens des mineurs peuvent être obtenus de nombreuses façons. Selon la Loi, les biens énumérés ci-après appartiennent d'emblée au mineur:

1) prime accordée aux mineur, par l' école, par le gouvernement, etc.

2) biens obtenus par donation. L'article 129 de l'«Avis de la Cour populaire suprême sur plusieurs questions relatives à l'exécution judiciaire» dispose que «Si le donateur déclare expressément que le don est donné à un mineur, le bien donné sera considéré comme la propriété personnelle du mineur.»

3) biens obtenus par héritage.

4) compensation pour préjudice personnel.

5) propriété acquise par le travail intellectuel du mineur.

Les biens personnels des enfants mineurs peuvent être facilement confondus avec les biens de leurs parents ou, tout simplement avec les biens de la famille. Lorsque les parents divorcent, ils demandent souvent l'authentification notariale de leur contrat de divorce. Le notaire doit séparer les biens de l'enfant mineur de ceux du couple divorcé, et doit strictement empêcher les parents de disposer du bien de l'enfant mineur dans le contrat de divorce. De plus, le notaire devrait aider à classer et répertorier les biens des enfants mineurs et prodiguer les conseils adéquats sur la gestion de ces biens suite au divorce, de manière à éviter les dispositions non autorisées. En cas de divorce, le notaire peut surveiller pleinement la protection des biens des enfants mineurs.

Après le divorce, le père ou la mère qui élève l'enfant doit s'acquitter strictement de la responsabilité de tutelle envers l'enfant mineur, protéger les biens appartenant au mineur, et empêcher quiconque de porter atteinte aux droits de propriété de l'enfant mineur. Sauf dans l'intérêt de l'enfant mineur, la disposition des biens appartenant à l'enfant mineur est interdite. Toutes catégories d'acte de disposition, tels que la transmission de propriété, la vente ou une hypothèque, tant que cet acte peut entraîner une réduction des droits de propriété de l'enfant mineur, doit être considéré comme une violation.

Prenons comme exemple les biens immobiliers des mineurs. La Loi met l'accent sur la protection des droits des propriétaires immobiliers, et les droits des mineurs de posséder, d'utiliser et de jouir de leurs biens immobiliers sont également protégés.

Cependant, en tant que partie constituante d'un groupe considéré tout particulièrement vulnérable, les mineurs ne savent pas encore comment bien protéger leurs droits et intérêts légitimes, surtout leurs droits de propriété immobilière qui sont susceptibles d'être violés de diverses manières. La Partie générale du Code civil stipule que, sauf pour les intérêts propres de la personne sous tutelle, les biens de celle-ci ne peuvent être disposés. Les actes de disposition les plus courants des biens immobiliers des mineurs sont l'hypothèque et la vente.

À l'heure actuelle, les Lois chinoises n'interdisent pas explicitement les garanties hypothécaires mettant en jeu les biens immobiliers du mineur, cependant, le principe est que le prêt garanti doit être utilisé au profit du mineur, et que le créancier ne doit pas être malveillant, faute de quoi les parents et le créancier devraient alors assumer la responsabilité de tous préjudices conséquents. Lorsqu'il s'agit de vente immobilière, l'autorité chargée de l'inscription de l'immobilier demande généralement au tuteur du mineur de déposer un acte notarié d'engagement, garantissant que l'objectif de la transaction ne concerne uniquement que l'intérêt du mineur[24]. Lors du traitement d'un tel acte, le notaire ne peut pas seulement servir de simple témoin de signature, il devrait également procéder à un examen approfondi, même si le tuteur doit assumer lui-même toutes les responsabilités juridiques et économiques de son engagement. Dans le cas d'hypothèque ou de vente du bien immobilier d'un mineur dont les parents sont divorcés, le notaire exigera que les deux parents soient présents chez le notaire pour signer un acte d'engagement sur le but d'hypothèque ou de vente.

Le notaire doit examiner en détail l'objectif de la disposition des biens du mineur par le tuteur, ainsi que le paiement et l'utilisation de l'argent de la transaction concernée, afin de s'assurer que l'argent sera bien utilisé au profit du mineur. Le cas échéant, le notaire peut utiliser l'outil de dépôt notarial pour contrôler le flux et l'utilisation de l'argent reçu, non seulement pour protéger les intérêts légitimes des mineurs, mais également pour résoudre les difficultés éventuelles de confiance entre les deux parents divorcés.

2. Protection notariale des droits des mineurs dans l'adoption des enfants

Il est indéniable que les orphelins et les bébés abandonnés sont des défis communs auxquels la société humaine est confrontée et qu'ils ne se distinguent pas des pays développés ou en développement. Les orphelins et les bébés abandonnés font partie de ces groupes particulièrement vulnérables, la protection de leurs droits s'avère de ce fait plus urgente et nécessaire encore. Leur

vulnérabilité ne se manifeste pas seulement par la faiblesse de leur statut de droit, mais aussi bien souvent par leur propre incapacité à pouvoir subvenir à leurs besoins durant les années mineures. Il est évident que les tuteurs doivent s'acquitter de leurs devoirs légaux, protéger les droits de ces orphelins et de ces bébés abandonnés et les aider à grandir en bonne santé. Dans l'actuel système juridique, les institutions de protection sociale, les orphelinats et les maisons de protection de l'enfance devraient constituer la dernière barrière de protection institutionnelle pour les orphelins et les bébés abandonnés.

L'émergence et le développement du régime d'adoption constituent un système juridique important destiné à protéger justement les droits et intérêts légitimes des orphelins et des bébés abandonnés. L'article 2 de la Loi sur l'adoption de la République Populaire de Chine stipule que l'adoption doit favoriser l'éducation et la croissance du mineur adopté, garantir les droits et intérêts légitimes de l'adopté et des adoptants, respecter le principe d'égalité et de volontariat et ne pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'article 15 de ladite Loi stipule que, si les parties ou l'une des parties de l'adoption demandent que l'adoption soit authentifiée par notaire, l'authentication chez le notaire est devenue obligatoire. L'article 21 de cette Loi stipule que «les étrangers peuvent adopter des enfants en Chine conformément à cette Loi..... Lorsque les parties ou l'une des parties de l'adoption demandent que l'adoption soit authentifiée par notaire, elles doivent s'adresser à un office notariale ayant obtenu la qualification liée à l' étranger et reconnue par le Ministère de la Justice en Chine.»

On peut constater que le notariat joue un rôle actif dans la relation juridique de l'adoption. Ce rôle se manifeste par le fait que le notaire vérifie les qualifications des parties, clarifie les relations juridiques entre elles, guide les parties afin de respecter les lois et les règlements lors de la procédure d'adoption. Le notaire effectuera un examen rigoureux et attentif de l'adopté, de même en ce qui concerne les adoptants et à propos de l'établissement de la relation d'adoption à établir ou déjà établie. Une adoption notariée nécessite que le notaire intervienne aussi «émotionnellement» pour ressentir véritablement les changements affectifs du mineur adopté, afin d'optimiser les relations juridiques en matière d'adoption et de satisfaire aux exigences objectives propices à la croissance du mineur adopté.

Article 11 de la Loi sur l'adoption stipule que, lors de l'adoption d'un mineur de plus de 10 ans, le consentement de la personne adoptée est obligatoire. Pour ce faire, le notaire doit avoir un entretien avec le mineur dans une bonne ambiance, pour connaître ses réelles pensées. Il s'agit d'une procédure très importante pour la protection juridique des mineurs, en tant qu'expert juridique en droit de famille, le notaire est sans doute le meilleur choix pour interroger le mineur. Si une anomalie s'est montrée, le notaire devrait suspendre la procédure, discuter avec les parties et le service d'enregistrement des adoptions pour trouver une solution appropriée.

Une fois la relation d'adoption établie, le nouveau cadre et les conditions de vie sont aussi des éléments incontournables qu'il s'agit de suivre de près. Bien sûr, il est impossible pour le notariat de suivre chaque adoption, et cette tâche n'incombe pas au notaire de façon exclusive, mais en tant que spécialiste du droit civil, le notaire peut fournir des conseils et des aides juridiques aux familles adoptives lorsqu'elles rencontrent des difficultés après l'adoption, et aider les mineurs à grandir dans de meilleurs conditions. La croissance des mineurs est un long processus, dans lequel l'intervention du notaire ne devrait pas être un acte isolé. Dans de tels cas, l'acte notarié n'est que le début d'une nouvelle vie pour les mineurs adoptés.

Selon les dispositions de l'article 6 de La Loi sur le notariat, un office notarial est une institution d'authentification établie conformément à la Loi et n'exerce pas sa fonction à des fins lucratives, ceci montre que le notariat est une institution au service du public, et que le notaire devrait assumer une plus grande responsabilité sociale dans des domaines liés à la protection des droits des enfants, tels que l'adoption de mineurs.

SOUS-THÈME VIII

Le notaire & le Service juridique dans les communautés urbaines

Introduction

La communauté, urbaine ou rurale, tel que nous allons le mentionner dans cet article, fait référence à «l'organisation autonome d'habitants» qui résident dans le même quartier d'une ville (communauté urbaine) ou d'un village en campagne (communauté rurale). Ces communautés sont un peu comme les «Maisons de Quartier» avec, en plus, plusieurs services sociaux et humanitaires, un peu comme une «mini-mairie» proche des habitants, faite par et pour ses habitants. Bien entendu cette approche de définition de ce que sont ces communautés urbaines ou rurales n'a pour but que de donner une vision plus que succincte de la réalité puisque tel n'est pas notre propos dans le présent ouvrage. En effet, nous allons évoquer ici l'étonnant travail de service juridique qu'effectuent les notaires depuis quelques années dans les communautés urbaines, bien que notre travail dans les communautés rurales ne soit pas moins important.

«L'entrée des services juridiques notariaux dans les communautés urbaines» est une initiative importante pour l'État afin de renforcer le niveau d'instruction global, et de partager des connaissances intellectuelles nouvelles mais surtout utiles au sein des communautés urbaines. Elle constitue également un moyen important pour rendre plus accessibles et utilisables les services juridiques auprès des citoyens, en particulier pour les groupes de personnes vulnérables tels que les personnes âgées, les enfants et les handicapés. C'est aussi un moyen non négligeable de favoriser l'harmonie et la stabilité sociales.

En tant que membres de la communauté des professions juridiques, les notaires doivent faire pleinement usage des fonctions spéciales du notariat et de leurs propres avantages professionnels, et apporter leur contribution aux services juridiques dans les communautés urbaines, en particulier pour les groupes de personnes vulnérables, qui ont souvent des difficultés à se rendre chez le notaire.

Ce chapitre prend comme exemple le Centre de services juridiques communautaires de l'Office notarial L (l'office où travaillent les deux auteurs), afin de passer en revue la relation entre la société civile et l'autonomie des communautés, et d'analyser la valeur particulière et le modèle du service juridique des notaires dans les communautés pour les personnes vulnérables.

Nous allons également proposer quelques idées afin d'attirer davantage l'attention des offices notariaux vers un service de proximitéet pour démontrer toute la valeur du rôle unique d'un notariat qui établie parfaitement le lien entre la gouvernance sociale de l'État et l'autonomie des communautés.

I La société civile et l'autonomie communautaire

Avec le développement rapide due à l'économie de marché et la progression de l'urbanisation qui en découle, en comparaison avec la «société rurale» chinoise traditionnelle, la connotation et l'extension du concept de communauté ont profondément évolué. De l'Occident à la Chine, des villages ruraux aux communautés urbaines, les fondements économiques et l'environnement culturel affectent chaque rouage de manière subtile. Pour mieux comprendre en profondeur le service communautaire que peut offrir le notaire, nous devons tout d'abord comprendre l'origine même de ces communautés et les caractéristiques plus particulières des communautés urbaines.

1. La société civile et l'autonomie communautaire

La «société civile», également connue sous le nom de «société des citoyens», est un concept proposé par de nombreux philosophes, dont Karl Marx, Hegel et Jürgen Habermas. Au cours des deux mille ans passés, en tenant compte de l'évolution des relations sociales,

politiques et économiques, le concept de «société civile» a subi de nombreuses métamorphoses.

Dans l'Occident antique, par rapport à la société dite «barbare», la société civile fait référence à la communauté des citoyens - appelée État, sa signification n'est pas différente de celle de la communauté politique. Ce n'est que lorsque Hegel a créé le concept de société civile au sens moderne, dans «La Philosophie du Droit», que la société civile est apparue différemment comparée à l'Antiquité. Hegel pense que l'individu est le fondement des activités des citoyens et que la société civile est attachée à l'État. Plus tard, Karl Marx a considéré la société civile comme les relations matérielles entre les individus dans l'économie de marché, ainsi que la vie sociale composée de ces relations. Selon Wikimedia Foundation, «La société civile est le domaine de la vie sociale civile organisée qui est volontaire, largement auto-suffisant et autonome de l'État. Une élection est un des événements principaux où la société civile se trouve mobilisée, notamment à travers l'éducation de l'électorat. C'est le corps social, par opposition à la classe politique.»

À la fin des années 80 et au début des années 90, les milieux universitaires chinois ont commencé à étudier la notion de «*société civile*». Selon les actuelles interprétations qui font autorité, la société civile est un domaine entre «public» et «privé», comprenant des organisations qui agissent pour les besoins spécifiques de la société et dans l'intérêt du public, telles que les organisations caritatives, les ONG, les organisations communautaires, les associations professionnelles, les syndicats, etc., incluant également les «communautés urbaines».

La notion de «communauté» est en réalité une expression importée, proposée par le sociologue allemand Ferdinand Tönnies dans son livre «Gemeinschaft und Gesellschaft» (Communauté et Société) publié en 1887. Selon Tönnies, la communauté est composée de personnes ayant une base de valeur commune, et constitue par ce fait un groupe social qui entretient des relations étroites en établissant des aides mutuelles comme l'entraide pour les soins médicaux, et favorise les contacts humains de tout ordre. Cette idée est similaire à celle de la *société rurale chinoise traditionnelle* décrite par le juriste et sociologue chinois FEI Xiaotong dans son livre «From the Soil: The Foundations of Chinese Society». D'après l'auteur chinois, ce genre d'espace social est petit et prend «la terre» comme lieu référentiel de vie et de flux social, constituant ainsi une société révélant et partageant des connaissances avec des valeurs communes, des mêmes habitudes linguistiques et un modèle commun de reconnaissance mutuelle. C'est une société fonctionnant plus avec des notions de «raisons» qu'avec des «lois» à proprement parler. Dans ces sociétés, les groupes de personnes dites vulnérables, y compris les personnes âgées et les enfants, ont un fort sentiment d'intégration. Les connaissances, les pensées et les règles y sont naturellement apparues et acquises dans la vie quotidienne sans avoir recours à des études spécialisées.

La communauté au sens moderne est une communauté de vie, relativement indépendante, dont les membres vivent dans une zone géographiquement commune, et sont dépendants les uns des autres et inséparables. Le développement du concept de communauté reflète l'entraide, l'indépendance et l'autonomie de la société dans le cadre juridique.

Par rapport à la société rurale chinoise traditionnelle, la communauté moderne est plutôt une société dont les membres ne se connaissent plus aussi parfaitement, et où l'on peut constater une connaissance juridique plus poussée et l'affaiblissement des sentiments humains ou humanitaires. Pour les groupes de personnes vulnérables tels que les personnes âgées vivant toutes seules et les mineurs vivant avec leurs grands-parents (parce que leurs parents travaillent très souvent bien loin de la maison), le sens de l'intégration et de la participation devient relativement faible dans ces communautés urbaines.



2. Les caractéristiques relationnelles fondamentales entre communautés urbaines et groupes de personnes vulnérables

Avec le développement rapide de l'urbanisation, les communautés urbaines sont devenues le type de groupe social le plus représentatif et significatif dans la société de civilisation industrialisé. Ces communautés urbaines sont, en somme, comme une miniature de la société macro-urbaine qui les enveloppe. Elles regroupent d'emblée non seulement un certain nombre de personnes (souvent au moins quelques milliers), mais également des groupes sociaux divers et des organisations sociales composés de ces mêmes personnes. Ces communautés constituent un fondement important de la société urbaine et de son développement[25].

Les communautés urbaines présentent les six caractéristiques typiques suivantes:

Premièrement, une *communauté urbaine* est composée d'un grand nombre de citoyens, allant parfois de 10 à 50 000 personnes dans les grandes villes, dans une aire géographique relativement restreinte avec une certaine densité d'habitat et une hétérogénéité sociale. La densité de population est élevée, mais les interactions sont moindres, ce qui distingue bien la population urbaine de la population rurale.

La société rurale est le théâtre d'échanges fréquents entre villageois à l'intérieur d'une certaine zone géographique. L'agriculture traditionnelle chinoise n'étant pas une culture particulièrement mécanisée, nécessite la coopération entre voisins, mais il y a pratiquement très peu d'interaction entre les villageois de villages différents.

Une population relativement concentrée est propice à la productivité et à la vie communautaire, alors qu'une concentration excessive associée à une interaction réduite entre les membres d'une agglomération peut conduire à une composition plus complexe des relations entre résidents. La diversité de pensées et de modes de vie détermine, dans une certaine mesure, la pénibilité des tâches de réalisation et d'intégration au niveau communautaire. Cela peut également avoir des impacts conséquents sur les concepts qui préexistaient au niveau idéologique concernant les groupes de personnes vulnérables. En effet, les personnes âgées qui ont développé une pensée consolidée par leur propre expérience vécue dans un tout autre environnement, se retrouvent en «déphasage» et tout cela peut avoir des conséquences négatives sur la mise en œuvre de mesures visant à faciliter l'accessibilité aux services juridiques.

Deuxièmement, les résidents de la communauté sont essentiellement issus d'une population non agricole engagée dans de nombreux métiers et professions, et travaillent principalement dans le secteur secondaire ou tertiaire. Ceci évidemment diffère du modèle de subsistance que l'on peut observer dans une société rurale où domine le secteur primaire basé sur l'agriculture. Avec le développement de la ville et de la technologie, les résidents de la communauté sont concernés par des activités relativement nouvelles telles que la finance, la technologie et l'informatique qui servent la structure économique des villes modernes. Dans un tel environnement, la plupart des groupes vulnérables vivant dans la communauté n'ont pratiquement pas ou plus la capacité de «gagner leur vie» comme dans leur ancien schéma.

Troisièmement, les relations dites secondaires sont devenues dominantes, tandis que les relations purement humaines sont devenues superficielles. Elles sont passées du statut de «relations familiales ou identitaires d'un terroir» à celui de relations purement limitées aux aspects pratiques et professionnels. Dans les quelques rares relations humaines, les sentiments humains y sont largement atténués, de même la taille de la famille y est souvent réduite, et les échanges se résument à des fonctions de simple utilité directe et le «contrôle social» dépend principalement des organisations elles-mêmes et/ou des réglementations formelles. Les groupes vulnérables ont davantage besoin de l'aide des voisins dans leur vie et l'affaiblissement des relations humaines au sein de la communauté les affecte de façon parfois alarmante.

Quatrièmement, les organisations bureaucratiques sont réparties dans tous les domaines de la vie sociale, ce qui rend la structure de la société très complexe. Ce système d'organisation sociale complexe est composé d'un certain nombre de sous-systèmes organisationnels qui s'entrecroisent: les fonctions organisationnelles ont souvent des divisions de travail différentes, sont interconnectées et se recoupent, formant ainsi une structure organisationnelle parfois assez complexe.

Cinquièmement, les résidents exercent diverses activités annexes en fonction de leur profession: ils ont des modes de vie variés et un rythme de vie souvent rapide. Ils peuvent cependant profiter des institutions et des équipements pertinents qu'offrent les villes modernes pendant leur temps libre, se consacrer ainsi à des compléments d'études professionnelles, ou se livrer à des activités sportives ou encore profiter de divertissements tels que cinémas et restaurants, ou participer à diverses activités sociales comme les danses folkloriques, les chorales ou l'écriture traditionnelle.

Sixièmement, l'hétérogénéité de la population et les déplacements fréquents favorisent les échanges culturels. Les habitants sont donc plus facilement ouverts d'esprit et disposés à suivre les évolutions sociales. Tandis que les connaissances de certaines personnes âgées sont basées sur le bon sens de la vie quotidienne, ou bien sur la production agricole, il peut arriver qu'elles ne sachent pas utiliser une carte bancaire pour retirer de l'argent.

Un gouvernement moderne doit s'organiser pour améliorer la qualité des services publics et réduire les coûts. L'une des méthodes les plus efficaces consiste à transférer davantage de fonctions, en particulier certaines fonctions de service public, à la communauté et à faire pleinement jouer l'autonomie sociale de la communauté, de manière à parvenir à un équilibre entre autonomie de cette communauté et gérance gouvernementale et instaurer ainsi une bonne gouvernance.

3. Gestion communautaire et concept de développement dans le processus d'urbanisation

Premièrement, le statu quo de la gestion des communautés urbaines chinoises.

Concept: construction de la communauté, adaptation et transformation sociales;

Objectif: assumer une partie des fonctions du gouvernement;

Institution de gestion: comité des résidents de la communauté urbaine;

Méthode: gestion administrative complétée par la gestion sociale;

Sources de financement: subvention gouvernementale;

Stratégie de gestion: mettre l'accent sur la mise en œuvre des mesures gouvernementales facilitant les services auprès des résidents communautaires, en particulier auprès des personnes vulnérables.

Deuxièmement, le nouveau concept de développement communautaire[26].

Concept: éducation, santé, environnement résidentiel, qualité de vie et esprit civique partagé;

Objectifs: participation citoyenne, amélioration de la capacité de gestion autonome de la communauté, émulation et participation des résidents de la communauté à la gouvernance sociale, création d'un modèle de gouvernance communautaire afin de parvenir à une communauté de gestion démocratique avec plusieurs intervenants, d'affectation de ressources et de prestation de services;

Institutions de gestion: comité des résidents de la communauté urbaine, comité de propriétaires, comité de gestion immobilière;

Méthodes: gouvernance collaborative, respect des lois et des règlements de l'État, contrôle par le comité des résidents de la communauté, prise de décision par le comité de propriétaires de communauté;

Sources de financement: subvention gouvernementale, complétée par la contribution des propriétaires et les revenus des organisations à but non lucratif

Au cours du processus d'urbanisation, le concept de gestion et de développement de la communauté a subi de grands changements. Les méthodes de gestion, basées sur la gestion administrative complétée elle-même par la gestion sociale, ont aussi subi des modifications. L'accent est maintenant davantage mis sur la coordination de la gouvernance, en accordant une attention particulière à l'introduction de ressources sociales pour mieux s'associer avec le comité des résidents de la communauté concernée, qui est chargé de gérer cette communauté.

Une gouvernance coordonnée doit introduire des forces sociales afin de former une synergie avec le comité des résidents de la communauté. De ce point de vue, le notaire s'engage activement dans la communauté pour fournir des services juridiques, ce qui correspond à la tendance qui consiste à partager les préoccupations du gouvernement, à faire bénéficier la population de ces améliorations et assurer la coordination de la gouvernance de la communauté. Cela peut effectivement contribuer à réduire le fardeau supporté par le gouvernement, notamment en qui concerne le coût des services publics, et mieux comprendre en temps opportun les besoins des résidents, en particulier des personnes âgées, des mineurs et d'autres groupes vulnérables, qui ont généralement quelques difficultés à exprimer leurs propres souhaits. Le notaire est là pour chercher à résoudre les problèmes juridiques liés à la vie de la population communautaire. Cette intervention permet de rendre le service juridique accessible au public de façon plus directe et immédiate.

4. La nécessité de mettre en place des services notariaux dans les communautés, pour protéger les groupes vulnérables tels que les personnes âgées, les mineurs et les personnes handicapées

A. Les services notariaux dans les communautés découlent de la nécessité de mettre en place une crédibilité sociale.

La «société rurale», qui se distingue des communautés urbaines, est une «société de connaissances», c'est à dire de relations humaines familières où la plupart des gens se connaissent déjà bien. Dans une «société de connaissances», les interactions sont plus simples et plus détendues que celles d'une «société d'inconnus». En outre, les membres de la «société de connaissances» attachent une certaine importance à la notion d'honneur et respectent davantage la crédibilité, car ils doivent vivre sur leur domaine agricole pendant plusieurs générations. Ainsi «l'honneur» et la «notoriété» deviennent des facteurs sociaux particulièrement importants. Ce sentiment de crédibilité, ou de fiabilité, est source de sécurité dans leur vie, en particulier pour les personnes vulnérables. Cette base sécuritaire se distingue très nettement de la sécurité garantie par la loi.

Les caractéristiques des communautés urbaines font que certains avantages de la «société de connaissances» n'existent plus et l'intervention des notaires devient alors l'un des meilleurs moyens de remédier à ce défaut.

Dans les activités civiles et commerciales des habitants communautaires, les différends et les conflits peuvent être nombreux et souvent complexes, d'autant que la confiance mutuelle est bien faible. De plus, l'asymétrie d'accès à l'information rend facilement les personnes vulnérables extrêmement exposée à la fraude ou au traitement inéquitable. L'importance du service des notaires dans les communautés se reflète dans les points suivants:

Premièrement, les résidents de la communauté, en particulier les personnes vulnérables, peuvent saisir au meilleur moment les services d'un notaire pour résoudre les problèmes et éviter d'éventuels conflits ou pertes.

Deuxièmement, l'intervention notariale aide les résidents de la communauté à améliorer leurs connaissances juridiques et à les sensibiliser afin de mieux s'acquitter de leurs obligations légales.

Troisièmement, un système de crédibilité sociale, peut être établi dans la communauté avec l'aide du notariat et être garanti par celui-ci. Ceci pourra à la fois, répondre aux besoins des résidents de la communauté pour ce qui est des services juridiques mais aussi aider à établir la confiance du public envers le notariat, atteignant ainsi l'objectif du gagnant-gagnant.

B. Le notaire crée un pont entre l'autonomie des résidents communautaires et la supervision du gouvernement.

Dans l'ordre social actuel, en Chine, l'État a établi un modèle d'autonomie rurale et communautaire à l'aide de loi: l'organisme de l'autonomie rurale est le comité des villageois, et l'organisme autonome de la c ommunauté urbaine est le comité des résidents de la communauté.

Le système de comité des villageois a été mis en place avec succès en tenant compte des liens de sang, de la parenté dans une société de clans. Dans ce type de parenté, les villageois d'un même village portent souvent le même nom de famille, honorent les mêmes ancêtres et leurs éventuelles querelles sont généralement simples à résoudre. Ainsi, la portée de l'autonomie dont jouissent les villages sera plus longue et large que celle des communautés urbaines.

En ville, le comité des résidents est l'organisme autonome de la communauté urbaine. Celle-ci se divise généralement en plusieurs zones résidentielles. Dans chaque zone résidentielle, le comité des propriétaires est l'organisme symbolisant l'autonomie des résidents. Prenons l'exemple de la création du comité des propriétaires, qui devient souvent la source de nombreux litiges: la composition des propriétaires est complexe, et les jeux entre le promoteur immobilier et la société de gestion immobilière existent également de manière objective, tout cela pourrait retarder la création du comité des propriétaires, qui est un symbole de la gestion autonome des résidents.

Nous savons qu'auparavant, dans la «société rurale» traditionnelle, en cas de différend, la solution était généralement centré sur la médiation d'un vieil homme, suffisamment prestigieux et respecté, pour résoudre les conflits avec des arguments admis dans tout le village, donc l'autonomie du village restait entre les mains des villageois.

Dans les villes, dans le mode traditionnel de gestion communautaire, les gouvernements locaux étaient habitués à utiliser directement des ordres administratifs pour gérer les résidents de la communauté, qui étaient généralement dans une position passive, entraînant ainsi une mauvaise communication entre les résidents de la communauté et le gouvernement. Mais, si le gouvernement permettait aux résidents de la communauté de jouir d'une autonomie totale sans supervision, la communauté serait en désordre.

Entre l'autonomie des résidents communautaires et la supervision du gouvernement,, un organisme intermédiaire est nécessaire pour transmettre les demandes et les souhaits des résidents au gouvernement. Les notaires ont l'avantage de pouvoir y créer des passerelles, en exerçant leurs fonctions uniques pour concilier les divergences entre le gouvernement qui représente le concept de l'état de droit et les résidents de la communauté, surtout les groupes vulnérables qui ont déjàforméun état d'esprit fixe, et résoudre les conflits communautaires.

Conformément aux dispositions de la Loi sur le notariat, une étude notariale est un organisme de notarisation créé sans but lucratif et qui assume de manière indépendante les fonctions de notarisation et les responsabilités civiles. Dans le même temps, les Règlements de procédure de notarisation promulgués par le Ministère de la Justice stipulent également que les offices notariaux exercent de manière indépendante leurs fonctions conformément à la loi et qu'ils supportent indépendamment leurs responsabilités civiles, aucun

organisme ni aucun individu n'a le droit d'intervenir illégalement. Cette indépendance décide que le notaire est un des meilleurs canaux de communication entre les résidents de la communauté et les gouvernements locaux.

3. Les services notariaux dans les communautés répondent aux besoins de la prévention et la résolution des litiges.

Début 2011, la Cour populaire suprême a proposé de coopérer avec les départements concernés afin de développer de manière dynamique des mécanismes alternatifs de résolution des conflits, d'élargir le champ des organes de médiation et d'améliorer les mécanismes de médiation. Le mécanisme dit alternatif de résolution des conflits (ADR, alternative dispute resolution) désigne le nom collectif des méthodes de résolution des litiges, à l'exception du procès judiciaires et l'arbitrage, qui est un mécanisme ouvert, comprenant médiation, conciliation et négociation, etc.

Le mécanisme alternatif de résolution des conflits est également appelé mécanisme pluraliste de résolution des conflits. Le professeur Fan Yu a indiqué[27]: «Le mécanisme pluraliste de résolution des conflits est un système procédural et d'ajustement dynamique, dans lequel diverses méthodes complémentaires de résolution des conflits coexistent de manière coordonnée mais avec leurs fonctions et modes de fonctionnement spécifiques, répondant ainsi aux divers besoins des sujets sociaux. Le pluralisme est le contraire de l'unité, et son objectif est d'éviter de s'appuyer simplement sur une seule procédure pour résoudre les litiges, telle que le procès judiciaire. Sur la base de la diversification des valeurs et des moyens sociaux de l'être humain, attacher de l'importance au rôle joué par diverses forces spontanées ou organisationnelles issues de la société dans la résolution de conflits. Fournir aux justiciables des choix multiples (droit d'option) pour atteindre des valeurs différentes (par exemple, économique, pratique, raisonnable, etc.).»

Le concept de «mécanisme pluraliste de résolution des litiges» est intégré aux principes, institutions et pratiques fondamentaux de la société de l'état de droit, apportant un soutien plus fort et plus opérationnel à la gouvernance sociale. Grâce à l'application de diverses formes de résolution des litiges, il est possible de créer des liens organiques et d'intégrer divers mécanismes de règlement des litiges à l'intérieur et à l'extérieur des tribunaux, et de trouver plus de moyens pour résoudre les litiges en évitant la voie d'une solution unique.

Le mécanisme de règlement extrajudiciaire des litiges (ADR) joue un rôle important dans la réduction des confrontations entre les justiciables et la préservation des ressources judiciaires de l'État.

Par exemple, les résidents de la communauté sont souvent impliqués lors d'actes notariés de succession. De nombreuses familles expriment parfois des différends au sujet du partage de patrimoine et la médiation notariale revêt actuellement une importance primordiale à ce propos. Si les différends s'aggravent, le tribunal doit être saisi, ce qui non seulement entraîne un gaspillage de ressources judiciaires, mais ne favorise pas non plus la construction d'une communauté harmonieuse[28]. En particulier pour les groupes de personnes vulnérables, le coût élevé d'un procès, sa durée et les efforts investis vont multiplier leur fardeau déjà bien lourd à l'origine.

Les services fournis par les notaires dans les communautés urbaines évoquent clairement le rôle et la valeur du notariat du type latin - principalement lorsqu'il s'agit de prévenir les litiges et de désengorger les tribunaux[29]. Dans un système juridique complet, la prévention des litiges est le premier dispositif, la résolution des litiges est le deuxième et le procès judiciaire doit être le troisième et dernier palier.

Parlant de la fonction du notaire lui-même, la notarisation est une activité dans laquelle un notaire prouve l'authenticité et la légitimité d'actes juridiques civils, de faits et de documents ayant une portée juridique, à la demande de personnes physiques, morales ou autres organisations. C'est grâce aux activités susmentionnées que sont écartés les faits et documents juridiques faux et illégaux ou obsolètes - en effet, ce sont là des sources de litiges et de procès judiciaires.

Dans les services juridiques communautaires, le mérite spécifique du notaire dans la prévention des conflits est irremplaçable et s'intègre parfaitement au mécanisme de protection des personnes vulnérables, qui se reflète principalement dans les aspects suivants:

A. Les services du notaire dans la prévention des litiges sont proactifs.

De nombreuses communautés rencontrent des difficultés tels que l'insuffisance financière, le manque de personnel, la complexité de affaires, etc. Face à un grand nombre de tâches quotidiennes, il est difficile pour le personnel du comité des résidents de la communauté d'avoir assez de temps et d'énergie pour étudier et résoudre les problèmes juridiques des résidents. Par le biais des activités de «promotion et de consultation juridiques» dans la communauté, le notaire peut révéler les conflits potentiels et signaler les risques cachés, comblant ainsi le manque de temps ou de capacités dans le travail du comité des résidents de la communauté.

B. Les services du notaire dans la prévention des litiges sont professionnels.

Conformément aux dispositions de la Loi sur la notariat, les notaires, tout comme les juges, les procureurs et les avocats, font partie de la communauté des professions juridiques, ils ont passé le Concours national de qualification pour les professions juridiques et possèdent un professionnalisme de haut niveau dans le traitement des litiges.

C. Les actes notariés ont des effets juridiques particuliers dans la prévention des litiges: force probante et force exécutoire.

Conformément aux dispositions de la loi chinoise, dans les procédures civiles, l'acte notarié doit être utilisé comme base pour la détermination des faits et le fondement de l'exécution. Le fait prouvé par un acte notarié présente l'avantage d'une preuve supérieure: le tribunal populaire doit le reconnaître directement et les justiciables n'ont pas besoin de prouver son authenticité. Un acte notarié de reconnaissance de dette (contrat de prêt, convention de remboursement, contrat de garantie, etc.) ayant force exécutoire a le même effet que les jugements du tribunal et les décisions de l'institution arbitrale: il peut être directement remis à l' exécution judiciaire sans qu'il y ait besoin d'un jugement de la part du tribunal. À la différence des services juridiques fournis par les avocats et les agents juridiques locaux, la législation nationale établit et garantit les effets juridiques spécifiques aux actes notariaux, ce qui constitue, sans doute aucun un avantage naturel et précieux des services notariaux dans les communautés urbaines.

II Le statu quo des services juridiques notariaux dans la communauté

1.Les formes principales de services juridiques dans la communauté

A. Conférence juridique

Afin de promouvoir activement les services juridiques dans les communautés, les notaires chinois se rendent régulièrement dans celles-ci pour y organiser diverses conférences d'ordre juridique. Ils s'efforcent de sensibiliser les résidents aux aspects juridiques de la protection même de leurs propres droits légitimes. Les conférences portent généralement sur les connaissances juridiques civiles liées à la vie des résidents, concernant les testaments, les successions, les donations, la tutelle, le mandat, la conservation des preuves, etc. Le notaire expliquera dans un langage simple, de manière à ce que les résidents de la communauté aient une compréhension claire et approfondie des lois et de leurs applications. Les explications données se doivent d'être d'autant plus accessibles et compréhensibles que la majorité des participants à ces conférences juridiques sont des personnes âgées peu habituées à étudier un nouveau savoir.

B. Service à domicile

Le notaire fournit le service à domicile pour les personnes à mobilité réduite, telles que les personnes âgés, les patients et les personnes handicapées. Grâce au service

à domicile, le notaire peut être proche des citoyens, mieux connaître les citoyens, faciliter la vie des citoyens dans ce qu'elle a de juridique, servir les citoyens, stabiliser les communautés et promouvoir un développement sain du notariat. Un grand nombre d'offices notariaux répartis dans tout le pays ont mené des activités notariales dans les communautés urbaines, ce qui a permis d'accroître l'influence et les bienfaits du notariat auprès du public.

C. Mettre en place le service sur le site web des notaires.

Dans la société moderne, Internet est devenu un outil indispensable dans la vie des gens. La popularité et la couverture du réseau ont rendu le service du notaire plus accessible et plus étroitement lié aux citoyens. Grâce au réseau, les résidents de la communauté peuvent bénéficier des services de notaires sans même avoir à sortir de leur maison.

Outre les consultations téléphoniques habituelles, les notaires chinois s'engagent aussi à résoudre par internet les problèmes juridiques des résidents, en particulier ceux des personnes vulnérables bien entendu. De nombreux outils de consultation juridique et de demande d'acte notarié ont été mis en ligne. Le slogan «Faisons circuler les informations, pas les citoyens!» n'a jamais été aussi vrai.

D. Mener des campagnes d'information juridique dans la communauté.

Lors de diverses fêtes traditionnelles telles que la «Fête de la Vieillesse», ou lors de journées importantes pour la vulgarisation des lois, telles que la «Journée de la protection des droits des consommateurs» (le 15 mars) et la «Journée de la Constitution» (le 4 décembre), les notaires se rendent dans les communautés pour partager les connaissances juridiques et découvrir les problèmes juridiques que les résidents communautaires rencontrent mais qui tardent à être résolus pour différentes raisons. Le but principal de ces activités est d'améliorer l'accès aux connaissances juridiques et aux services notariaux pour les groupes de personnes vulnérables tels que les personnes âgées, et d'assurer une couverture complète des services juridiques auprès de la population.

2. Difficultés rencontrées par les notaires en matière du service notarial dans les communautés

A. Le nombre de notaires est trop restreint pour répondre aux besoins juridiques des résidents de la communauté

En 2018, on comptait 2.956 offices notariaux en Chine, soit 13.335 notaires et 12.660 collaborateurs, cela signifie que chaque notaire doit servir en moyenne 100.000 citoyens.

La plupart des services juridiques du notaire dans les communautés urbaines concernent la résolution des conflits d'intérêts les plus élémentaires de la vie sociale, tels que les événements d'ajustement des intérêts concernant des groupes de personnes à grande échelle (par exemple la transformation sociale et la restructuration d'entreprise), les conflits d'intérêts liés à la construction urbaine sous l'égide du gouvernement ou divers problèmes individuels entrelacés liés au droit, ainsi que de simples conflits quotidiens entre les voisins. Tous ces conflits coûtent beaucoup de temps et d'efforts de la part du notaire, cela révèle un grand fossé entre les énormes besoins de service notarial de la communauté et la pénurie de notaire[30].

B. Déséquilibre du développement des communautés, manque d'un système unifié de soutien

L'établissement d'un mécanisme à long terme, tel que le service du notaire dans la communauté urbaine, doit être coordonné avec les systèmes de soutien. Sur ce point, justement, il existe un certain déséquilibre lorsque l'on compare le développement même de ces communautés. Ce déséquilibre se reflète principalement dans les aspects suivants:

La qualité et les compétences du personnel de différents

comités des résidents de la communauté varient considérablement;

L'infrastructure des services communautaires ainsi que les conditions matérielles sont très différentes d'une communauté à l'autre, il existe un double problème de gaspillage de ressources et d'approvisionnement insuffisant quant aux installations de services déjà existants;

Les unités situées dans la communauté même participent au développement de cette communauté mais aussi au partage des ressources éventuelles. Or, tout ceci se fait avec un bonheur très variable suivant chaque communauté au point d'accentuer le déséquilibre actuel concernant le développement général ou global des installations de service;

Développement déséquilibré des projets de service communautaire;

Les communautés sont composées parfois très différemment en ce qui concerne leur démographie. Aussi, la mobilisation des ressources économiques et humaines au sein de ces communautés varie considérablement, suivant le cas;

Développement et utilisation déséquilibrés des trois ressources de service: gouvernements, entreprises et organisations à but non lucratif.

Un développement communautaire déséquilibré entraîne bien des incohérences dans le système de soutien communautaire[31]. Ceci rendra les offices notariaux trop dépourvus de moyens de coordination lorsqu'il s'agira d'effectuer des activités notariales dans ces communautés. La tâche du notaire s'avère alors bien plus difficile lorsqu'il s'agit de fournir des services juridiques auprès des résidents communautaires, notamment auprès des personnes vulnérables, telles que les personnes âgées qui ont souvent des difficulté à sortir de leur cadre de vie.

C. Les avantages du service communautaire (avantages sociaux) et les avantages économiques sont conflictuels et le financement est difficilement garanti

L'office notarial envoie en mission un personnel assez spécialisé pour offrir des consultations juridiques gratuites aux résidents de la communauté. Ces «missi dominici» leur fournissent aussi des solutions de prévention et de résolution de litiges, reflétant bien ainsi le caractère de service public du notariat. Mais ceci engendre parfois de grands conflits entre les avantages sociaux et les avantages économiques, parce que les coûts des ressources humaines, matérielles et financières sont loin être négligeables pour les offices notariaux qui assument volontairement cette tâche auprès des citoyens.

En Chine, la plupart des offices notariaux sont des établissements d'intérêts publics pratiquant l'autofinancement. Ceux-ci doivent donc prendre en compte leurs propres coûts lorsqu'ils fournissent des services juridiques pour faciliter la vie des résidents de la communauté. Le service notarial dans les communautés urbaines, s'appuyant uniquement sur l'éthique professionnelle et la responsabilité sociale du notaire[32], n'a pas de lien d'intérêt direct avec le travail juridique communautaire en lui-même. Ce dernier fait implique parfois qu'il peut y avoir quelques difficultés à garantir une certaine qualité de service par manque de motivation et de garantie économique assurant un bilan financier équilibré pour l'étude notariale.

D. Manque de campagne publicitaire et de communication efficace

Par manque de travail publicitaire, l'importance du service notarial pour la construction de la communauté n'est pas assez bien comprise par beaucoup de personnes. Beaucoup de celles-ci pensent souvent que le travail des notaires dans la communauté a un but purement économique. Il arrive fréquemment que le personnel de certains comités des résidents communautaires ne soit pas au courant de la nature purement publique du travail fourni par le notaire intervenant. L'idée que le notaire intervient dans la communauté avec un but essentiellement mercantile reste encore très partagée, faute d'une bonne information préalable.

Ces malentendus créent non seulement un obstacle pour le service juridique du notaire envers la commu-

nauté, mais ils révèlent également une insuffisance de promotion du service rendu et d'information quant au rôle du notariat. Cela fait que le public n'accueille toujours pas dans les meilleures conditions l'intervention du notaire hors de son étude.

En raison d'un manque de communication efficace auprès des institutions concernées (telles que le comitédes résidents de communauté et la mairie du sub-district), les services offerts aux communautés pourraient s'avérer encore plus difficiles à rendre. Il est donc plus qu'essentiel de mieux informer et de s'assurer d'obtenir une véritable compréhension et un plus grand soutien de la part de ces institutions.

4. L'importance de la prestation de services juridiques notariaux dans les communautés urbaines

La communauté urbaine est une «communauté de vie» dans laquelle un certain nombre de citadins se rassemblent sur une zone géographique. Cette communauté constitue l'unité la plus élémentaire pour la construction d'une société harmonieuse.

La stabilité communautaire est directement liée au bonheur des citoyens, aux intérêts vitaux des personnes âgées, des enfants et des handicapés, ainsi qu'à la stabilité de la société et du pays.

En tant que participants majeurs au travail des «services juridiques dans la communauté», les notaires assument d'importantes fonctions de prévention à propos des litiges et, par conséquent, du maintien de la stabilité de la communauté. En même temps, entrer dans la communauté et prendre l'initiative de nouer des contacts étroits avec les résidents de la communauté ne peut qu'aider au développement même de ces activités notariales qui s'avèrent aussi fondamentales. Par conséquent, l'introduction de services de notaire dans la communauté revêt une grande importance tant pour la communauté que pour l'office notarial.

A. Le service du notaire dans la communauté contribue à créer un environnement favorable à l'état de droit

La communauté urbaine est un lieu de vie quotidien pour les résidents, mais c'est également un lieu sensible où les conflits sont relativement concentrés. Avec le développement continu de l'économie et de la société, les contradictions au sein de la communauté ne font que s'aggraver et témoignent de la complexité et de la difficulté des problèmes. Pour résoudre les conflits communautaires, il est loin d'être suffisant de faire appel à la persuasion pédagogique ou aux moyens administratifs, mais aussi à des moyens juridiques pour régler les différends et assurer la stabilité de la communauté.

Le notariat est un système juridique de prévention qui permet aux parties de prendre d'éventuelles décisions à l'avance, et ainsi de prévenir efficacement bon nombre de litiges et de résoudre rapidement un grand nombre de contradictions ou de conflits complexes qui pourraient apparaître dans la vie quotidienne. Grâce au service du notaire, les citoyens seront mieux informés du droit et des lois existantes de sorte qu'un bon état de droit sera créé afin de prévenir les conflits, de réduire les procès judiciaires et de maintenir la stabilitéde la communauté.

B. Répondre aux besoins des résidents de la communauté en matière de service juridique

Avec l'amélioration continue du niveau de vie et du niveau culturel, les concepts idéologiques, les modes de vie et les relations mutuelles des habitants de la communauté ont subi de profonds changements. C'est ainsi que les résidents se sont heurtés à davantage de problèmes sociaux, économiques ou juridiques. En conséquence, les résidents sont de plus en plus sensibilisés à la protection de leurs droits et de leurs intérêts, et la demande de services juridiques est en forte augmentation de façon continue dans les communautés.

Les résidents de la communauté ont besoin du service notarial, mais ils (surtout les personnes âgées et les handicapées) ne savent pas comment y accéder, soit parce que l'office notarial est éloigné, soit parce qu'ils ne veulent ou ne peuvent pas se déplacer pour de simples consultations, soit encore parce qu'ils ne savent pas où aller pour trouver un notaire. Le service notarial dans

la communauté est, comme on peut le comprendre, une mesure avantageuse qui facilite l'accès au droit: le notaire fournit des services de manière proactive afin de répondre aux besoins des résidents communautaires, notamment bien entendu des personnes âgées, des enfants et des personnes handicapées.

3. Élargir le champ d'activités notariales, promouvoir le développement durable du notariat et agrandir son influence

La grande majorité des conflits communautaires est composée par des contradictions dans les activités civiles et économiques des résidents de la communauté. L'activité «Le service notarial dans la communauté» préconisée par le notariat chinois, encourage les notaires, dotés de connaissances juridiques professionnelles, às'investir profondément dans les quartiers résidentiels pour répondre à des questions juridiques des citoyens et régler leurs litiges. «Le service notarial dans la communauté» permet de relier la fonction du notariat à la «source» des activités notariales et des besoins juridiques des citoyens, afin que le notaire puisse fournir des services de proximité auprès des résidents communautaires, et de trouver la ressource des problèmes juridiques et mener à bien des solutions convenables. Cela permet non seulement de répondre rapidement aux besoins des résidents de la communauté en matière de services juridiques, de résoudre les litiges entre eux, mais aussi de permettre aux résidents de mieux comprendre le notariat, d'apprendre à mieux utiliser cet outil juridique pour protéger leurs droits et intérêts légitimes et pour aider à développer l'activité notariale.

«Le service notarial dans la communauté» a créé une bonne image du notaire, rendant le notariat plus influent et plus crédible sur le plan social, jetant ainsi une base solide pour le développement continu du notariat.



III Tendance et perspective du service notarial dans la communauté

Le service notarial dans la communauté joue un rôle important dans la promotion des services juridiques au niveau communautaire, dans le développement du notariat et la construction de l'État de droit, en particulier dans la protection des droits et intérêts légitimes des personnes âgées, des mineurs et des handicapés. Afin de développer davantage le service notarial dans la communauté, les offices notariaux et les départements administratifs judiciaires des gouvernements de tous niveaux devraient y prêter plus d'attention et s'efforcer de développer de meilleurs modes de service notarial dans toutes les communautés.

1. Explorer des modes de service juridique du notaire en fonction des conditions locales des communautés

Selon le calendrier et le contenu du service, le mode de service juridique du notaire dans la communauté peut être divisé en mode initial, mode à moyen terme et mode à long terme.

A. Mode initial

Le mode initial se réfère à la phase initiale de fourniture de services juridiques au résidents communautaires par le notaire. Les notaires peuvent organiser régulièrement des activités de campagnes juridiques dans les communautés chaque semaine ou mensuellement, afin d'informer le personnel du comité et les résidents de la communauté à propos du travail que peux fournir un notaire et les bienfaits qui en résultent. Lors de la Fête des Vieillards, de la Journée des Droits du Consommateur ou de la Journée Juridique, comme lors de toute autre journée importante et célébrée, les offices notariaux peuvent bien préparer l'information voulue sur des thèmes propres à ces journées spéciales et dépêcher quelques notaires expérimentés pour mener à bien une vulgarisation qui fait encore défaut. Les notaires peuvent également fournir une assistance juridique à certains groupes de personnes spécifiques, par exemple

l'acte notarié de testament gratuit pour les personnes âgées de plus de 70 ans, afin que les résidents de la communauté puissent réellement ressentir la crédibilité du notariat.

L'avantage du modèle initial est qu'il peut profiter de l'atmosphère des fêtes, élargir l'ampleur de la «publicité» et attirer toute l'attention du public. Aussi, le coût de ces actions que subiraient les offices notariaux resterait relativement faible, ce qui correspond également à l'idée que la plupart des offices notariaux se font et conçoivent pour développer le service juridique dans les communautés qui sont, rappelons le, à la base de l'organisation sociale représentative.

B. Mode à moyen terme

Le mode à moyen terme fait référence à l'établissement d'un mécanisme de travail institutionnalisé et coordonné entre le comité des résidents de la communauté et l'office notarial.

Prenons comme exemple l'acte notarié de succession, le nombre d'héritiers est le point central de la vérification et du risque du notaire. Selon le mode de preuve utilisé autrefois, les demandeurs devaient fournir par eux-mêmes les pièces justificatives afin de prouver l'existence de tous les héritiers du défunt. Ceci, non seulement alourdissait la charge de la preuve, et ne favorisait pas non plus les relations que devait entretenir le notaire envers les citoyens. Si l'office notarial établit un mécanisme d'interaction avec la communauté, il peut alors et directement envoyer quelques clercs ou notaires dans la communauté concernée pour y effectuer les vérifications nécessaires. Ceci aiderait davantage le notaire lorsqu'il s'agirait d'examiner la situation réelle et de prévenir les risques de falsification ou d'altération des documents justificatifs présentés. En ce qui concerne les groupes de personnes vulnérables de la communauté tels que les personnes âgées, faibles, malades, handicapées, enceintes, etc., ceux-ci pourraient alors entrer en contact quasi direct et immédiat avec l'office notarial par l'intermédiaire du personnel du comité des résidents communautaires, et bénéficier ainsi des services notariaux «à domicile». Ce type d'interaction, bien positive, ne peut que consolider et renforcer encore le statut du notaire en tant qu'expert des services juridiques civils auprès de la communauté et de ses résidents.

Ce mécanisme de travail coordonné implique qu'une plus grande communication soit établie entre le notaire et les responsables du comité de la communauté ainsi qu'avec la mairie du sub-district où se trouve la communauté. De même, il faut que les responsables concernés aient une connaissance plus approfondie du rôle et de la fonction du notaire. Si les deux parties coopèrent «en tout bien, tout honneur» avec harmonie, nous obtiendrions d'une part, les bienfaits fournis par le service propre du notaire qui serait là pour atténuer ou résorber les contradictions et litiges au sein même de la communauté, réduisant ainsi du même coup les frais de gestion collatéraux, et d'autre part, l'instauration d'une vie plus sereine et paisible pour les résidents sous l'aspect juridique souvent mal maîtrisé car délicat et précis. Le fameux adage «Dura lex sed lex» devenant un outil protecteur proposé par le notaire, détaché à la communauté et non plus «une arme diffuse et menaçante» aux mains de l'ignorance. Il va de soi que les personnes vulnérables seraient alors les premières à s'en réjouir.

Les réformes en cours, dans la grande Chine, cherchant à faciliter les démarches juridiques et à rendre accessible l'accès aux droits, exigent de réduire la charge de la preuve qui incombe aux citoyens. Par exemple, le notaire ne peut plus demander aux héritiers de fournir des pièces justificatives «déraisonnables», souvent saugrenues, lors du traitement d'un acte d'héritage. Selon la nouvelle réglementation gouvernementale, de nombreux départements, tels que les commissariats de police et les comités de communauté, ont même cessé de délivrer le fameux certificat de parenté qui était nécessaire pour les héritiers. Cependant, cette nouvelle donne est devenue source de difficultés et parfois de grands risques encourus pour le notaire lorsqu'il reçoit un acte d'héritage à sa charge: comment s'assurer qu'il n'y ait aucun héritier qui soit omis et comment vérifier les déclarations des demandeurs quant à leur véracité et recevabilité?

Si l'office notarial constitue un mécanisme de travail coordonné avec la communauté, le notaire peut alors directement effectuer des enquêtes avec l'aide du personnel du comité des résidents, ou vérifier auprès des voisins pour obtenir toutes les informations nécessaires pour délivrer un acte notarial de succession. L'établissement d'un bon mécanisme de coopération avec la communauté facilite non seulement l'accès au service notarial, mais réduit également les risques professionnels du notaire. Prenons l'exemple de l'Office notarial L (l'office où travaillent les deux auteurs), dans la seule année de 2018, avec l'aide du personnel des comités des résidents, nous avons trouvé 55 cas de falsification et de dissimulation d'autres héritiers. Il est à noter que la plupart des victimes étaient des personnes âgées, pères ou mères du défunt. Cette collaboration sert donc autant le comité et les résidents concernés puisqu'elle empêche non seulement la violation des intérêts des héritiers légaux, mais elle sert aussi le notaire en fonction de sa charge puisque celui-ci se doit de délivrer des actes notariés exempts de toute fausse information.

C. Mode à long terme

Le mode à long terme comprend principalement trois modes: le notaire en tant que conseiller juridique pour les résidents de la communauté, conseiller juridique des entreprises dans la communauté et conseiller juridique des organismos communautaires.

A. Conseiller juridique pour les résidents de la communauté

«Le service notarial dans la communauté» vise principalement les personnes vulnérables de la communauté, surtout les personnes âgées qui ont un fort besoin du service notarial concernant le testament, la tutelle conventionnelle, la donation, l'héritage, etc. Il est à noter que souvent, il leur est également difficile à ces personnes de contacter directement un notaire en raison d'une mobilité réduite ou d'un manque de connaissances juridiques ou d'une instruction limitée.

Ces dernières années, afin de résoudre les difficultés d'accessibilité au service notarial pour les groupes de personnes vulnérables tels que les personnes âgées, de nombreux offices notariaux ont mis en place des centres de services juridiques pour les communautés. L'une des tâches importantes imparties à ce Service notarial, est de fournir des services gratuits de conseil juridique privé aux résidents de la communauté. En tant que conseil privé du droit familial, le notaire fournit ses services de conseil sur les questions juridiques liées à la famille, telles que le mariage, les régimes matrimoniaux, la tutelle des enfants, la fiducie testamentaire, les successions, le testament, le legs, la tutelle testamentaire, la tutelle conventionnelle, etc.

Le principal but de ce dispositif de conseiller juridique privé, auprès des résidents communautaire, est de garantir une meilleure accessibilité du service notarial aux personnes vulnérables telles que les personnes âgées, car ce sont les personnes qui ont le plus besoin de l'aide du notaire, mais souvent exclues des services juridiques en raison de divers facteurs défavorables qu'ils subissent à leur niveau et dans la vie quotidienne.

B. Conseiller juridique des entreprises communautaire

Le notaire est aussi un homme de contrat dont les activités sont largement liées à la vie de l'entreprise. Le notaire agit alors en tant que conseiller juridique de l'entreprise: tout en contribuant non seulement au bon fonctionnement de l'entreprise, le notaire peut veiller au maintien de la stabilité sociale de la communauté et veiller tout autant à assurer quelques opportunités d'emploi. De nombreux actes notariaux, tels que les instruments de dettes ayant la force exécutoire, le transfert d'actions, l'héritage d'actions et la transmission d'entreprises, sont étroitement liés aux entreprises communautaires.

C. Conseiller juridique des organismes communautaires

Selon la loi chinoise, le comité de résidents communautaires est un organisme autonome de citoyens au sein duquel les résidents communautaires se gèrent eux-mêmes, veillent à l'éducation et se rendent services entre eux.

Le notaire, en tant que prestataire de services juridiques non contentieux, fournit des conseils juridiques pour la gouvernance communautaire, aide à la rédaction et à la révision du traité de gouvernance autonome des résidents. Il donne aussi des conseils juridiques à l'occasion des négociations de projets majeurs, pour les contrats importants et pour toutes autres décisions non moins importantes.

Les offices notariaux peuvent concevoir le mode de service en fonction de facteurs tels que la taille de la communauté et la composition des résidents, au lieu d'effectuer aveuglément des services en faisant abstraction de la situation réelle de la communauté.

2. Les offices notariaux accordent une plus grande attention aux services juridiques dans les communautés

Avec l'amélioration de la conscience juridique de l'ensemble de la société et le perfectionnement constant du système juridique, le besoin du service notarial des résidents communautaires ne cesse de croître. Les offices notariaux, en tant que fournisseur de services juridiques civils et commerciaux, ont un avantage inhérent pour répondre aux besoins de la communauté. Afin de promouvoir le développement du notariat et de moderniser le système de gouvernance de la société, tous les offices notariaux devraient prêter plus d'attention aux services juridiques communautaires.

Les offices notariaux peuvent promouvoir leurs services communautaires de trois manières:

1) Intégrez les conseils gratuits, la vulgarisation des connaissances juridiques et l'utilité des actes authentiques, afin que les résidents puissent vraiment apprécier la commodité et les avantages apportés par les notaires.

2) Les offices notariaux doivent intégrer le service communautaire dans leur travail quotidien. Si on se concentre seulement sur les intérêts immédiats, le service communautaire semble alourdir le fardeau économique des offices notariaux. Mais dans une perspective à plus long terme, les services dans les communautés ont le potentiel de vulgariser les connaissances notariales et contribuent à prévenir et régler les litiges. Pour un développement à long terme du notariat, il est nécessaire que les offices notariaux intègrent les services juridiques communautaires dans leurs évaluations quotidiennes de travail.

3) Les offices notariaux devraient établir un mécanisme de coopération stable et à long terme avec la communauté, former et affecter un personnel spécial à la coordination des services juridiques communautaires. Les offices de notaire doivent aussi explorer en permanence les possibilités et capacités offertes par ce modèle de service qui ne doit pas être figé mais constamment adapté, afin que le service soit toujours plus proche des citoyens, assurant ainsi la vitalité de ce service juridique auprès des résidents communautaires, avec et pour la communauté.

4) Mener vigoureusement divers types de campagne de publicité et de présentation afin de sensibiliser les résidents de la communauté aux effets bénéfiques, sociaux et économiques, que seul le notariat peut proposer en établissant un pont entre l'Etat, les Lois et le Citoyen dans sa vie de tous les jours.

3. Obtenir l'importance des organes administratifs de la Justice sur le service notarial dans les communautés

Les organes administratifs de la Justice (Ministère de la Justice au niveau national, Département de la Justice au niveau provincial et Bureau de la Justice au niveau municipal) sont un élément important des institutions de l'État chinois: non seulement ils supervisent et guident le travail des prisons, des avocats et de la vulgarisation des lois, mais il contrôlent et dirigent également le notariat. La promotion du service notarial dans les communautés est indissociable du soutien effectif et cohère des organes administratifs de Justice.

1) En tant que département important du gouvernement, les organes administratifs de la Justice peuvent

pleinement exploiter leurs propres capacités fonctionnelles, fournir un accès pratique aux services juridiques, échafauder une politique préférentielle en matière de service juridique émanant du notariat dans les communautés. Ces organes administratifs de la Justice peuvent aussi encourager les notaires à fournir plusieurs services de proximité, stables et constants, auprès des résidents communautaires, notamment des personnes vulnérables.

2) En tant que force principale de la construction de l'état de droit en Chine, les organes administratifs de la Justice peuvent jouer un rôle moteur dans la création d'un modèle de service juridique communautaire. Oser être à l'avant-garde et être courageux dans l'innovation, intégrer tous les membres des divers communautés de professionnels du droit à un système complet de services juridiques communautaires, voilà tout notre souhait et ce à quoi nous nous attachons.

3) Les organes administratifs de la Justice peuvent faire appel à l'efficacité d'un service communautaire pour établir des critères d'évaluation en ce qui concerne les besoins et les offres effectives de chaque facteur social et professionnel (Communautés, Offices notariaux, Professions du droit, Citoyens communautaires). Il est aussi souhaitable que ces organes administratifs de la Justice encouragent les participants et intervenants de ces «Services Juridiques Communautaires», par le biais d'un mécanisme d'évaluation externe, afin de créer une émulation mesurée adjointe à une efficacité continue pour le bien-être de tout un chacun et principalement des personnes vulnérables.

[1] *LI Zhiyong, Focus sur les groupes socialement défavorisés [J], Journal des cadres du parti et du gouvernement, 2001.*

[2] *L'Article 2 de la Loi sur le notariat de la République populaire de Chine*

[3] *XIONG Xuanguo, The theory and Practice of Notarization, 2018, P.19*

[4] *LA Dingyin, La voie choisie par le notariat chinois, in China Notary, No.2, 2007*

[5] *L'article 2 de la Loisur le notariat de la République Populaire de Chine*

[6] *Liu Ou, Analyse de la crédibilité publique du notariat [J], China Academic Research, 2013.*

[7] *YANG Lixin, Raison et tort de la réforme du système de tutelle pour adultes dans la Partie générale du Code civil de la Chine, Journal de Dangxiao du Guizhou, No. 3, 2017, page 24*

[8] *Le système de l'héritage antique, https://tieba.baidu.com/p/4595164732?red_tag=3561049308*

[9] *LI Xiaoqin, Évolution des droits de succession des femmes dans la Chine ancienne, Examen hebdomadaire, 2013*

[10] *Régime de rétention familiale, https://baike.baidu.com/item/%E5%AD%98%E7%95%99%E5%85%BB%E4%BA%B2/9857187 ?fr=aladdin*

[11] *QIU Wenhan, Recherche sur le droit d'héritage du fœtus dans la Partie Générale du Code Civil, in Fa Zhi Bo Lan, No. 14, 2018*

[12] *Interprétations de la loi de la République Populaire de Chine, http://www.360doc.com/content/18/0510/06/256040_752614772.shtml*

[13] *Renonciation au droit d'héritage, https://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%94%BE%E5%BC%83%E7%BB%A7%E6%89%BF%E6%9 D%83*

[14] *Pan Hao, Brève présentation de la typologie des testaments en Chine et des services juridiques en matières familiales apportés par les notaires, in Selection de textes Sino-français notariaux et juridiques (2001-2016), Editions de Law Press China, août 2016, p.306.*

[15] *Pan Hao, Brève présentation de la typologie des testaments en Chine et des services juridiques en matières familiales apportés par les notaires, in Selection de textes Sino-français notariaux et juridiques (2001-2016), Editions de Law Press China, août 2016, p.304.*

[16] *LI Quanyi, Réflexion sur l'acte notarié de tutelle testamentaire, in China Notary, No. 2, 2018, p.7*

[17] *LI Bin, Analyse sur les dispositions du tuteur testamentaire dans la Partie Générale du Code Civil, in Fa Zhi Bo Lan, Nº . 10(2), 2017, p.214*

[18] *LI Yong, CHEN Kai, YANG Lei, CHEN Sha, LIU Xiaohong, ZOU Lidan, GUI Chengdao, LIAO Yi, BAI Ou, La consolidation, l'expansion et l'innovation des activiténotariales en matière des testaments, in China Notary, No.4, 2018, p.17-18*

[19] *Article 25 de la Loi de la République Populaire de Chine sur les successions*

[20] *YIN Xiaodan, Recherche sur la protection juridique des droits des enfants en Chine, mémoire de maîtrise 2018 de l'Université normale du Hebei.*

[21] *WEN Lili, La perfection du système juridique de protection des droits et des intérêts des mineurs, mémoire de maîtrise 2008 de la Northeastern University*

[22] *ZHANG Xiuyun, La voie notariale de la participation au mécanisme de protection des droits et intérêts des mineurs, in China Notary, Nº 10, 2016*

[23] *ZHANG Xiuyun, La voie notariale de la participation au mécanisme de protection des droits et intérêts des mineurs, in China Notary, Nº 10, 2016*

[24] *ZHAO Ting, Analyse de l'enregistrement hypothécaire des immobiliers de mineurs, in Information de l'économie moderne, Nº 12, 2017*

[25] *CHEN Liuqin, La Notion, les caractéristiques et les fonctions des communautés urbaines modernes, Journal de l'Institut de gestion de l'industrie aéronautique de Zhengzhou, Nº 2, 2009, p. 20-21*

[26] *Groupe de travail de Tianjin Binhai Sifaju, Création et amélioration du mécanisme à long terme du service notarial dans la communauté, Notaires de Tianjin, 2014 Nº 2-3*

[27] *FAN Yu, Mécanisme pluraliste de résolution des conflits [M]. Maison d'édition de l'Université de Xiamen*

[28] *WANG Chunhua, YU Chi, Importance et innovation de l'intégration du mécanisme de ADR en Chine [J], Journal de la Cour populaire, Nº 12, 2011, p. 102*

[29] *LIN Ningwei, La valeur du notariat pour «Prévenir et réduire les litiges» [J], Commentaires de la Réforme judiciaire, Nº 2, 2007, p. 101-102.*

[30] *QIN Chao, Recherche sur les contre-mesures visant à prévenir et à résoudre les contradictions sociales - Une réflexion réaliste sur la construction du mécanisme de la "grande médiation" [J] .FA Xue Zha Zhi, 2011, Nº 1.*

[31] *QIAN Ou, L'importance du service communautaire du notaire dans le système de crédit social [J], China Justice, Nº 6, 2015, p. 110*

[32] *LI Deen, Recherche sur le mécanisme de médiation judiciaire dans le contexte de la «Grande Médiation» [J], Law Forum, septembre 2012, Nº 5*

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

3



DOING BUSINESS REPORT AND REAL ESTATE TRANSFERS

FAR BETTER WITH LEGAL CONTROLS AND NOTARIAL GUARANTEE. LEGAL EMPOWERMENT IS A KEY FACTOR AT GLOBAL LEVEL, ESPECIALLY IN DEVELOPING ECONOMIES OF AFRICA, ASIA AND LATIN AMERICA

POR ANTONIO CAPPIELLO

LEX EST QUODCUMQUE NOTARIUS
UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

WORKING PAPER

European Xtramile Centre of African Studies (EXCAS)
Research Department

Doing Business Report and Real Estate Transfers

Far Better with Legal Controls and Notarial Guarantee. Legal Empowerment is a Key Factor at Global Level, Especially in Developing Economies of Africa, Asia and Latin America

POR ANTONIO CAPPIELLO* / JANUARY 2020

Abstract

In the last years, the Doing Business (DB) Project of the World Bank - recommending reforms aiming at removing obstacles that may produce increase of time, cost and procedures - had a significant influence on policies making. A recent DB research note (2019) also proposed to make optional use of professionals (including notaries) in operations such as real estate transfer in order to increase the efficiency of the country system. Nevertheless, the aggregate assessment focusing on the data of the 190 economies analysed by DB Registering property indicator and sub-indicators (synthetic RP indicators as well as all sub-indicators), shows that countries using notaries in the real estate transactions are the most efficient. Since the evidence emerging from DB data shows that the control of the State delegates produces (besides legal security and reliability) better efficiency, the overall logic of DB global reforms in the property transfer may be reconsidered. As an alternative to the *tout court* idea of eliminating every kind of intermediation, it would be reasonable to consider the tangible empirical effects produced by a system and to involve State officers in establishing best strategy for efficiency, keeping at the same time the guarantee for the society and the vulnerable agents.

Keywords: doing business, professional services, real estate transfers, performance indicators, rank methodology.

1. Purpose of the analysis and main findings

A recent research note of the World Bank's Doing Business (DB) report, namely "The involvement of third-party professionals in business registration and property transfer[1]", concludes that entrepreneurs in 80% of the economies still need the assistance of a third-party agent (lawyers and notaries) to transfer a property. Moreover, they claim that "making the use of third-party agents optional .. Could promote opportunities for all and create a level playing field for entrepreneurs".

Nevertheless, the involvement of civil law notaries, qualified legal experts delegated by the State, represents a guarantee for the country system and - since they supervise all the process as public officers – it is not only an assistance for the involved parties but also a gatekeeping for the economic soundness and the protection of vulnerable parties. For this reason, the label "involvement of third-party professional" deserves deeper analysis and specifications. However, besides their role as State representatives for the security of the transactions and the compliance with law requirements, the analysis of the DB scores shows that civil law notaries guarantee better performances also in terms of efficiency. In fact, in this article the Doing Business data were assessed as concerns the "registering property indicator" in order to understand what is the impact of the notarial services in terms of costs, time, number of procedures and quality. Analysing economies classified by groups of per capita income, we could find out that countries using notaries in the real estate transactions are, in the greatest majority of cases, the most efficient as concerns costs, time, number of procedures and quality. Actually, the aggregate analysis on all 190 countries assessed in the Doing Business report shows the better overall performances of countries adopting notaries in the synthetic RP indicator as well in all its sub-indicators. If we split the analysis by economies clusters (by per capita), inside groups with income per capita up to $45,000 (172 countries divided in 3 sub-groups of per capita income range), countries adopting notarial control still perform better overall. These 3 analysed clusters (about 93% of the total world population) represent more than 90% of the DB assessed countries. Only in the very small economies cluster with per capita income higher than $45,000 (group of 18 countries representing about 7% of the world population), the countries with notaries, although in the quality sub-indicator they still perform better than countries of common law traditions, do not show the top performances in terms of quantitative evaluation. It should be also considered that very high-income EU countries with a tradition of civil law notaries (e.g. Germany, Austria, Belgium, Netherlands, etc.) are still facing an idiosyncrasy with the definitions and methodology of the DB collection data system. Because of a different cultural background on policy regulations and administration, they were unable, despite the high quality and reliability of their system, to convert their positive characteristics in a good result in terms of the registering property indicators (more attention by their representative officers on DB data input would surely have improved their score and overcome interpretative biases). Most of the gap with other countries it could be just a matter of data input adjustment and may not include concrete imbalances. For instance, input about time and procedures should take into consideration DB definitions and therefore transposed in the correct way as feedback (see Cappiello 2014 about DB definitions and time indicator possible biases[2]). These abovementioned civil law countries are in fact considered as reference model for the quality of life (high per capita income associated with very fair distribution, i.e. lower value on Gini index), efficiency, and reliability of administration at European and World level. However, the cluster of the very few countries reaching the maximum income per capita (many of them have a population ranging only from 2 to 15 million) is far outside the scope of the

[1] Cyriane Marie Coste, Marie Lily Delion, Adrián F. González, Frédéric Meunier, Nathalie Reyes Benjumea, Yuriy Valentinovich Avramov.The involvement of third-party professionals in business registration and property transfer, Indicators Group Research Note World Bank Research and Development Center in Chile, No. 2/October 2019.

[2] Cappiello A. (2014). *World Bank Doing Business Project and the statistical methods based on ranks: the paradox of the time indicator*, RIEDS Italian Review of Economics, Demography and Statistics, vol. 68(1), pages 79-86, January-M.

WB objectives of reducing poverty, creating better opportunities and avoiding discrimination. This is to say that the role of notaries is surely helping in the majority of the economies to reach the abovementioned goals, especially because the legal certainty is ensured in a preventive way avoiding inconveniences for all connected sectors of the country system (e.g. alleviating the burden of tribunals and reducing the costs and damages for the citizens and economic operators). Moreover, in case of countries with more evident unbalances and information asymmetries among agents involved in the transactions, notaries represent an indispensable guidance and guarantee to overcome cultural barriers and support and guarantee the vulnerable parties (see also P. Monkkonen 2016[3])

2. Countries with civil law notaries involved in the real estate transfers

Among countries adopting notaries, a distinction should be made between Notaries Public and Civil Law Notaries. Civil Law Notaries are legal experts (public officers delegated by the State) with a University degree in law and, among others, they take care of the legal control of the real estate contracts and all connected procedures (in many cases also of the input in the Public Registers). While Notaries Public are mainly used in common law systems as officers for signature verification and other certifications (their function does not usually require a University degree in Law and they do not perform a legal control on the contents of the documents). Civil law notaries are represented at international level by the UINL (International Union of Notaries). Nevertheless, some UINL countries adopting civil law notaries, may not compulsorily require the notaries involvement in the real estate transfers. Therefore, in order to assess the impact of civil law notaries on the registering property indicators we only consider UINL countries with an actual involvement[4] of notaries in the real estate transactions as indicated by the DB report (see Tab. 1).

Tab. 1 – Countries analysed by Doing Business Report using UINL notaries in the real estate transfer process.

List of UINL countries adopting notaries in Real estate transfers (as per DB report)					
Albania	Colombia	Guatemala	Mauritania	Portugal	Venezuela
Algeria	Congo Dem R.	Guinea	Mauritius	Puerto Rico	Vietnam
Argentina	Costa Rica	Haiti	Mexico	Romania	
Austria	Côte d'Ivoire	Honduras	Moldova	Russian Fed.	
Belgium	Croatia	Hungary	Mongolia	San Marino	
Benin	Czech Republic	Indonesia	Montenegro	Senegal	
Bolivia	Dominican R.	Italy	Morocco	Slovak R.	
BiH	Ecuador	Kosovo	Netherlands	Slovenia	
Brazil	El Salvador	Latvia	Nicaragua	Spain	
Bulgaria	Estonia	Lebanon	Niger	Switzerland	
Burkina Faso	France	Lithuania	N. Macedonia	Togo	
Cameroon	Gabon	Luxembourg	Panama	Tunisia	
CAR	Georgia	Madagascar	Paraguay	Turkey	
Chad	Germany	Mali	Peru	Ukraine	
Chile	Greece	Malta	Poland	Uruguay	

Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

[3] Monkkonen, P. (2016). *Are Civil-Law Notaries Rent-Seeking Monopolists or Essential Market Intermediaries? Endogenous Development of a Property Rights Institution in Mexico*. Journal of Peasant Studies 43 (6): 1224–48.

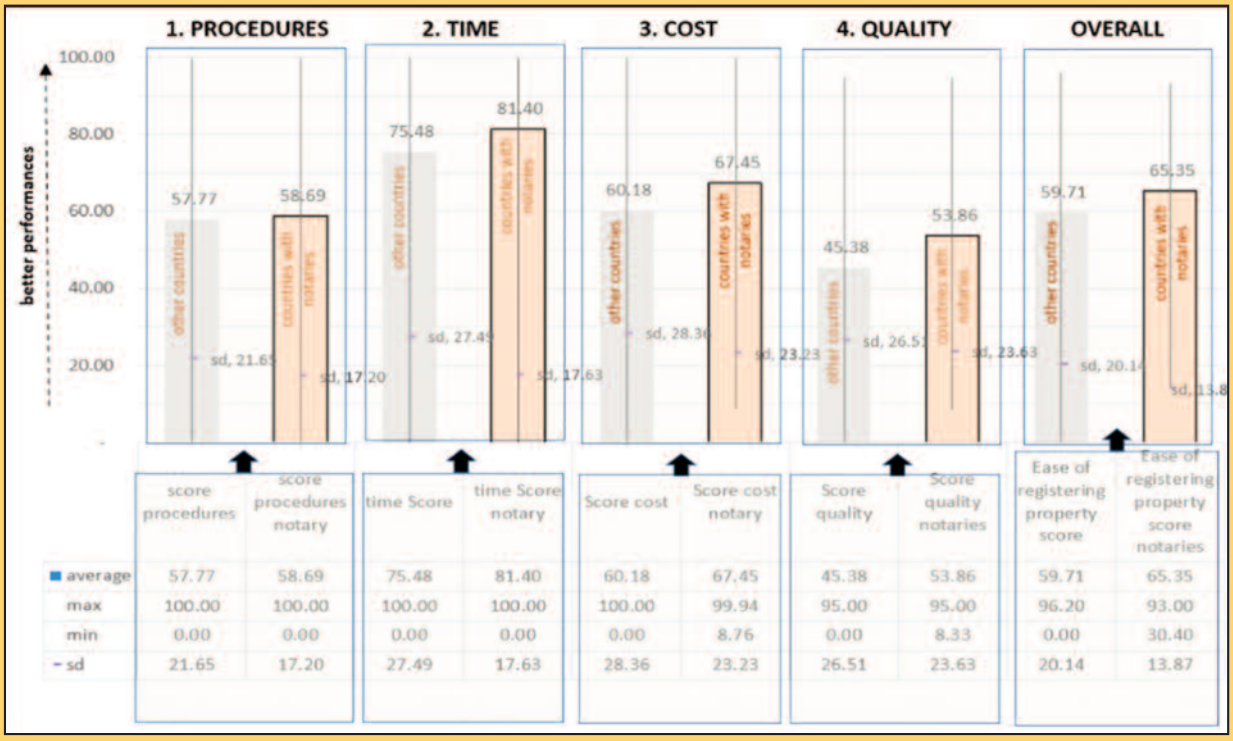
[4] Country where notaries are compulsory required by law or commonly used in the practice.

3. Analysing the impact of UINL notaries in different countries clusters by per capita income

We focused our analysis on the main sub-indicators of the Registering property (namely: number of procedures, time, cost and quality the real estate registration infrastructure) in order to assess the average impact of civil law notaries. The aggregate assessment on the 190 countries analysed by the DB shows better average results by countries adopting civil law notaries in real estate transfers (see fig. 1 and tab. 5). Afterwards, we tested it on 4 clusters of countries (Cn) by per capita income, namely C1 (countries with per capita income up to $ 8,000), C2 (countries with per capita income between $8,000 and $15,000), C3 (countries with per capita income between $15,000 and $45,000), C4 (countries with per capita income higher than $45,000). From fig. 1, representing the average performance on the Registering Property indicator, we can notice the better performances of the UINL countries adopting notaries in all sub indicators. Moreover, the standard deviation has significant lower value in the UINL clusters. This means that inside the group of countries adopting notaries, the distribution of the scores is more uniform. The lower gap between maximum and minimum value (overall indicator as well as cost and quality sub indicators) for the UINL cluster is a further confirmation of the greater uniformity of performances inside this group.

The data (see fig. 1) also shows the greatest gap between the 2 analysed clusters (country using notaries vs other countries) in the quality indicator (8.47) and, surprisingly against all stereotypes, also in the cost indicator (7.26). This means that the quality of the transfer is much higher and less expensive if on civil law notary control. Another consideration can be made on the gap

Fig.1 – Performances of UINL countries requiring notaries in the property transfers



Note: the line inside each histogram shows the minimum and max value of each considered distribution as well as the standard deviation indicated by a spot with the acronym sd.
Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

between the procedures and time indicators: the most evident gap is on the time. This surely means that the transfer is faster in the civil law notaries countries cluster. If we consider that the indicator on the procedures presents a less evident gap, this mean that in average each procedure is completed quickly. Moreover, considering the possible distortion coming for the implication of the methodology on the calculation of time and procedures (see Cappiello 2014), a more faithful representation of the reality by these indicators would probably enhance further the important legal control made by highly qualified legal experts (notaries) completing many checks (procedures) faster than systems which do not adopt civil law notaries. The analysis by income group of countries, see tab. 2 and tab. 6, shows that only if we consider the group of very high-income countries (greater than 45,000 dollars per capita) there are better performances of countries not adopting notaries. But if we look deeper inside the cluster, the average result is mainly determined not by common law coun-

Tab. 2 – Countries grouped by per capita income clusters

C	Per capita income range $ and % population	Countries *(**in bold** UINL countries using **notaries** in the real estate transfers)*
1	$C_1 \leq 8.000$ **117** countries 57% of the world population	Afghanistan, **Albania**, **Algeria**, Angola, Armenia, Azerbaijan, Bangladesh, Belarus, Belize, **Benin**, Bhutan, **Bolivia, Bosnia and Herzegovina**, Botswana, **Burkina Faso**, Burundi, Cabo Verde, Cambodia, **Cameroon**, **Central African Republic**, **Chad**, **Colombia**, Comoros, **Congo Dem Rep,** Congo Rep, **Côte d'Ivoire**, Djibouti, Dominica, **Dominican Republic**, **Ecuador**, Egypt Arab Rep, **El Salvador**, Equatorial Guinea, Eritrea, Eswatini, Ethiopia, Fiji, **Gabon**, Gambia, **Georgia**, Ghana, **Guatemala**, **Guinea**, Guinea-Bissau, Guyana, **Haiti**, **Honduras**, India, **Indonesia** , Iran Islamic Rep, Iraq, Jamaica, Jordan, Kazakhstan, Kenya, Kiribati, **Kosovo**, Kyrgyz Republic, Lao PDR, **Lebanon**, Lesotho, Liberia, Libya, **Madagascar**, Malawi, **Mali**, Marshall Islands, **Mauritania**, Micronesia Fed Sts, **Moldova**, **Mongolia**, **Morocco**, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nepal, **Nicaragua**, **Niger**, Nigeria, **North Macedonia**, Pakistan, Papua New Guinea, **Paraguay**, **Peru**, Philippines, Rwanda, Samoa, São Tomé and Príncipe, **Senegal**, Serbia, Sierra Leone, Solomon Islands, Somalia, South Africa, South Sudan, Sri Lanka, St Vincent and the Grenadines, Sudan, Suriname, Syrian Arab Republic, Tajikistan, Tanzania, Thailand, Timor-Leste, **Togo**, Tonga, **Tunisia**, Uganda, **Ukraine**, Uzbekistan, Vanuatu, **Venezuela RB**, **Vietnam**, West Bank and Gaza, Yemen Rep, Zambia, Zimbabwe.
2	$8.001 \leq C_2 \leq 15000$ **20** countries 28% of the world population	**Argentina**, **Brazil, Bulgaria**, **Chile**, China, **Costa Rica**, **Croatia**, Grenada, **Hungary**, Malaysia, Maldives, **Mauritius**, **Mexico**, **Montenegro**, **Panama**, **Poland**, **Romania**, **Russian Federation**, St. Lucia, **Turkey**
3	$15001 \leq C_3 \leq 45000$ **35 countries** 8% of the world population	Antigua and Barbuda, Bahamas, Bahrain, Barbados, Brunei, Canada, Cyprus, **Czech Republic**, **Estonia**, **France**, **Greece**, Israel, **Italy**, Japan, Korea Rep, Kuwait, **Latvia**, **Lithuania**, **Malta**, New Zealand, Oman, Palau, **Portugal**, **Puerto Rico (U.S.)**, Saudi Arabia, Seychelles, **Slovak Republic**, **Slovenia**, **Spain**, St Kitts and Nevis, Taiwan China, Trinidad and Tobago, United Arab Emirates, United Kingdom, **Uruguay**
4	$C_4 > 45.001$ **18 countries** 7% of the world population	Australia, **Austria**, **Belgium**, Denmark, Finland, **Germany**, Hong Kong, Iceland, Ireland, **Luxembourg**, **Netherlands**, Norway, Qatar, **San Marino**, Singapore, Sweden, **Switzerland**, United States.

Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

tries, but by Northern Europe very small economies (e.g. Denmark, Sweden, Finland, Iceland and Norway) countries which, although representing a notable excellence as concerns the socio-economic system, have the advantage of managing a small population with a very efficient enforcing system (i.e. they represent an outliers in a world dominated by a greater complexity).

We should consider that the group with per capita income higher than 45,000 dollars includes only 18 countries (of 190), and among them, some very small economies as Qatar (1st in the RP rank), Iceland (16th), San Marino (93rd) and Luxembourg (102nd) are obviously influencing the average not in favour of UINL countries. If we do not take into consideration these small economies (i.e. countries having population under 4 million), this cluster will be reduced to 14 countries (representing about 7% of the analysed economies). Moreover 66% of this cluster population is represented by US and Australia. These common law countries, anyway, still have lower performances as concerns the quality of the land administration system if compared to civil law countries of the same income group (see tab. 3). The rest of countries belonging to non-civil law notaries group is represented by 7 countries with a population ranging from 5 to 10 million of inhabitants (of which the above-mentioned Nordic countries represent the majority). The synthetic indicator of civil law notaries mainly shows a greater gap with very small economies adopting a mixed legal system and with some Nordic Countries of Europe. The gap is confirmed in the sub indicators even if the quality indicators (see tab. 3) of the civil law countries in this cluster, as above said, perform still better than common law countries (e.g. Ireland, US, Australia). The FATF[5] score concerning the compliance with anti-money laundering controls (including Beneficial Ownership compliance) made on real estate transfers by professionals (in the UINL countries. these controls are carried out by notaries who also send the great majority of the STR to the FIU), also underlines greater care in UINL countries on quality aspects of this delicate sector of the economy[6].

Nevertheless, since these 3 sub-clusters include all the African economies (except Mauritius) and other countries with some similar peculiarities, we can keep them also as unique cluster C1≤8,000 in order to simplify the categorization in 4 main groups by classes of per capita income (C1, C2, C3 and C4). The analysis of the cluster C1 leads also to a significant reflection: the data about the African countries (presenting, in many cases,

Tab. 4 - Impact of UINL countries adopting notaries on the Registering property indicator by income clusters (C1≤8.000$ per capita; best score RP=100)

Sub-clusters ≤8.000$ per capita	UINL countries RP score	other countries RP score	Income group	Number of countries analyzed inside the cluster
C_{1a}	52.21	50.82	$C_{1a} \leq 2.000$	50
C_{1b}	64.85	55.73	$2001 \leq C_{1b} \leq 4000$	27
C_{1c}	65.08	56.43	$4001 \leq C_{1b} \leq 8000$	40

Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

[5] The last FATF guide for legal professionals (2019) underlines the importance of the anti-money laundering controls made by notaries in the real estate transactions and the need of a strict supervision by their professional bodies.

[6] The World Bank also expressed great concern about the money laundering negative implications for the soundness of the economic system and underlined the importance of tracking the Beneficial ownership behind the transactions. See *The puppet masters: how the corrupt use legal structures* where among others, it has also underlined the role of public registers in preventing the misuse of corporate vehicles and other legal entities for illicit purpose.

greater disparities and information asymmetries between the parties involved in a real estate transaction) underline better performances of the economies using notaries. These State officers are a well-known qualified assistance to fill any knowledge gap, keep the transaction secure and protecting the vulnerable agents especially where the developing countries infrastructure may experience some difficulties.

Hereafter, tab. 5, 6 and 7 show the detailed data of the comparison between countries adopting civil law notaries and other countries. The country performance (percent score) of each registering property sub-indicator is calculated as follows:

$$[1] \quad I_i = (W - x)(W - B)^{-1}$$

Where x is the score of the analysed country, and W and B, respectively the worst and best score of the considered distribution. This rescaled score of each indicator is therefore ranging from 0 to 100 (where 100 is the best possible score). The final score of the synthetic re-

Tab. 5 - Impact of countries adopting notaries on the Registering property indicator by income clusters (see tab. 6 and 7 for details about countries and data)

C	Income range $ and % ot tot. population	Number of countries analysed in the cluster /notes	Notary impact on the main synthetic RP indicator	Notary impact on RP sub-indicators /notes
ALL	All income range (all clusters together)	**190** countries (all countries, 100% of economies analysed by the DB) ***best performances of countries adopting notaries*** *on synthetic indicator as well as in every single sub-indicator*	**Best score** on the main index (synthetic indicator)	Best score in **every single sub-indicator**
Cluster 1	$C_1 \leq 8{,}000$ 57% of world population	**117** countries (62% of economies analysed by the DB This cluster includes all the African countries except Mauritius	**Best score** on the main index (synthetic indicator)	Best score in **every single sub-indicator**
Cluster 2	$8{,}001 \leq C_2 \leq 15{,}000$ 28% of world population	**20** countries (10 % of economies analysed by the DB)	**Best score** on the main index (synthetic indicator)	Best score on **3 on 4** of the sub indicators (only time indicator has a slightly lower value).
Cluster 3	$15{,}001 \leq C_3 \leq 45{,}000$ 8% of the world population	**35** (18% of economies analysed by the DB)	**Best score** on the main index (synthetic indicator)	Best score on **3 on 4** of the sub indicators (only the procedure indicator has a slightly lower value). This may be also due to the misleading interpretation of the calculation of procedures as feedback to the DB report questionnaires, see § 3
Cluster 4	$C_4 > 45{,}001$ 7% of the world population	**18** countries, If we do not consider very small economies (e.g. countries having population under 2 millions: i.e. Iceland, Qatar etc.), this cluster will be reduced to **14** countries (representing about 7% of the analysed economies). Moreover 66% of the cluster population is represented by US and Australia (these common law countries, anyway, still have lower performances as concerns the quality of the land registration system if compared to civil law countries of this income group). The rest of countries belonging to non-civil law notaries group is represented by 7 countries with a population ranging from 5 to 10 million of inhabitants.	the synthetic indicator of civil law notaries mainly shows a greater gap with relatively small economies adopting a mixed legal system or some Nordic Countries of Europe.	The gap is confirmed in the sub indicators even if the **quality** indicators of the civil law countries in this group performs still better than common law countries (e.g. Ireland, US, Australia)

Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

gistering property indicator RPscore is represented by the average of the n sub indicators (in our case n=4 sub-indicators, namely: procedures, time, cost and quality).

$$[2]\quad RP_{score} = \left(\sum_{1}^{n} I_i \right)^{n-1}$$

Obviously also the RPscore will range from 0 to 100 (where 100 represents the best overall performance).

Tab. 5 summarize the main finding of the analysis by per capita income group. The detailed data referring to each cluster are indicated in tab. 7.

Tab. 6 shows the comparison on the score of the registering property indicators between countries adopting notaries and other countries. Both average and median values show better performances of UINL cluster in the main indicator as well as in all sub indicators (lower standard deviation indicates great overall homogeneity inside UINL distribution of scores). Tab. 7 confirms overall better results of countries adopting notaries in the first three clusters with the above-mentioned exception of the cluster 4 representing the countries with the top highest per capita income and the 7% of the world population (see previous considerations and reflections made in paragraphs 1 and 4).

Tab. 6 – Impact on UINL countries using notaries on the Registering Property indicator compared to other countries (average, median, sd, min, max)

	Population	Number of countries	procedures score (100 best score)	time score (100 best score)	cost score (100 best score)	quality score (100 best score)	RP overall score (100 best score)	RP RANK (1 best - 190 worst)	
UINL countries (notaries)	2,099,758,198	77	58.69	81.40	67.45	53.86	65.35	87	average
			17	18	23	24	14	50	sd standard deviation
			58.33	85.77	70.21	54.35	65.20	87	median
			0	0	8.76	8.33	30.40	4	min
			100.00	100.00	99.94	95.00	93.00	182	max
Other countries	5,450,834,799	113	57.77	75.48	60.18	45.38	59.71	101.35	average
			21.65	27.49	28.36	26.51	20.14	57.78	sd standard deviation
			58.33	83.73	65.67	36.67	59.50	108.00	median
			0	0	0	0	0	1.00	min
			100.00	100.00	100.00	95.00	96.20	187.00	max

Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

Tab. 7 – Impact on UINL countries using notaries on the Registering property indicator compared to other countries (by per capita income clusters)

	Cluster	units (number of countries)	procedures score	time score	cost score	quality score	Overall score
UINL countries (notaries)	$C_1 \leq 8.000$	41	58.94	78.98	63.40	39.92	60.31
	$8.001 \leq C_2 \leq 15000$	15	55.19	84.32	81.22	63.68	71.09
	$15001 \leq C_3 \leq 45000$	14	61.90	82.98	70.67	70.95	71.62
	$C_4 > 45.001$	7	58.33	86.19	55.21	80.24	70.00
Other countries	$C_1 \leq 8.000$	76	52.73	70.68	56.61	34.76	53.70
	$8.001 \leq C_2 \leq 15000$	5	54.08	88.37	49.62	56.30	62.08
	$15001 \leq C_3 \leq 45000$	21	64.68	80.30	67.82	62.46	68.82
	$C_4 > 45.001$	11	81.06	93.52	75.10	81.21	82.73

Source: World Bank Doing Business Report 2020, Registering property indicator 2020

4. Conclusions and final considerations

A research note of the World Bank Doing Business Team (2019)[7], in order to increase the efficiency of the country system, proposed to make optional the use of professionals (including notaries) in such very delicate transactions as the real estate transfers. This article - through a comprehensive calculation based on the DB data - assessed the results of the World Bank note as concerns the only involvement of notaries. The aggregate analysis on the 190 economies examined with the Registering property indicator and sub-indicators, shows that countries using notaries in real estate transactions are the most efficient (synthetic RP indicators as well as all sub-indicators). If we split the analysis in country clusters (groups by per capita income), civil law notaries, in the greatest majority of the cases, still show better performances in terms of cost, time, procedures and quality. Only in a very small group of the analysed economies (7% of the population of all the economies), countries with civil law notaries present some gaps in the RP score even though, also in this minor cluster, quality aspects are still in favour of civil law countries compared to the ones adopting a common law system. Anyway, the few countries inside this last group are the ones with the highest income per capita (many of them with very small population. i.e. Qatar, Iceland, etc) and represent an outlier in a world context where the major objectives are reducing poverty, creating better opportunities and avoiding discrimination (among others, these are also the World Bank declared objectives). Especially because of the difficulties experienced in the majority of the developing countries infrastructures (see reflections about Africa[8] in paragraph 3) and the complexity of the socio-economic context (evident also in advanced economies), the reality is surely not pictured by the model of the few countries representing an outlier of excellence (countries where the small scale and lower complexity of the socio economic context considerably eases the management of their infrastructures). This is to say that the role of notaries is surely helping in the majority of the economies to reach the World Bank abovementioned objectives, especially where the legal certainty is ensured in a preventive way, and avoids inconveniences for all the connected sectors of the country system (e.g. alleviating the burden of tribunals and reducing the costs and damages for the citizens and economic operators). Moreover, in the case of countries with more evident unbalances and information asymmetries among agents involved in the transactions, notaries represent an indispensable guidance and guarantee to overcome cultural barriers and support and guarantee the vulnerable parties. The competence and usefulness of notaries was also recognised by the same World Bank that, in 2016, also signed a cooperation agreement with the International Union of Notaries in order to receive privileged consultancy in technical aspects concerning the real estate transactions especially in the view of improving the Doing Business indicators RP as concerns the quality and the legal security aspects. Since also the evidence emerging from data shows that the control of State delegates produces (besides legal security and reliability) better efficiency, the overall logic of global reforms should be reconsidered. As an alternative to the tout court idea of eliminating every kind of intermediation, it would be reasonable to consider the tangible empirical effects produced by a country system and to involve State officers in establishing the best strategy for efficiency, keeping at the same time the guarantee for the society and the vulnerable agents.

[7] WORLD BANK (2019). The involvement of third-party professionals in business registration and property transfer, Indicators group research note (See note 1 and bibliography for more detailed references).

[8] The International Union of Notaries (UINL) is continuously providing knowledge exchange with notary systems of the different countries thorough a dedicated intranet as well as international scientific working groups (some of them specifically dedicated to the African countries). These coordination aims at helping notaries to move forward at same pace in providing the best contribution inside their specific country infrastructure.

REFERENCES AND FURTHER READINGS

CAPPIELLO, A. (2014), World Bank Doing Business Project and the statistical methods based on ranks: the paradox of the time indicator, RIEDS Italian Review of Economics, Demography and Statistics, vol. 68 (1), pages 79-86

CAPPIELLO, A. (2008), Estimating non observed economy, Journal of Economic and Social Measurement, IOS press, vol. 33 n.1, New York.

CAPPIELLO, A. (2010). Legal Origins and Socio-economic Consequences: Can Legal Origins Really Explain the Main Differences in Economic and Juridical Performances? Nordic Journal of International Law, Volume 79, Number 4, 2010

CAPPIELLO, A. (2011). What role for legal systems in economic performances? Invited paper at German Law and Economics Association 9th Annual Meeting in Bonn 2011

COHEN, W.W., SCHAPIRE, R. E., SINGER, Y. (1998). Learning to order things. Advances in Neural Information Processing Systems. The MIT Press.

MONKKONEN, P. (2016). Are Civil-Law Notaries Rent-Seeking Monopolists or Essential Market Intermediaries? Endogenous Development of a Property Rights Institution in Mexico. Journal of Peasant Studies 43 (6): 1224–48.

RIDDELL M. - CAPPIELLO, A. (2008), Does the rest of the world need the "Civil law notary model"? Studi e Materiali. Supplemento n.1, 2008, IPSOA - Proceedings of the Conference on Public Administration and Information Technology

WORLD BANK (2019). The involvement of third-party professionals in business registration and property transfer, (by Coste, Delion, González, Meunier, Benjumea, Avramov). Indicators Group Research Note, World Bank RDC in Chile, No. 2/Oct.

WORLD BANK (2020), Doing Business Report, Registering property. Washington D.C.

4

Unión Internacional del Notariado

Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL 2019

XXIX Congreso Internacional del Notariado. Yakarta

EL NOTARIO: CIENCIA, TÉCNICA Y ARTE AL SERVICIO DE LAS PERSONAS MÁS VULNERABLES



AUTORES: CRISTINA NOEMÍ ARMELLA, EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS, SEBASTIÁN JUSTO COSOLA, JAVIER HERNÁN MOREYRA, KARINA VANESA SALIERNO, MARCELA VIVIANA SPINA, OTILIA DEL CARMEN ZITO FONTÁN

Unión Internacional del Notariado

INESTIGACION JURIDICA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS VULNERABLES, SU APLICACIÓN PRÁCTICA Y EL ROL DEL NOTARIO COMO GARANTE DE SU PROTECCION



XXIX Congreso Internacional del Notariado. Yakarta, Indonesia. Noviembre 2019



Entrega del Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL por el trabajo presentado: El notario: Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables. Autores: Cristina Noemí Armella, Eduardo Gabriel Clusellas, Sebastián Justo Cosola, Javier Hernán Moreyra, Karina Vanesa Salierno, Marcela Viviana Spina, Otilia del Carmen Zito Fontán.



De izquierda a derecha: Marcela Viviana Spina, Karina Vanesa Salierno, Cristina Noemí Armella, Eduardo Gabriel Clusellas y Otilia del Carmen Zito Fontán.



"La verdadera medida de la justicia de un sistema
es la cantidad de protección que garantiza a los más débiles[1]"

INDICE

CAPÍTULO I
PARTE GENERAL

I. Introducción personas en situación de vulnerabilidad. Normativa aplicable

Concepto de Vulnerabilidad.
Caracterización de grupos en situación de vulnerabilidad.

II. Protección internacional de DH

1. Introducción

2. Sistemas de protección de DH
2.1 Sistema Universal.
2.1.2. Convenciones Específicas.
2.1.3. Control Convencional y Extra convencional.
2.2. Sistema Interamericano.
2.2.1 Convenciones Interamericanas.
2.2.2 Control Convencional y Extra convencional.
2.3. Sistema europeo.
2.4. Sistema Africano.
2.5. Incipiente sistema de protección de DH en Asia e Islas del Pacífico.

3. Personas con Discapacidad
3.1 El rol del notario en el Control de Sistemas de Apoyo.

4. Personas Mayores
4.1. La especificación de los derechos de las Personas Mayores.
Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores"

[1] Aung San Suu Kyi, Activista birmana, Premio Nobel de la Paz, 1991.

4.2. Convenio sobre Protección Internacional de Adultos. La Haya. Año 2000.

5. Jurisprudencia internacional sobre personas en situación de vulnerabilidad
5.1. Tribunal Europeo de DH.
5.2. Corte interamericana de DH.

.....

CAPITULO II
PARTE ESPECIAL
LAS PERSONAS VULNERABLES Y LA ACTUACION NOTARIAL

I. Juicio de capacidad y actuación notarial. Capacidad jurídica en el derecho privado argentino

Universalidad de los derechos humanos. Impacto en el Código Civil y Comercial de La Nación. La regla de capacidad (normas) en el Estado de derecho legal. Hacia la armonización de la regla de capacidad (interés superior) con el Estado de derecho Constitucional (principios) Situación actual. Armonía. La capacidad y la noción del concepto de persona. Creación notarial del derecho y aplicación de los valores constitucionales.

II. Herramientas jurídicas en protección de las personas vulnerables

I. EJERCICIO DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS. DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN. DIRECTIVAS ANTICIPADAS O ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

I1. Contenidos de los actos de autoprotección.
I.1.1. Directivas relacionadas a la salud. Las directivas anticipadas en las Convenciones e instrumentos de derechos humanos. La situación en Argentina. Legislación aplicable. Decisiones bioéticas referidas al final de la vida y derecho comparado. Menores de edad. Personas con capacidad restringida. Consentimiento informado para el caso de TRHA. Protocolización.
I.1.2. Exequias.
I.1.3. Directivas en previsión de la propia incapacidad. Designación de curador o apoyo. Poderes preventivos.
I.1.4. Directivas anticipadas y personas mayores.

II. ACCESO EQUITATIVO A LA VIVIENDA DIGNA

1. Introducción: "la vivienda como derecho humano"
2. Antecedentes históricos**.**
3. Normativa internacional.
4. La política habitacional.
4.1. Evolución de la situación habitacional Argentina 2001-2010.
4.2. Ley 14.449 de la Provincia de Buenos Aires: "Ley de Acceso Justo al Hábitat" (modificada por las Leyes 14875 y 14939).
4.3 Informe de la Organización TECHO Argentina respecto a las cuestiones más relevantes vinculadas con el acceso al hábitat, la pobreza y los asentamientos.
4.4. "Vivienda y cambio social en España"
4.5. Un Habitat for a better urban future. Ejemplos.
5. Viviendas para grupos vulnerables. La vivienda de las personas vulnerables:
5.1. Vivienda y adultos mayores.
5.2. Vivienda e inmigración.
5.3. Vivienda y género.
5.4 Vivienda e Interseccionalidad/discriminación múltiple.
6. Jurisprudencia.
7. El Notario y la protección de la vivienda de las personas vulnerables.

III. Contrato oneroso de renta vitalicia

La contractualidad negocial destinada a la protección patrimonial de personas humanas vulnerables: Renta Vitalicia.

I. PARTE: El negocio jurídico. La renta vitalicia. Su regulación legal. Características contractuales. La escritura pública como forma solemne relativa. Sujetos contractuales y roles subjetivos. Calificaciones notariales subjetivas. Identificación. Capacidad. Legitimaciones. Personas humanas contratantes no solteras. Capital. Renta. Plazo de la renta. Pluralidad de beneficiarios. Transmisibilidad del derecho a la renta. La exigibilidad del cumplimiento contractual. Resolución. Resolución por incumplimiento del deudor de la renta. Resolución por falta o disminución de la garantía. Resolución por fallecimiento del cabeza de renta.

II. PARTE: La contractualidad negocial protectiva. La contractualidad. Aspectos registrales. Aspectos catastrales Aspectos negociales. El contenido de la escritura pública**.**

IV. Renta potencial

Una alternativa crediticia entre la renta vitalicia y la hipoteca, para personas de edad avanzada**.** Alternativas de financiación tradicionales Mecanismo pro-puesto. Potenciales Oferentes de crédito. Elementos a considerar.

V. Movimiento asociativo. Nada sobre nosotros sin nosotros. Actividad notarial

VI. Protección de las personas vulnerables en el derecho sucesorio

1. PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN EL DERECHO SUCESORIO ARGENTINO

Protección sucesoria del cónyuge supérstite. El Derecho Real de Habitación.
Protección sucesoria del conviviente supérstite. El Derecho Real de Habitación.
Otras formas de protección sucesoria del cónyuge supérstite.

2. INDIGNIDAD SUCESORIA

Conceptos generales. Consideración de las personas vulnerables.
Dificultades para el ejercicio de la acción. El rol del notario.

3. MEJORA ESTRICTA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD

Conceptos generales. Ámbito de aplicación. Análisis práctico.

CONSIDERACIONES FINALES

ANEXO

I. Acto de Autoprotección de amplio contenido.
II. Contrato de Fideicomiso. Renta Potencial.

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I
PARTE GENERAL

I. Introducción personas en situación de vulnerabilidad. Normativa aplicable

Instados a realizar una investigación jurídica respecto a personas en situación de vulnerabilidad, debemos colocarnos en contexto, conceptualizar quienes son las "*personas en situación de vulnerabilidad*", cuáles son los presupuestos normativos aplicables y como se relacionan con la actividad notarial, objeto último de este trabajo.

En principio, debemos reconocer que estamos inmersos en un camino de grandes cambios, sociales, culturales y tecnológicos, que trae como consecuencia un cambio de paradigma en la conceptualización del derecho.

Siguiendo a Fernández Sessarego[2], podemos postular que estamos ante un proceso de gran transformación de los ordenamientos jurídicos. Hoy la ciencia jurídica, reconoce a la PERSONA HUMANA como el eje y centro de todo el ordenamiento, alejándose así del sistema preponderantemente individualista y de carácter patrimonialista (Codificación inspirada en el código francés decimonónico), para darle paso al sistema de reconocimiento de la DIGNIDAD humana, la igualdad, la no discriminación, la tolerancia y la libertad. Estos principios se expresan a través de los postulados universales de autonomía de la voluntad, autodeterminación y elección de un proyecto de vida.

El ser humano es libre y puede elegir y realizar todo lo que no está prohibido con un único límite de no afectar los derechos de los demás o el bien común, la vida social debe ser regulada de acuerdo a los **principios de justicia, seguridad y solidaridad.**

La historia de la humanidad es una historia de constante evolución, podríamos caracterizar esta época como la de la transformación de los principios jurídicos, encarnada en la adquisición de protagonismo de las mujeres, la libertad de elección sexual, de configuración familiar, la extensión de la expectativa de vida, los avances tecnológicos, genéticos y biomédicos, la globalización de los derechos humanos y la internacionalización y movilidad entre los países. Este ritmo evolutivo hace que el derecho regule situaciones ya consumadas, e indefectiblemente no alcance las necesidades sociales de ciertos grupos de personas humanas.

---

[2] Fernández Sessarego, Carlos. Derecho y Persona. 5ta Edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires 2015.

Los derechos fundamentales se constitucionalizan, se hacen exigibles en una globalización de los derechos humanos basados en la dignidad, en un sistema democrático de derechos. Los derechos del mundo se están transformando para acoger las grandes novedades jurídicas en relación a los derechos fundamentales.[3]

Resulta que si los derechos fundamentales exigidos por el ser humano en sus intereses existenciales, no tuvieran todavía regulación normativa o principios generales, igual deberían tener favorable acogida a través de resoluciones judiciales basadas en la DIGNIDAD HUMANA. La dignidad humana[4] es un concepto moral que surge de la naturaleza misma de la persona humana, de ser un fin en sí mismo. La dignidad refiere a la inviolabilidad y sacralidad de la persona que exige respeto y reverencia de parte de todos, e inspira los derechos humanos, las constituciones, las normas civiles y los fallos jurisprudenciales.

El concepto de "dignidad" incluye *"vivir como se quiera"* dentro de un ámbito de autonomía para vivir de acuerdo al plan de vida, "vivir bien", con condiciones mínimas de "calidad de vida" y "vivir sin humillaciones", para proteger la integridad física y moral del Ser humano.

La dignidad humana se construye con el principio de la tolerancia, del latín *tolerantĭa*, que significa 'cualidad de quien puede aceptar'. Aceptar al otro en cuanto es diferente de uno. La tolerancia es un valor moral que se practica con respecto a un otro; hacia sus ideas, prácticas o creencias, independientemente de que contradigan o sean diferentes de las nuestras. En este sentido, la tolerancia es también el reconocimiento de las diferencias inherentes a la naturaleza humana, a la diversidad de las culturas, las religiones o las maneras de ser o de actuar. Por ello, la tolerancia es una actitud fundamental para la vida en sociedad.

También se construye con el principio de la no discriminación, entendiendo a la discriminación como un trato o consideración desventajosa, cualquier restricción, distinción o exclusión que producen o reproducen desventajas en el acceso de recursos y oportunidades.

Los derechos fundamentales están reconocidos a todos los hombres por el solo hecho de ser tales, en los tratados de derechos humanos, en las constituciones nacionales, en el derecho consuetudinario, en los principios generales y otras fuentes del derecho internacional, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Estos derechos humanos son universales, interrelacionados, interdependientes e indivisibles, y deben ser interpretados conforme el principio de progresividad, que impone al Estado una conducta que podríamos llamar bifronte: por un lado, lo obliga a avanzar en el reconoci-

[3] La relatora de las Naciones Unidas Catalina Devandas Aguilar para la Convención de las Derechos de las Personas con Discapacidad en el foro de UINL de Buenos Aires 2018 refirió que treinta países están estudiando sus legislaciones internas para adaptar sus ordenamientos en relación a la capacidad jurídica.
[4] Waldron Jeremy. En "Análisis de la obra: Dignidad, rango y derechos" de Jeremy Waldron. Por García Jarmamillo Leonardo y Benitez Vicente en www.ambitojuridico.com/ noticias del 19/10/2018. Y conferencia magistral "El valor distintivo de la dignidad humana" en la oportunidad de su laudatio como Doctor Honoris causa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires 24 de Agosto de 2018. En derecho al día. Año XVII. Edición 308. 6 de Septiembre de 2018.

miento de los derechos económicos y sociales, de modo de satisfacerlos cada vez con mayor intensidad, y por el otro, le impide todo retroceso en esta área, evitando que una vez que un derecho social haya sido reconocido, pueda en el futuro -salvo casos excepcionales- ser desconocido.

Asimismo, los derechos humanos deben ser reconocidos bajo el principio universal "*pro personae*", que implica una pauta de interpretación hermenéutica que rige la amplitud para el reconocimiento de derechos y la restricción de su limitación. Por ello, la pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos obliga a compatibilizar el alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado con este criterio, siempre a favor de los derechos de las personas.

Concepto de Vulnerabilidad. Caracterización de grupos en situación de vulnerabilidad.

Una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando, por una causa o por una conjunción de causas, que llamamos interseccionalidad, la persona no está en condiciones de una igualdad real para ejercer sus derechos.

Vulnerable, del latín "vulnerabilis", según el diccionario de la real academia española: "es quién es susceptible de ser herido o recibir lesión ya sea física o moralmente". El concepto puede aplicarse a una persona o un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse al impacto.

Entonces hay grupos vulnerables, que por sus condiciones, socioculturales, su origen étnico, su género, su edad, su discapacidad o enfermedades o una combinación de factores, viven una realidad con mayores impedimentos para el disfrute igualitario y pleno de sus derechos fundamentales en iguales condiciones con los demás.

La doctrina jurídica muestra una dicotomía, ya que en principio todos los seres humanos somos vulnerables. Podemos afirmar que la vulnerabilidad es inherente a nuestra condición humana. Pero, por otro lado, la noción de vulnerabilidad entendida como necesidad o dependencia de ciertos individuos o grupos, se presenta cuando existen personas a las que no les basta con la igualdad liberal declamada para todos.

"Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad"[5].

[5] Concepto de personas en situación de vulnerabilidad en 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 4 a 6 de marzo de 2008.

Corresponde a los Estados tomar medidas de acción positiva en favor de igualar los derechos de estos grupos. Y en especial a preferir y privilegiar los derechos a aquellas personas más vulnerables, o que tienen múltiples causas de vulnerabilidad.

Siguiendo a Estupiñan Silva[6], podemos apoyarnos en las elaboraciones que realiza el Máximo Tribunal Regional de Derechos Humanos a través de sus sentencias quién ha realizado una encomiable labor a favor de las personas vulnerables del continente, a través de sus sentencias, medidas de reparación y seguimiento de las mismas.

«La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre»[7]

Los Estados parte tienen un deber de respeto y garantía y de ajuste de sus legislaciones internas de acuerdo a la Convención Americana.

Las personas pueden ser vulnerables por sus características personales (factores endógenos) o por su situación específica (factores exógenos), o por su combinación de una o más causas que las hace aún más vulnerables y susceptibles de mayor protección.

Son vulnerables por su condición física o personal:

- Los niños[8] por su fragilidad física y su inmadurez (física y jurídica) a la que se puede sumar fragilidad social, si pertenecen a un grupo minoritario, detenido o migrante o en un conflicto armado.
- Las mujeres,[9] y su vulnerabilidad se incrementa si son niñas, o pertenecen a comunidades indígenas o en caso de conflicto armado. O defensoras de los derechos humanos.

---

[6] Estupiñan Silva, Rosmerlin. La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esbozo de una tipología. Este texto es una adaptación del artículo (en francés) terminado en septiembre de 2013 que forma parte de la colección "Cahiers Européens" 2014 de la Universidad Paris I Panthéon Sorbonne, editado por Pedone, DHPP_Manual v. 3193-232- pdf

[7] Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julio de 2006.

[8] Corte IDH, OC-17/02, Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Rosendo Cantú et al. vs. México, Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay; Corte IDH, Bulacio vs. Argentina; Corte IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Corte IDH, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia,

- Las personas con discapacidad[10], tienen una causa personal de vulnerabilidad, teniendo en cuenta hasta una discapacidad indirecta, la imposibilidad de tener hijos.
- Los ancianos[11], la edad avanzada como una causa de vulnerabilidad. Que siempre se puede ver aumentada si se es mujer, pobre, discapacitada o perteneciente a comunidad indígena o migrante, o en un conflicto armado (bastante frecuentes en el Continente).
- Los que pertenecen a minorías sexuales[12], son especialmente vulnerables.
- Las pertenecientes a pueblos indígenas u originarios o minorías raciales.

Nuestro país se enmarca en el camino transformador detallado, y la codificación unificada del año 2015, produjo la expansión de las normas internacionales en materia de derechos humanos, incorporadas a nuestra pirámide normativa a través del inciso 22 del artículo 75 de nuestra carta magna. De ella surge claramente el nuevo paradigma común, a través del reconocimiento de los derechos de las personas vulnerables (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad)[13] como sujetos de derecho, y del respeto del principio de autonomía de la voluntad y de autodeterminación.

Teniendo en cuenta que la función notarial nace y se nutre de las necesidades sociales, nos vemos ante la imperiosa exigencia de adaptar nuestra función a los avances tecnológicos, pero también a los avances sociales reconocidos internacionalmente, respondiendo con capacitación permanente, con seguridad jurídica y realizando un aporte a la paz social, **preguntándonos si existe también en nuestra actividad una garantía de prioridad a favor de las "personas más vulnerables" de la sociedad.**

---

[9] Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, Masacres de Rio Negro vs. Guatemala; Corte IDH, Plan de Sanchez vs. Guatemala, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, ; Corte IDH, TiuTojin vs. Guatemala,

[10] Corte IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina, Corte IDH, Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.

[11] Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile. 2018.

[12] CIDH Atala Rifo. Vs. Chile. o Cantú vs. México

[13] *C.N Art. 75 inc.23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*

En el presente trabajo nos abocaremos especialmente a las personas vulnerables o en "situación de vulnerabilidad" por razones de edad avanzada y personas con discapacidad, tratando de dilucidar cómo cumple su **función social el notariado**, identificando las herramientas jurídicas que puede seleccionar, aplicar y elaborar, para la protección y salva-guarda de sus preferencias, intereses y derechos fundamentales, reconociendo asimismo que en ciertas situaciones, el avance tecnológico puede llegar a significar desprotección de los sujetos en situación de vulnerabilidad.

II. Protección internacional de los derechos humanos

Not. Zito Fontán, Otilia del Carmen

1. Introducción

En las últimas décadas del siglo XX el derecho internacional adquirió especial protagonismo frente a la necesidad de garantizar el efectivo goce de los DH. Se inició un proceso de humanización que ha colocado a la persona humana como el principal objetivo [14]de la comunidad internacional. Este avance se ha afianzado en detrimento de los criterios que inspiraron las legislaciones de fines del siglo XIX y en gran parte de las elaboradas en los albores del siglo XX.

El orden púbico internacional, que regía las relaciones internacionales en el período clásico, tuvo un giro trascendente a mediados del siglo pasado frente a la ineficacia de los mecanismos y políticas desarrollados por los estados para poner límites al poder de los gobernantes, proteger y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos (DH). Esta realidad marcó la necesidad de contar con normas internacionales objetivas, cuyo incumplimiento generara responsabilidad internacional. Las dos guerras mundiales marcaron un hito en la historia contemporánea.

Con la Carta de las Naciones Unidas, en San Francisco, California, EE UU, el 26 de junio de 1945, se vislumbra el paso del período clásico al periodo moderno del derecho internacional, más avanzado y concreto.

En paralelo, se crearon organismos internacionales para la defensa y protección de los DH. El 24 de octubre de 1945, y con el propósito fundamental de mantener la paz y la seguridad entre los pueblos, nace las "Naciones Unidas"; en el ámbito regional americano, el 30 de abril de 1948, en Bogotá, Colombia, se creó la Organización de Estados Americanos, y el Tratado de Londres del 5 de mayo de 1949 estableció en el ámbito europeo, el Consejo de Europa.

Para identificar cómo ha avanzado el reconocimiento de los DH de los grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad, creemos necesario analizar brevemente los sistemas de promoción y protección de los DH en los ámbitos Universal, Europeo, Interamericano y Africano, que determinan el marco jurídico de esta protección.

No es posible hacerlo, sin mencionar los cambios históricos que acompañan la evolución de los derechos.[15] Menciona Rafael de Asís[16] que hay cuatro grandes procesos: la positivización, la generalización, la internacionalización y el proceso de especificación. El de ***positivización,*** es el paso de los derechos del plano de la reflexión al plano del derecho, en el ámbito estatal; este proceso determina el establecimiento de sistemas de garantías de los derechos, y la determinación del órgano encargado de hacerlo. El proceso de ***generalización,*** de igualdad formal de los derechos**, implica la** extensión de la titularidad y la satisfacción de los derechos a todos los ciudadanos, que enfrenta dos grandes retos, como dice el autor citado, *la " satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales* (DESC) *y la lucha contra la discriminación"*. El de ***internacionalización,*** supone la incorporación de los derechos a normas internacionales y la implementación de sistemas de garantía en el ámbito internacional, aunque estos sistemas hayan tardado bastante tiempo en establecerse; este proceso se afianzó con la aprobación en la ONU de la "***Declaración Universal de Derechos Humanos" (DUDH),*** el 10 de diciembre de 1948, en París. *Este instrumento, que incluye* derechos civiles y políticos (DCP), como DESC, fue el hilo conductor para la celebración de declaraciones y convenciones posteriores, *pero no* estableció *procedimientos para denunciar las violaciones a estos derechos*. El más reciente, el proceso de ***especificación,*** se caracteriza por la suscripción de Declaraciones y Convenciones que reconocen, precisan y especifican derechos de grupos o colectivos sociales incluidos en el proceso de generalización, que necesitan la ratificación de sus derechos.

Este último es el tema que nos convoca y nos plantea el reto de avanzar en la búsqueda del fortalecimiento de la igualdad de oportunidades para quienes por distintas razones están en situación de vulnerabilidad, entre ellos niños, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, personas mayores, migrantes, refugiados, pueblos originarios, afro-descendientes; la diversidad sexual, la situación de pobreza, la falta de acceso al trabajo, la educación, la cultura, implican situaciones de desventaja social, que afectan el ejercicio de los DH básicos. La falta de igualdad y la discriminación están muy ligadas a la vulnerabilidad humana. Luego nos abocaremos en especial a las personas con discapacidad (PCD) y las personas mayores (PM).

---

[15] Peces-Barba Martínez G. y otros, en "Lecciones de Derechos fundamentales", Dykinson, Madrid, 2005. "El origen de los derechos se sitúa en el mundo moderno en el ámbito de tres reflexiones que, a pesar de los avances habidos en la protección y satisfacción de los derechos, siguen estando presentes; se trata de la reflexión sobre los límites del poder político, sobre la tolerancia y sobre la necesidad de humanizar el derecho penal y procesal"

[16] Rafael de Asis Roig en "Retos actuales de los derechos humanos". Compilado por Pablo E. Slavin y Francisco Bariffi. Universidad Nacional de Mar del Plata. Colección Políticas y Derechos Fundamentales" N° 3, 2009-

2. Sistemas de Protección de Derechos Humanos

En los sistemas de protección de DH, debemos distinguir el sistema de responsabilidad internacional atribuida exclusivamente al Estado por violaciones de DH, y la responsabilidad individual atribuida a la persona humana por esas violaciones. Los Tribunales penales que determinan la responsabilidad individual por crímenes contra la humanidad, son competencia de la *Corte Penal Internacional*, en cambio, los Tribunales regionales especializados en materia de DH, a los que nos referiremos en el presente comentario, tienen competencia para declarar o no, la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a DH. [17]

2.1 Sistema Universal

El conjunto de normas sustantivas y procesales, y los organismos de control internacional de la ONU, constituyen el **Sistema Universal** de Protección de los **Derechos Humanos.** Actualmente las Naciones Unidas tiene 193 estados miembros. Este sistema está integrado básicamente por la DUDH, antes mencionada, los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y sobre Derechos Económicos, Culturales y Sociales (PDESC), con sus Protocolos facultativos y siete convenciones sobre protección de DH específicos, que luego mencionaremos.[18] La DUDH, junto con los Pactos internacionales mencionados, y sus protocolos facultativos, forman la llamada "*Carta Internacional de Derechos Humanos*."

2.1.2. Convenciones específicas

Las siete convenciones internacionales específicas adoptadas por la AG de la ONU están referidas a la igualdad, no discriminación y protección de derechos contra la tortura, en favor de los derechos de la mujer, de los niños, trabajadores migratorios, personas con discapacidad, en protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.[19]

---

[17] Yennesit Palacios Valencia, en "Tribunales internacionales de Protección de DH en casos de Crímenes Internacionales", con Especial Referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos humanos.
https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/6388/7470

[18] En diciembre de 1966 la AG abrió a la firma, estos dos instrumentos, en los que prima el derecho a la igualdad y no discriminación: a) el PDCP y el Protocolos facultativo, que faculta al Comité de DH, creado por el art. 28 del Pacto, a supervisar su cumplimiento, con vigencia ambos desde el 23/ marzo/1976. El segundo Protocolo, destinado a abolir la pena de muerte, as aprobó el 15/diciembre/1989, y entró en vigencia el 11/Julio/1991. b) El PDESC en vigencia desde el 3/enero/1976, sobre no discriminación, igualdad del hombre y la mujer a gozar de los derechos reconocidos. Es más amplio en el catálogo de derechos reconocidos que la DUDH; el derecho al trabajo, la seguridad social, la familia, gozar de un buen nivel de vida económico, social y cultural. Supervisa su cumplimiento el Comité de DESC, creado por el Consejo Económico y Social de la ONU, el 28 mayo de 1985. El 10 de diciembre de 2008, la AG adoptó un Protocolo facultativo, que amplía la competencia del Comité de este Pacto, para conocer denuncias individuales e interestatales, **que entró en vigencia el 5 de mayo de 2013**.

[19] Sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial - 21/diciembre/1965, vigente desde el 4/enero/1969. Aborda la discriminación por motivos de raza, que afecte la igualdad de derechos en la vida privada y pública- art. 1 –

2.1.3 Control convencional y extra-convencional

El *Control Convencional* del sistema está a cargo de los Comités de expertos independientes establecidos en cada una de las Convenciones, con características propias, que son los órganos encargados de supervisar su acatamiento por los Estados partes, y que en la mayoría de los casos, expresan los criterios de interpretación a través de las Observaciones Generales. En el sistema universal, funcionan además mecanismos y órganos específicos de control, que han sido implementados por la ONU, que ejercen el *control extra convencional*. A partir del 3 de abril de 2006 y en la actualidad el **"Consejo de Seguridad",** integrado por 47 miembros, es el principal encargado de la conducción de estos procedimientos especiales. Entre los órganos específicos, mencionamos a los *"Altos Comisionados"*, sobre temáticas concretas: para los

---

Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - 18/diciembre/1979, vigente desde el 3/setiembre/1981. En base a la igualdad el hombre y la mujer, considera discriminación contra la mujer cualquier acción u omisión de la que resulte el menoscabo del ejercicio de sus derechos. La AG el 20/diciembre/1993, aprobó la **"Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer"**, a efectos de reforzar su aplicación, y se creó la **"Relatoría Especial"** que informa periódicamente sobre los marcos jurídicos y la aplicación de la Convención, proponiendo medidas a adoptar.

Contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 10/diciembre/1984, vigente desde el 26/junio/1987 Prohibe el uso de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos. Responsabiliza a los gobiernos que incurran en estos métodos. El 18/diciembre/2002, la AG adoptó el *Protocolo facultativo*, con vigencia desde el 22/junio/2006, sobre visitas a los lugares de privación de su libertad.

*Sobre los derechos del Niño***,** del 20/noviembre/1989, con vigencia desde el 2/setiembre/1990, y sus Protocolos Facultativos : "Participación de Niños en los Conflictos Armados", del 25/mayo/2000, vigencia desde el 12/febrero/2002; "La venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía", del año 2002, y en 2011 sobre "Procedimiento de comunicaciones"., para que los niños presenten denuncias individuales. Se entiende por niño a la persona menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Establece *cuatro principios básicos*: no discriminación, art.2; interés superior del niño, art. 3; derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo personal, art. 6; y el derecho a expresar sus opiniones libremente, en todos los asuntos que le afecten.

Sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias - 18/diciembre/1990. En vigencia desde el 1°/julio /2003. La convención aborda la igualdad y no discriminación, en materia laboral y con relación el vínculo familiar.

Sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Convención y el Protocolo Facultativo, fueron aprobados por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006; quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007 y entraron en vigencia el 3 de mayo de 2008. Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI; su aprobación y entrada en vigencia en el contexto internacional implica un cambio cualitativo en la protección de los DH de las personas con discapacidad, como luego analizaremos.

Para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. 20/ diciembre/2006-. Entró en vigencia el 23/diciembre/2010. Establece que se entenderá por "desaparición forzada" *el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.*

Refugiados, creado en 1949 y para la infancia, en 1946, entre otros; los Grupos de Trabajo, Relatorías Especiales y expertos independientes. [20] [21]

2.2. Sistema interamericano. Los instrumentos internacionales y los mecanismos de promoción y protección de DH adoptados en el ámbito de la OEA constituyen el Sistema Interamericano, cuyo sustento legal es la Carta de la Organización de Estados Americanos, que antes mencionamos.

Su corpus iuris está integrado por la **"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"** aprobada en Bogotá, en abril de 1948, seis meses antes que la **DUDH,** que reconoce derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales, y deberes correlativos[22]; la **"Convención Americana sobre Derechos Humanos"(CADH) ó Pacto de San José de Costa Rica,** adoptada más de veinte años después, el 22/noviembre/1969, que entró en vigencia en 1978 y establece las bases del S*istema interamericano de DH*, a través de la **"Comisión Interamericana de Derechos Humanos" (creada en 1959) y la "Corte interamericana de Derechos Humanos"** (Corte IDH).

Completan el sistema americano, los dos protocolos facultativos de la CADH, el **Protocolo de San Salvador**, en materia de "Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 17/ noviembre/1988, en el estado de El Salvador, que enuncia una gama de derechos muy amplia, que deben ser ejercidos *sin discriminación.* [23] ; el **Protocolo sobre la "Abolición de la Pena de Muerte",** adoptado en Asunción, Paraguay, el 8/ junio /1990 [24] y convenciones sobre la protección de los DH de colectivos determinados. [25]

---

[20] La Oficina del *"Alto Comisionado de DH" (ACNUDH)*, fue establecida por la AG, por R 48/141 del 20/12/1993, tiene sede en Ginebra; entre sus principales actividades, recibe las quejas y denuncias individuales de quienes consideran ser víctimas por la violación de DH conforme instrumentos internacionales sobre esta materia. https://research.un.org/es/docs/humanrights/OHCHR/

[21] El *relator especial* es un experto independiente que nombra el Consejo de DH, para informar la situación de cada país sobre el estado de protección de DH, asignándole temas específicos, como ocurrió con la designación de la primera *"Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*", Catalina Devandas Aguilar, por resolución 26/20 del Consejo de Derechos Humanos. En 2014 la ONU creó el cargo de "Experto independiente sobre el disfrute de todos los DH para las personas de edad" y nombró a Rosa Kornfeld-Matte, de Chile a cargo de esa función.
*http://www.derechoshumanos.net/ONU/RelatoresEspeciales-ONU.htm.
http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4361-derechos-humanos-y-iii:-su-proteccion-extraconvencional/)

[22] En esta misma Conferencia americana, se creó la Organización de los Estados Americanos (OEA)

[23] La protección abarca más derechos que el PIDESC, de 1966, como el derecho al trabajo, salud, derecho a un Medio Ambiente Sano, alimentación, educación, cultura, protección de la familia, niñez, de los ancianos, y el art. *18* establece el derecho de las PCD - utiliza el término "minusválidos"- a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

[24] La Corte IDH, en opinión consultiva 3/83, punto 57, sobre restricciones a la pena de muerte- arts. 4.2 y 4.4 de la CADH - ha manifestado que en este tema, la Convención expresa una clara nota de progresividad, en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones

2.2.1 Convenciones interamericanas

Las convenciones de protección de DH de carácter específico, que ha adoptado la OEA, están referidas a la sanción de la tortura, la violencia contra la mujer, desaparición forzada de personas, la discriminación contra las personas con discapacidad, contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, y la más reciente sobre la "Protección de los DH de las personas mayores", que más adelante comentaremos. [26]

2.2.2. Control convencional y extra convencional

Las convenciones mencionadas han establecido un Comité de Expertos para el seguimiento y control de cumplimiento por los estados partes, a excepción de la "Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores", que prevé, además, la

---

requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión.

[25] Cabe mencionar por su trascendencia en el ámbito interamericano, la "Carta Democrática Interamericana", adoptada por aclamación en la AG extraordinaria de la OEA en Lima,el 11/septiembre/2001. Su objetivo es la promoción y fortalecimiento de los principios, prácticas y cultura democráticas entre los Estados de las Américas.

[26] Convenciones: Para prevenir y sancionar la tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9/diciembre/1985, con vigencia desde el 28/febrero/1987. Se entenderá por tortura *todo acto* realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Art.2.-Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención Belem Do Para, Brasil, el 9/junio/1994, vigente desde el 5/ marzo/1995. Establece que debe entenderse por violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. Sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el9/junio/1994; vigente desde el 28/marzo/1996. Establece que el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión IDH, en que se alegue la desaparición forzada de personas, estará sujeto a los procedimientos establecidos en la CADH y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte IDH. -Para la Eliminación de todas las formas de discriminación con las PCD, adoptada por el 7/junio/1999, en la ciudad de Guatemala, Guatemala, vigente desde el 14/ setiembre / 2001. Fue el primer instrumento internacional con carácter vinculante, que protege contra la discriminación a las PCD. El artículo VII establece que no se interpretará que disposición alguna de la esta Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las PCD reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los estados parte. Se consagra así el principio "pro persona" en el ámbito específico de la discapacidad. "Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia" suscrita en La Antigua, Guatemala, el 5/junio/2013. La República Oriental del Uruguay fue el primer país de la región que depositó el instrumento de ratificación de esta Convención, el 11 /5/ 2018). Reconoce explícitamente a la orientación sexual, la identidad y la expresión de género como motivo de discriminación, reconociendo el derecho de todo ser humano a ser protegido y estableciendo la obligación de los Estados de prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia. Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Aprobada por la AG de la OEA, el 15 de junio de 2015, con entrada en vigencia desde el 13 de enero de 2017.

implementación de la "Conferencia de Estados Parte", con amplias facultades de seguimiento, y el Comité de expertos, para colaborar en esta función.
Los órganos competentes para la protección de los derechos establecidos en la CADH, son la Comisión interamericana de DH (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de derechos humanos (Corte IDH) [27]
En el control extra convencional, tiene relevancia especial la Comisión Interamericana de DH, como órgano independiente de la OEA, creada en 1959 - que realiza un constante monitoreo del cumplimiento de DH en el continente. Ha implementado a partir de 1990 Relatorías Temáticas, sobre los derechos de los pueblos indígenas, derechos de la mujer, de los migrantes, de la niñez, sobre defensores de DH, entre otras.
El control de convencionalidad en el ámbito interno, deben realizarlo los agentes del Estado, mediante la verificación de compatibilidad de las normas internas, su interpretación y aplicación, con la CADH y los instrumentos de DH en que el estado es parte. [28] En el ámbito internacional, este control lo realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. [29]
La Corte IDH ha establecido un proceso de supervisión de cumplimiento de sus propias sentencias, que la diferencia del sistema europeo, en el que el seguimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se delega en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es un órgano político, no jurisdiccional. [30]

2.3. Sistema europeo

El sistema europeo para la protección de los DH, es el más antiguo y el que mayor grado de evolución y de perfección ha alcanzado.[31] Integran el sistema, en el ámbito del Consejo de

---

[27] La función principal de la Comisión IDH de promover la observancia y la defensa de los DH. Tiene competencia para recibir denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte. La Comisión evalúa los antecedentes y conforme el procedimiento establecido en su estatuto, toma la decisión de elevarlo o no a la Corte IDH. La Corte IDH , dentro de su competencia, dicta medidas provisionales, opiniones consultivas y sentencias en los casos contenciosos. Fue definiendo desde su inicio el contenido de los DH. contenidos en la CADH.

[28] Principio que recoge la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita en **Viena** (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980. Art.27, sobre derecho interno y la observancia de los tratados establece "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."

[29] El control de convencionalidad, con esta denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", sentencia del 26/ setiembre/2006.- Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH. N° 7: Control de convencionalidad.

[30] Natalia Urbina *conf. "El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016."* Revista IIDH V. 65 - 2017- pag.329 y sig.

[31] Felipe Gómez Irsa. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Sistema Europeo de Derechos Humanos. Universidad del País Vasco. www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64.

Europa [32] la ***"Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales"*** **o "Convenio Europeo"** (CEDH), suscripto en Roma en 1950, cuya finalidad es la protección de los derechos civiles y políticos**;** ***la "Carta Social Europea"*** (CSE) de 1961, garantiza los DESC. [33] **y la** ***"Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea"***, aprobada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1/ diciembre/2009.[34] La **Convención Europea de DH,** ha sido modificada y actualizada a través de Protocolos adicionales, algunos para introducir nuevos derechos o para mejorar su protección, y otros, para mejorar el mecanismo de control en el cumplimiento de la Convención. Originariamente, estableció la creación de dos órganos de control, la *Comisión de DH* y el *Tribunal Europeo de DH.* La Comisión Europea de DH, fue suprimida, con la entrada en vigencia del Protocolo n° 11 de la CEDH, en noviembre de 1998, que instituyó como único órgano de control al Tribunal Europeo de DH, con funcionamiento permanente. Así es en la actualidad, la protección de los DH en el sistema europeo, reside en el ***Tribunal Europeo de DH*** **(TEDH)**, con sede en Estrasburgo - también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos - con poder jurisdiccional supranacional.[35]

2.4. <u>Sistema Africano</u>

El sistema africano de protección de DH es el de más reciente creación. Los estados africanos, el 27 de julio de 1981 aprobaron la ***"Carta Africana sobre DH y de los Pueblos" -*** (Carta de Banjul), en adelante La Carta, que entró en vigencia el 21 de octubre de 1986. Incluye la protección de DCP y DESC de los pueblos, afirmando la interdependencia e indivisibilidad de todos los DH. Enumera los derechos y los deberes correlativos, marcando una diferencia importante con las convenciones internacionales de DH vigentes. Una nota distintiva es el *reconocimiento del derecho de los pueblos al desarrollo* (art 22) y a la autodeterminación (art.20), que refleja la historia de este continente, con un largo camino de colonizaciones y nivel de subdesarrollo que ha colocado a sus pueblos en situación vulnerable. Para supervisar su cumplimiento, la Carta implementa la *"Comisión Africana de DH y de los Pueblos",* facultada para

---

[32] Creado en el Tratado de Londres del 5 de mayo de 1949, con el fin de promover la integración europea y fomentar los valores democráticos en el continente europeo. La dirección del Consejo está a cargo del Comité de Ministros, asistido por la Secretaría General.

[33] Fue aprobada en Turín, el 18/10/1961, garantiza entre otros, el derecho a la vivienda, salud, educación, empleo; y protección jurídica y social para grupos vulnerables. Sobre discriminación: *incluye el derecho de las personas con discapacidades a la integración social y a la participación en la vida comunitaria y el derecho de* ***hombres y mujeres a la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo.***

[34] La Carta de Derechos Fundamentales de la UE consta de un preámbulo y siete capítulos: "dignidad", "libertades", "igualdad", "solidaridad", "derechos de los ciudadanos", "justicia" y "provisiones generales".

[35] El TEDH tiene competencia directa en las demandas individuales de cualquier persona o grupo de personas u organización no gubernamental, que se consideren víctima de la violación de DH. El Comité de Ministros del Consejo de Europa es el responsable de supervisar la ejecución de las sentencias del TEDH.

recibir comunicaciones y quejas entre Estados y por individuos contra éstos, en las que se aleguen violaciones a los derechos garantizados por la Carta; por un Protocolo adicional, adoptado en 1998, que entró en vigor en enero de 2004, se creó La *Corte Africana de Derechos Humanos, con funciones* contenciosas, consultivas y arbitrales.[36] Sus integrantes fueron elegidos en 2006. Un caso emblemático es el resuelto por la Corte en su *"45a sesión del 26 de mayo de 2017 en Arusha:* ***votó a favor de los pueblos indígenas Ogiek*** *en su querella contra el gobierno Keniata, por continuas violaciones y negación de su derecho a la tierra.* [37]

En el sistema africano, *el seguimiento de los fallos* es competencia del Consejo Ejecutivo de la Unión Africana**.** [38]

2.5. <u>Incipiente sistema de protección de DH en Asia e Islas del Pacífico</u>

Asia, a diferencia de otras regiones del mundo, como Europa, América y África, no dispone de un instrumento vinculante sobre DH. La Carta Asiática de los DH, (CADH), es una iniciativa de varias ONG en Kwaargju, en Corea del Sur, de mayo de 1998, que implica un gran esfuerzo del movimiento de los DH en la región Asia-Pacífico, pero no ha logrado el acuerdo pretendido.

La realidad es que varios estados que integran la región han tratado de relativizar los valores de los DH, argumentando que el derecho al desarrollo y los DESC son más importantes que los derechos individuales, civiles y políticos, que entorpecen las posibilidades de crecimiento. No existe una genuina voluntad política para avanzar en la instrumentación de un documento sobre la protección de DH, que cubra íntegramente una región tan heterogénea. [39]

---

[36] Anuario mexicano de derecho internacional- V.8- enero de 2008. El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos". Yuria Saavedra Álvarez. http://www.scielo.org.mx/scielo.

[37] Luego de un proceso de ocho años, que el gobierno de Kenia violó siete artículos de la Carta Africana". Esta es la primera vez que la Corte Africana, ha sentenciado en un caso sobre derechos de los pueblos indígenas; es el caso más grande que se haya presentado ante este tribunal. El caso fue presentado ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y luego derivada a la Corte, por evidenciar graves y masivas violaciones a los derechos humanos. *https://www.escr-net.org/es/noticias/2017/corte-africana-dicta-sentencia-historica-en-caso-derecho-tierra-comunidad-ogiek.
Fuente: Minority Rights Group International.

[38] Integrado por los ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros que lo componen. En caso de incumplimiento, la *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* eleva un informe a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, que es el órgano supremo de la Organización de la Unión Africana.

[39] El Alto Comisionado de la ONU ha celebrado en esta región seminarios y talleres relacionaos con DH; en 2002, se lograron avances con ratificaciones de documentos en esta materia.
https://prezi.com/lz9kibg5hbwo/sistema-asiatico-de-derechos-humanos/

3. Personas con discapacidad

Más de 1000 millones de **personas** sufren algún tipo de **discapacidad;** aproximadamente el 15% de la población mundial, conforme el informe que en 2013 dio a conocer la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Sus DH han sido vulnerados por largo tiempo, y eso las hizo invisibles a la hora de ser consideradas dentro del sistema internacional de DH. Esta mirada está cambiando, aunque tengamos mucho por delante. El mandato imperativo actual de toda la regulación internacional en la materia y que emerge particularmente del contenido mismo de la CDPD es que la discapacidad debe ser abordada desde la perspectiva de los DH**.** [40] La Convención es el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI y su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los DH y libertades fundamentales a todas a las PCD, promoviendo el respeto por su dignidad inherente. En suma, lograr la efectividad de esos derechos.

Ha pasado más de una década desde su entrada en vigencia, y el grado de avance en el reconocimiento, la protección y ejercicio de los derechos de las PCD sigue siendo un desafío para los estados parte y para la sociedad. Los estados, deben revisar su legislación interna, promover la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos, y diseñar políticas públicas adecuadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención.[41] Deben tomar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar sobre el nuevo concepto de discapacidad. En este proceso, la *educación* basada en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y la toma de conciencia social, son parte de este gran desafío. El reconocimiento a las PCD de la capacidad jurídica de goce y ejercicio - en igualdad de condiciones que las demás, en todos los aspectos de la vida, irrumpe de manera decisiva en un mundo jurídico que tiene su mirada puesta en el modelo de sustitución de la voluntad, en que las PCD no piensan, no opinan ni toman decisiones**.**[42] La nueva CDPD fue un salto

---

[40] La Convención internacional sobre los Derechos d las Personas con Discapacidad **(CDPD)** y su Protocolo Facultativo, fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 y entraron en vigencia el 3 de mayo de 2008.

[41] El Protocolo de la Carta Africana de DH y de los Pueblos, relativo a los derechos de las PCD, adoptado el 30/enero/2018, reconoce expresamente "el apoyo" como medida necesaria para posibilitar la efectividad de los derechos de las PCD (arts. 2 h), 8, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 20, 23, 25 y 26. Catalina Devandas, Relatora especial sobre los derechos de las PCD. Naciones Unidas. Informe presentado el 20 de diciembre de 2016, al Consejo de DH 34º período de sesiones, sobre Apoyos para las PCD. Ver además: http://www.cme-espana.org/blog/promoviendo-y-defendiendo-los-derechos-de-84-millones-de- personas-con-discapacidad-en-africa/

[42] Dice Gerard Quinn: "debemos construir un puente por el que todos podamos pasar; necesitamos un nuevo vocabulario; el proceso radical de reenmarcar el debate ha comenzado, pero nos queda un largo camino por recorrer. “Personalidad y capacidad jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del

cualitativo para las PCD. Plantea un modelo social, basado en la autonomía de la voluntad, libertad para tomar las propias decisiones, en igualdad de oportunidades que las demás personas y no discriminación; modelo integrador, que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son individuales, sino preponderantemente sociales. Las PCD, sea física, sensorial, mental o intelectual, están en una situación de *desventaja social* con relación a los demás, que les dificultan su participación en la comunidad; la sociedad debe compensar y adaptarse a esa realidad y no a la inversa.

Los operadores jurídicos tenemos un protagonismo importante; debemos proponer normas, instrumentos jurídicos y procedimientos adecuados que incentiven la autonomía y el desarrollo personal de las PCD. En el aporte que realizamos en este trabajo de equipo se desarrollan propuestas concretas.

Por nuestra parte, dada la brevedad de estas líneas, nos limitaremos a hacer algunas consideraciones sobre el art. 12 de la CDPD [43], las medidas de apoyo, como eje central del ejercicio de la capacidad jurídica, en especial para las personas con diversidades intelectuales o psicosociales y el rol que debe cumplir el notario, como profesional de derecho a cargo de una función pública. [44]

El o los apoyos pueden adoptar distintas formas y variada intensidad; ser requerido para actividades cotidianas o para tomar decisiones más complejas que tengan efectos jurídicos; debe

---

artículo 12 de la CDPD", en Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos". Coordinación Agustina Palacios - Francisco Bariffi. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012.

[43] Art.12."Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

[44] El apoyo es la persona, o red de personas o instituciones que colaboran con la PCD a través de una comunicación accesible y adecuada a sus necesidades, para manifestar su voluntad y tomar sus propias decisiones, con autonomía y libertad, ejerciendo la capacidad jurídica en la mayor plenitud posible.

estar basado en la confianza, respetar el derecho, la voluntad y preferencias de la PCD; el último recurso será la toma de decisiones sustitutivas. *La decisión siempre es adoptada por la PCD*; ese es el rasgo principal en las decisiones con apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.
Puede ser un apoyo formal, como el establecido en el marco de un proceso de determinación de la capacidad, en cuyo caso será ejercido por quien o quienes el Juez considere adecuado, previa consulta y participación del interesado; o *informal*, como es el caso de amigos, familiares u ONG que brindan asistencia en la vida diaria de la PCD.

3.1. El rol del notario en el Control de Sistemas de Apoyos

El notariado, que está en permanente contacto con la realidad, como asesor personal y familiar, se perfila frente a los requirentes en situación de vulnerabilidad - por edad, discapacidad, nivel cultural, enfermedad, situación personal, u otras circunstancias - como un ***apoyo eficiente*** para brindar **una protección jurídica especial**, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.
El "iter notarial", en breve síntesis, se inicia con el conocimiento personal del requirente y de su voluntad personal, resultado del diálogo, la dedicación y atención personalizada, que es fundamental, en especial en situaciones de vulnerabilidad. Por ejemplo: otorgarle más tiempo en las entrevistas y recurrir a un vocabulario más llano y menos técnico que lo habitual.
En caso de ser necesario, el notario debe brindar las medidas de accesibilidad, los ajustes razonables y las salvaguardias que sean necesarias en las audiencias previas, para llegar al conocimiento inequívoco de la voluntad de la persona. Puede ser la presencia de alguien de confianza o un familiar que le asista como apoyo, con la utilización de cualquier medio directo, mecánico, electrónico o mediante lenguaje de señas o símbolos, que faciliten la comunicación y permita la expresión de su voluntad real.
El asesoramiento sobre la trascendencia económica y personal, el consejo sobre las ventajas o inconvenientes del camino jurídico a seguir conforme las expectativas expuestas, deberá efectuarse con la accesibilidad que las circunstancias requieran, que asegure a las partes el marco legal adecuado y la libre expresión de su voluntad.
En los casos que así lo ameriten, el notario podrá aconsejar el otorgamiento de un instrumento de "Voluntad anticipada", en previsión de una eventual futura discapacidad de la persona, transitoria o permanente, que le dificulte o le impida tomar decisiones por sí mismo. A las mismas nos abocaremos al tratar los actos de autoprotección.
Como queda dicho, los notarios, en el ejercicio de su actividad como profesionales de derecho y depositarios de la fe pública notarial, asumen la responsabilidad de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, y en especial a quienes, por sus características o circunstancias personales así lo ameriten, entre ellas las PCD, y no deben convertirse en las barreras que le impidan el ejercicio de los derechos reconocidos.
En consecuencia, es dable analizar la viabilidad de establecer **mecanismos de control en *sede notarial,*** de sistemas de apoyos diseñados por la PCD, en el ejercicio de su autonomía personal y libertad para tomar sus propias decisiones, que actualmente se exteriorizan por vía jurisdiccional. La competencia notarial facilitaría el procedimiento, en varios sentidos: sencillez, celeridad, inmediatez con el interesado, asesoramiento personalizado, efectividad y

garantía de legalidad que brinda la participación de un notario del sistema latino, que es depositario de la fe pública, dando autenticidad a los hechos sucedidos en su presencia y a los documentos que resulten de su actuación. El notario garantizará, asimismo, que las medidas de apoyo propuestas por la PCD para el ejercicio de su capacidad jurídica, estén acompañadas de las salvaguardias adecuadas y efectivas que impidan los abusos, el conflicto de intereses y respeten sus derechos, la voluntad y sus preferencias (Conf. art.12.4 de la CDPD).
Proponemos un *sistema alternativo*, que brinde a los interesados la posibilidad de optar por instar el procedimiento en sede judicial o hacerlo en el marco de la jurisdicción voluntaria con intervención notarial.

4. Personas mayores

El envejecimiento de la población está a punto de convertirse en una de las transformaciones sociales más significativas del siglo XXI, conforme el informe de las Naciones Unidas de 2017, sobre "Perspectivas de la Población Mundial". [45]

El envejecimiento está ligado a la falta de igualdad y discriminación, que se manifiesta en un trato diferenciado y perjudicial que en gran medida reciben las personas mayores (PM), que las debilita frente a una sociedad que las percibe como un grupo de especial vulnerabilidad. La protección de los DH de las PM constituye un reto en el derecho interno e internacional. Afecta a todos los ciudadanos, ya que todo ser humano es un adulto vulnerable en potencia, que requiere normas y políticas públicas adecuadas.

A efectos de avanzar en sistemas de protección de sus derechos, es preciso identificar quiénes forman parte de este colectivo social. Puede hacerse desde las perspectivas de la edad cronológica, más de 60 o 65 años; de la edad fisiológica, referida al proceso de envejecimiento físico que, aunque vinculado con la edad cronológica, no puede interpretarse simplemente como la edad expresada en años; y la edad social, que alude a las conductas que la sociedad considera adecuadas conforme la edad cronológica, que antes mencionamos, y que suele referirse a ellas como la "tercera edad". No puede establecerse solo con estas pautas, sino haciendo referencia a la condición de *desventaja social* que las torna vulnerables. [46] Por ello, no compartimos la definición de Personas Mayores adoptada por la Convención Interamericana

[45] Las personas mayores de 60 años o más, se espera se duplique para 2050 y triplique para 2100: pasará de 962 millones en 2017 - 13 por ciento de la población mundial - a 2100 millones en 2050 y 3100 millones en 2100. A nivel mundial, este grupo de población crece más rápidamente que los de personas más jóvenes. (*http://www.un.org/es/sections/issues-depth/ageing/index.html)

[46] La discriminación, la violencia, el abuso en sus distintas formas, son algunos de los rasgos frecuentes que afectan la dignidad de las personas mayores, y las coloca en muchos casos, en situación de vulnerabilidad y progresiva dependencia, frente a la carencia de un modelo social que favorezca su autonomía.

sobre la Protección de los DH de las Personas Mayores, aprobada en 2015, que hace referencia a la edad cronológica: 60 años o más... (conf.art.2).[47]

4.1. La especificación de los derechos de las Personas Mayores

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Como parte del proceso de especificación de los derechos, en un contexto de dispersión normativa, se fue gestando en el sistema universal y regional interamericano, la necesidad de incorporar los DH de las PM, en un instrumento internacional de carácter vinculante. [48] La ONU, en diciembre de 2010, creó un Grupo de Trabajo sobre envejecimiento, abierto para todos sus miembros, para establecer los acuerdos mínimos para la elaboración de una Convención, y en 2014, creó el cargo de Experto Independiente sobre el disfrute de los DH por las PM.

En paralelo, la AG de la OEA, aprobó el 15 de junio de 2015, la "*Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores"* [49] El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el ejercicio de los DH y Libertades fundamentales de las PM, en condiciones de igualdad, a efectos de contribuir a su plena inclusión social. (Conf.art.1). Incorpora como propios y amplía: *Los cinco Principios de Naciones Unidas* en favor de las personas de edad, de 1991; hace una enumeración de derechos protegidos, tomando como eje central la igualdad y no discriminación; reafirma el derecho de las PM a igual reconocimiento como persona ante la ley; el derecho de acceso a la justicia y la responsabilidad de los estados parte de promover la toma de conciencia social sobre la presente convención. [50] Dada la brevedad del presente comentario, no abundaremos en el contenido de la Convención, que marca un hito importante en el reconocimiento y protección de los DH de las PM, que suelen ser víctimas de discriminación, violencia, abuso e intolerancia, producto de la falta de consideración por la diversidad humana. [51]

---

[47] Una definición posible es referirse a "*la condición de desventaja que conlleva el envejecimiento para todos los seres humanos, la que deviene de las actitudes, percepciones sociales negativas u otros factores que originan barreras que se expresan en forma de discriminación, limitación o impugnación del ejercicio de los derechos humanos". Del* Grupo de redacción sobre los DH de las PM del Comité Directivo para los DH de Europa, en su informe de marzo de 2012. "Perspectivas Globales sobre protección de DH de adultos mayores.2007-2013". Sandra Huenchuan. Naciones Unidas. CEPAL.
https://fiapam.org/wp-content/uploads/2014/01.

[48] Entre otros, se elaboró: *El Plan de Acción Internacional de Viena, sobre Envejecimiento* de 1982, marcó los primeros pasos en este sentido; *Los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad,* de 1991, *El Plan de Acción sobre el Envejecimiento,* Madrid, 2002, y *La Declaración de Brasilia*, de 2007, que impulsó concretamente este proceso para la protección de los derechos de las personas mayores.

[49] Un antecedente relevante fue la carta de DH de las PM de San José de Costa Rica, aprobada por la CEPAL, en 2012.

[50] Para ampliar el tema, puede verse: María Isolina Dabove. Directora. "Derechos Humanos de las personas mayores" Astrea. 2017.2° Ed.

[51] Desde hace algunos años, se plantea en los ámbitos locales e internacionales, el "*derecho de la vejez*" como una nueva especialidad transversal, ligada a este fenómeno demográfico y social, que es el envejeci-

La intervención notarial referida a este colectivo social debe responder a los mismos parámetros que hemos descripto con relación a las Personas con discapacidad y al resto de personas en situación de vulnerabilidad, adaptándolos a cada caso en particular. Los valores esenciales que deben tenerse en mira en nuestra actuación profesional, son el respeto por la dignidad, la autonomía y la igualdad de todas las personas y en especial tratándose de quienes están en condición de vulnerabilidad, que encuentran en el notario, desde un consejo familiar o personal, hasta el asesoramiento en la elección de formas de protección de sus intereses económicos, que le garanticen seguridad jurídica. A las formas jurídicas y económicas de su protección nos abocaremos en otros puntos del presente.

4.2. **La protección de los adultos en el derecho internacional privado**

Convenio sobre Protección Internacional de adultos

Desde el derecho internacional privado, la protección de los AM ha sido considerada por la Conferencia de La Haya [52] , en el Convenio sobre Protección internacional de Adultos, del 13 de enero del año 2000, que entró en vigor el 1° de enero de 2009.

En la actualidad, conforme lo ha informado el Comité de DESC de las Naciones Unidas, hay alrededor de 50 millones de personas en el mundo tienen más de 80 años. [53]

La vulnerabilidad no es consecuencia directa del dato cronológico; puede estar presente por factores limitativos de carácter mental o físico, que dificulta a las personas adultas a tomar sus propias decisiones, cualquiera sea su edad, aunque el tema sea encarado desde la óptica de los "adultos mayores" vulnerables. Para el Convenio son adultos las personas mayores de 18 años.

Teniendo en mira la circulación de las personas en el mundo, que tienen patrimonio y se trasladan a otro país que no es el de su residencia habitual, pueden darse situaciones jurídicas que haya que atender, provocadas por limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta es la razón por la cual el derecho internacional privado debe encararlo.

El Convenio se aplicará, dice el art. 1, *en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses*. Los objetivos del Convenio, que están claramente determinados, están relacionados con la competencia en el Estado, de las autoridades encargadas de tramitar los regímenes de protección jurídica, de representación o apoyos, según corresponda, su reconocimiento internacional, la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia, y asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes. El convenio establece que en principio, las autoridades administrativas y

---

miento global y multigeneracional. Está destinada al estudio de las PM, su integridad jurídica, capacidad, autonomía, libertad, y el goce y ejercicio de los DH, en un marco de inclusión y participación social, en el derecho interno, regional e internacional. María Isolina Dabove. Directora. "Derechos Humanos de las personas mayores" Astrea. 2017.2° Ed.)

[52] Organización intergubernamental, con competencia legislativa, fundada en 1893, que trabaja por la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado.

[53] Documento de trabajo del Parlamento Europeo sobre protección de adultos vulnerables, Comisión de Asuntos Jurídicos. 24-noviembre-2015.

judiciales del Estado de residencia habitual, serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto. En caso de traslado de la residencia habitual a otro Estado contratante, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

En el ámbito de la función notarial, tiene especial relevancia, lo dispuesto en el convenio sobre instrumentos otorgados en previsión de la propia discapacidad. Los poderes de representación, preventivos, y las voluntades anticipadas, para ejecutarse cuando la persona adulta no esté en condiciones de velar por sus intereses, y tomar sus propias decisiones, se regirán en cuanto a su existencia, alcance, modificación o extinción, por la ley del estado de su residencia habitual en el momento del otorgamiento de estos actos, salvo que haya elegido en éstos otra ley aplicable. En consecuencia, tienen validez extraterritorial en función de lo dispuesto por la ley aplicable (conf. art.15).

5. Jurisprudencia Internacional sobre grupos en situación de vulnerabilidad

5.1. Ámbito europeo. Personas con discapacidad. Discriminación. Acceso a la justicia

El **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE) y el **Tribunal Europeo de DH,** han expresado a través de sus sentencias, que en el área discapacidad, basan el derecho aplicable en la CDPD y sus principios; que interpretan las normas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a la luz de esta Convención Internacional.

Tribunal Europeo de DH en el Caso **"Çam vs. Turquía", 26 de mayo de 2016 (demanda nº 51500/08)**. En Turquía se denegó la matriculación en la Academia nacional de Música, a una estudiante porque era ciega. [54] El **TEDH** expresó: que " la discriminación basada en la discapacidad se extiende también a la negativa a efectuar un ajuste razonable para facilitar el acceso a la educación de personas con discapacidades. El ajuste razonable tiene por objeto una igualdad sustancial. La negativa a proporcionarlo implica discriminación**.** [55]

[54] La demandante había superado el examen de ingreso al conservatorio en el año 2004. Una comisión médica del hospital de su distrito elaboró un informe en el que concluyó que podría tomar aquellos cursos en los que la vista no fuera requerida. La Academia declaró que no existían secciones de sus clases en las que se pudiera prescindir de la capacidad visual y rechazó la solicitud de inscripción. La señora Cam interpuso una demanda ante el Tribunal Administrativo de Estambul, que convalidó la decisión de rechazar a la peticionaria con fundamento en que carecía de un reporte médico completo que declarase su aptitud**.**

[55] Agregó el Tribunal, que "las prohibiciones sobre discriminación implican que los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en la práctica. La medida que se requiera dependerá en cada caso de las circunstancias".

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El TEDH ha manifestado en sus sentencias, que la accesibilidad es un principio esencial de la CDPD y requiere que se realicen ajustes razonables para que las PCD puedan acceder a los órganos jurisdiccionales y participar en los procedimientos judiciales en igualdad de condiciones con las demás.

En **"Nenov c. Bulgaria",** n.º 33738/02, del 16 de julio de 2009, apdo. 52, el TEDH expresó que puede ser necesario proporcionar representación legal gratuita a las personas con discapacidad para garantizar el derecho a un proceso equitativo, si esas personas tienen dificultades para entender las complejidades de los procedimientos[56]

Así, se resolvió en el **caso "A.K. y L. c. Croacia",** n° **37956/11, TEDH.** Un menor fue dado en acogida al poco de nacer con la autorización de su madre. Entonces *"se retiraron los derechos parentales de la madre con la justificación de que tenía una leve discapacidad intelectual y no era capaz de atender a su hijo debidamente".* [57] El TEDH dictaminó: " que las autoridades nacionales debían haber velado por que los intereses de la madre estuvieran debidamente protegidos en el proceso". En vista de sus circunstancias personales, estaba claro que la madre no podía entender correctamente todas las consecuencias legales de ese proceso o defender su caso adecuadamente, pero aun así el órgano jurisdiccional permitió que permaneciese sin representación. El Tribunal consideró que esto era una violación del artículo 8 del Convenio europeo de DH. [58]

En Shtukaturov c. Rusia. Corte Europea de DH. Junio de 2018.
El demandante Mr. Pavel V. Shtukaturov es un ciudadano ruso, con una discapacidad mental reconocida desde el año 2003. En diciembre de 2004 el Tribunal del Distrito de Vasileostrovski, a petición de su madre, dictó una sentencia que le privaba totalmente de capacidad jurídica. No fue informado del inicio del procedimiento y no participó en el mismo. La sentencia de la Corte Europea que fue definitiva en junio de 2008, decidió sobre la privación de la capacidad jurídica dictada en ausencia de la persona en cuestión y de la internación involuntaria en un hospital psiquiátrico, y determinó que se había violado el derecho del demandante a un juicio equitativo, al respeto de su vida privada y familiar y a no tener injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho - Artículo 6 y 8, CEDH. [59]

---

[56] Manual sobre "el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia". http://fundacionvalsain.com/images/pdf/fra-ecthr-2016-handbook-on-access-to-justice_es.pdf)

[57] La madre presentó una demanda para recuperar sus derechos parentales, que fue desestimada porque su hijo ya había sido adoptado por terceros. La madre no había sido informada del proceso de adopción y no fue parte del mismo.

[58] Manual sobre "el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia"

[59] La Corte Europea indicó que los estándares de Rusia respecto de este tema en particular diferían de los adoptados a nivel europeo. El Comité de Ministros en el proceso de seguimiento de cumplimiento

5.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mencionamos algunos ejemplos en la jurisprudencia de Corte IDH, sobre personas en situación de vulnerabilidad, niñas, niños y adolescentes, género, personas con discapacidad, personas mayores; no discriminación, derecho a la salud, a la educación, acceso a la justicia.[60]

GÉNERO. TRATO DISCRIMINATORIO

Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de la Corte IDH del 24 de febrero de 2012.

El caso se refiere a la custodia parental, derechos LGBT y responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R., que fue asumido por el padre de las menores. La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado chileno, y que se habían violado los arts. 1,11,17, 19, 24, 25 y 8 de la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y otros tratados del ámbito interamericano y del sistema universal de DH.[61]

---

de la sentencia, solicitó que las autoridades rusas emprendan la reforma de las disposiciones criticadas por el Tribunal y aceleren la reforma respecto de la internación de personas con perturbaciones mentales en instituciones psiquiátricas. "*Rev. internacional de derechos Humanos. Dic./2011. Sur Conectas. España. "Ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos en Rusia"* María Issaeva, Irina Sergeeva y María Suchkova. http://sur.conectas.org/es/ejecucion-de-las-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-en-rusia/

[60] Cabe mencionar, que en el ámbito iberoamericano, la XIV Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, de 2008, elaboró "Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", en las que se establecen las bases para garantizar el acceso efectivo a la justicia de este colectivo, sin discriminación, y recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial iberoamericano. Incluye en este grupo social a las personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

[61] Hechos: Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. - En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva. Ver Sentencia completa en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

LOS NIÑOS COMO GRUPO SOCIAL VULNERABLE

En materia de derechos de los niños y niñas la Corte IDH ha tratado en forma pormenorizada los alcances del art. 19 de la CADH. Esta norma constituye una obligación especial que se suma a las generales de respeto y garantía sin discriminación, en aquellos casos en que el titular de derechos es un menor de 18 años.[62]

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.
Los hechos del caso se contextualizan en una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los "niños de la calle". Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil.

Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija biológica M. La Corte se pronunció sobre el plazo razonable, la debida diligencia en determinados procesos judiciales internos, la protección de la familia, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. La Corte expresó que la guarda judicial que culminó en la adopción simple de M se otorgó sin el consentimiento del padre biológico; que el *derecho del niño a crecer con su familia de origen* es de *fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño*. [63]

Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. **Sentencia del 1°de setiembre de 2015.**

---

[62] A partir de este análisis general la Corte IDH ha tratado, además, el tema de los sujetos de protección (definición del sujeto protegido, desarrollo progresivo y situación de vulnerabilidad); el corpus iuris internacional sobre la protección de los derechos de los niños/as; y, los alcances del interés superior del niño/a aplicado al sistema de derechos convencional interamericano. *Cuadernillo de jurisprudencia de a Corte IDH N° 5: Niños, niñas y adolescentes.*

[63] Hechos: Los hechos del presente caso se inician el 16/junio/ 2000, cuando nace Milagros Fornerón, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo A.J. Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal. El Sr Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de Milagros Fornerón, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento de Milagros, el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija. Luego de una extensa disputa judicial, finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de Milagros Fornerón al matrimonio B-Z. Ver sentencia completa en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Derecho a la educación y a la salud. Niña con VIH. Protocolo de San Salvador. *Es el primer caso en la historia de la Corte IDH en el que se declara la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la CADH sobre DESC*. En este caso, se *declara la violación del "derecho a la educación"*, art. 13 del Protocolo. [64] La Corte expresó que la autoridad nacional utilizó *argumentos abstractos y estereotipados* para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que la decisión constituyó un *trato discriminatorio* en contra de Talía, que sufrió una discriminación derivada de su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza, utilizando el Tribunal Interamericano *por primera vez el concepto de "interseccionalidad"* para el análisis de la discriminación.

DISCAPACIDAD

La CADH no incluyó expresamente en su normativa, los derechos de las PCD; esto no implica que la jurisprudencia de la Corte no haya atendido esta temática en sus sentencias.

Caso Ximenez Lopes vs Brasil, sentencia de la Corte IDH, del 4 de julio de 2006.
Es la primera vez que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la violación de los derechos de una persona que padecía una *discapacidad mental. La Corte* considera que todo tratamiento de salud dirigido a PCD mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y maltratos a los que fue sometido Ximenes Lopes en una institución mental, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. El estado reconoció su responsabilidad en los hechos, y los malos tratos recibidos por el señor Lopes antes de su muerte, violando los arts. 4 y 5 de la CADH**.** [65]

---

[64] Hechos: **Talía Gabriela Gonzales Lluy** ***fue expulsada a los 5 años de edad del jardín infantil en el que se encontraba estudiando por motivos relacionados a su situación de salud y de persona con VIH,*** señalando la autoridad nacional que Talía podía ejercer su derecho a la educación "mediante una instrucción particularizada y a distancia".

[65] Hechos: El sr. Damião Ximenes Lopes, durante su juventud, desarrolló una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. En la época de los hechos, tenía 30 años de edad y vivía con su madre en la ciudad de Varjota, situada a una hora de la ciudad de Sobral, sede de la Casa de Reposo Guararapes. Allí fue admitido como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en perfecto estado físico, el 1/octubre/1999. Al momento de su ingreso no presentaba señales de agresividad ni lesiones corporales externas. Dos días después, tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado. Entró a un baño y se negaba a salir de ahí, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería y por otros dos pacientes. Por la noche tuvo un nuevo episodio de agresividad, y volvió a ser sometido a contención física, a la que estuvo sometido entre la noche del domingo y el lunes por la mañana. Al día siguiente, la madre llegó a visitarlo y lo encontró sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, y gritando y pidiendo auxilio a la policía. El señor Ximenes Lopes seguía sometido a la contención física que le había sido aplicada desde la noche anterior, ya presentaba excoriacio-

Caso Chinchilla Sandoval, M.I. vs Guatemala.
Sentencia del 29 de febrero de 2016. Persona que cumple condena de presión. Derecho a la salud. Deficiente atención médica. Discapacidad**.** [66] El Juez Ferrer expresó : *que la falta de garantías al derecho a la salud, las condiciones de detención y la violación a los derechos de la personas con discapacidad, confluyeron de manera interrelacionada y decisiva para que su estado de salud se deteriorara*; subraya que el derecho a la salud incluye y se refuerza en este caso, la accesibilidad, la disponibilidad, la calidad y la aceptabilidad, o bien, la de adopción de *ajustes razonables* para garantizar el disfrute de ese derecho, en el caso de las personas con discapacidad. [67]

Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto de 2012.
El caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado argentino por demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad.[68] La sentencia *aborda el tema de los derechos de los niños y las niñas, y las personas con discapacidad, conforme el modelo social de la discapacidad*; la falta de plazo razonable del proceso hasta llegar al cobro de la indemnización, que demoró más de 12 años, que implica la violación del derecho de acceso a la justicia; declaró violado el principio de no discriminación y el derecho a la integridad personal de Sebastián Furlan.

DERECHO A LA SALUD

Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala. Sentencia del 23 de agosto de 2018.
DESC. Igualdad, no discriminación. Derecho a la salud. Personas con VIH. Vulnerabilidad. La CorteI DH consideró que Guatemala es responsable por violar el derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y la protección judicial de varias

---

nes y heridas, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Falleció el mismo día, aproximadamente dos horas después de haber sido medicado por el director clínico del hospital, y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte. Sus familiares interpusieron una serie de recursos. Sin embargo, no se realizaron mayores investigaciones, ni se sancionaron a los responsables.

[66] Hechos: la señora Chinchilla Sandoval había sido detenida el 30/mayo/ 1995 y ese mismo año fue condenada a 30 años de prisión por los delitos de asesinato y hurto agravado; el cumplimiento de su condena se llevaba a cabo en el Centro de Orientación Femenino; adquirió una limitación física al amputársele la pierna como consecuencia de una deficiente atención médica en el tratamiento de su diabetes dentro del centro de detención, y murió el 25 de mayo de 2004 a los 51 años
[67] Sentencia completa: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf

[68] Hechos: Accidente sufrido por un menor de 14 años, Sebastián Furlan, en 1988, al colgarse de un travesaño que se encontraba en una propiedad abandonada del Ejército Argentino, que pesaba 45 kg, que cayó sobre su cabeza, provocando daños irreversibles. En 1990 su padre interpuso demanda civil contra el estado argentino reclamando indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente a su hijo. El juzgado, en setiembre del año 2000, condenó al Estado al pago de una indemnización, que se hizo efectiva en bonos de deuda argentinos, y en la venta inmediata el demandante perdió más del 70 % del monto indemnizatorio. En marzo de 2011, se inicia el caso ante la Corte IDH. Ver Sentencia completa: www.corteidh.or.cr/docs/casos/furlan/esap.pdf

personas que viven o vivieron con el VIH- arts. 8, 25,5 y 4 de la CADH, y a su obligación de realización progresiva de los DESC - art.26 de esta convención. Asimismo, determinó que el Estado cometió actos de discriminación por razón de género en contra de dos mujeres embarazadas. [69]

ADULTOS MAYORES

Caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile". Sentencia del 8 de marzo de 2018.
Derecho a la salud. La Corte IDH declaró, por unanimidad: la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Poblete Vilches su derecho a la salud -artículo 26 de la CADH- sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes *con relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor*, lo cual derivó en su muerte; que el Estado vulneró los derechos a la vida e integridad personal, a obtener el consentimiento informado y al acceso a la información, en materia de salud, y el acceso a la justicia, en perjuicio de él y sus familiares. [70]

[69] Los hechos sucedieron entre los años 1992 y 2003. La Sentencia hace referencia a 34 personas que actualmente viven con el VIH en Guatemala, 15 personas que vivieron con el virus pero que ya fallecieron, y a sus familiares; eran personas de escasos recursos, madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, con baja escolaridad, los efectos de su condición como personas que viven con el VIH no les permitió realizar la misma actividad previa a su contagio, vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica, o eran mujeres embarazadas. En 2001, una asociación de lucha contra el SIDA envió una carta al Ministro de Salud y al presidente de Guatemala, solicitando la revisión de los tratamientos médicos ofrecidos por el gobierno y cuestionó los límites que existían sobre su accesibilidad. Debido a la falta de respuesta, presentaron un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad del país. Esta Corte consideró que las reuniones mantenidas por el Presidente constitucional del país, en la que ordenó una transferencia de dinero para atender el tratamiento de las personas con VIH/SIDA necesitadas, argumentó que el agravio que le reclamaron cesó, por lo que la acción intentada quedó sin materia sobre la cual resolver, lo que hizo que la declarara improcedente. Sentencia completa: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

[70] La Corte ordenó como medidas de reparación integral, inter alia, que: se publique la sentencia; se realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad; implementar programas de educación en DH; fortalecer el Instituto Nacional de Geriatría; publicación de los derechos de las personas mayores en materia de salud; política general de protección integral de las personas mayores, así como otorgar las indemnizaciones correspondientes. *Hechos:* El Sr. Poblete Vilches, de 76 años, fue internado en un Hospital Público, en los meses de enero y febrero de 2001. Durante su primer ingreso se le practicó una intervención, cuando el paciente se encontraba inconsciente, sin el consentimiento de su familia. Se le dio de alta de manera temprana sin mayores indicaciones, y durante su segundo ingreso al mismo hospital se le negó el tratamiento que requería, en parte por su edad, derivando posteriormente en su fallecimiento en el mismo hospital el 7 de febrero de 2001.

CAPITULO II

PARTE ESPECIAL

LAS PERSONAS VULNERABLES Y LA ACTUACION NOTARIAL

I. Juicio de capacidad y actuación notarial. Capacidad jurídica en el derecho privado argentino

Not. Cosola, Sebastián Justo

Las reglas generales de capacidad que han asimilado las codificaciones iberoamericanas a través de los tiempos han causado notables cambios de interpretación motivados esencialmente por la innegable influencia que proyecta sobre las mismas la continua ratificación de tratados, declaraciones y principios internacionales, especialmente aquellos que tienen jerarquía constitucional. Para la República Argentina, el cumplimiento de los tratados suscriptos con los países de donde resulta la cooperación común, resulta ser absolutamente exigible y de innegable importancia, ya sea por la incorporación constitucional de los tratados con jerarquía de derechos humanos en 1.994, ya sea por la afirmación de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en vigencia desde 1.980.

En esta orientación, debe asumirse que el estudio del *derecho internacional privado* (en adelante, DIPr.) siempre fue relevante en nuestra tierra: específicamente en el tema que hoy ocupa nuestra atención, es la tesis doctoral de la Dra. Margarita Argúas, primera mujer en integrar la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, la que establece la importancia de esta disciplina, entre otros *casos "cuando se refiere a la capacidad o incapacidad de las personas cuando trae como consecuencia la nulidad de los actos*[71]*"*. Por los tiempos actuales además, la materia ha pasado a ser absolutamente relevante y consustancial en el ejercicio práctico del derecho notarial, precisamente porque ya no es únicamente la doctrina internacional sino la propia ley la que recepta su contenido; el Código Civil y Comercial de La Nación vigente en nuestro país (en adelante, CCCN) dedica todo el título IV para proyectar ciertos principios que la Nación admite como indispensables para el desarrollo social (Arts. 2594 a 2671), estando presentes los relativos a la cuestión de la capacidad (Arts. 2616 y 2617), lo que permite pensar no solo en su relevancia, sino en su posicionamiento en el derecho argentino[72]. Muy a pesar de la

[71] Cfr. Margarita ARGÚAS, *La regla "Locus Regim Actus"*, Revista "Lecciones y Ensayos" n° 31, Fac. de Derecho-UBA, Buenos Aires, 1.966, p. 34 (TD).

[72] Cfr. Liliana E. RAPALLINI, *Temática de derecho internacional privado,* Lex, La Plata, 2.017, p. 26.

codificación interna del DIPr. en el cuerpo del CCCN, es bueno dejar en claro que otra gran parte de temas propios de la disciplina siguen estando regulados en leyes especiales y complementarias que también se encuentran vigentes en nuestro país[73], y, dentro de estas consideraciones, la importancia de las *Conferencias interamericanas especializadas en Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P),* antecedente de logro de codificación del DIPr., muchas de las cuales nuestro país ha ratificado, vinculándose así con otros países firmantes[74] . En definitiva, la aplicación del DIPr. deviene obligatoria, ya que hoy, más que en ningún momento de nuestra historia, desconocer el mismo hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

A todo esto, el actual y repotenciado desarrollo de las temáticas de derechos humanos relacionadas con la protección del desenvolvimiento del hombre en libertad, influye aún mucho más para que los países realicen esfuerzos en sus legislaciones internas con el fin de conformar un bloque común de reconocimiento de derechos supranacionales. En la necesaria búsqueda de la normativización de las costumbres y específicamente en el tema de la capacidad, se justifica el ejercicio habitual del oficio notarial a partir de los intentos por brindar un marco legal protectorio dirigido a resguardar los intereses de aquellas personas que son las que precisamente, con capacidades limitadas, diferentes o restringidas, pretenden reunir sus voluntades en el derecho patrimonial, asumiendo la sujeción de las mismas a los principios elementales tanto de la personalidad como de la buena fe.

Universalidad de los derechos humanos. Impacto en el Código Civil y Comercial de La Nación.

La universalidad de los derechos humanos presente en la actualidad una fuerte influencia iusnaturalista, y puede ser abordada desde dos diferentes perspectivas:

a) Desde la perspectiva jurídica: se relaciona a la forma en cómo están redactados los preceptos jurídicos; si de su lectura se infiere que el derecho que se proyecta puede adscribirse a todo sujeto de una determinada clase es un derecho fundamental (menores, trabajadores, campesinos ciudadanos, mujeres, indígenas). Ferrajoli agrega: que además los mismos deben ser universales. Por ello dice: existen derechos fundamentales (que son universales, aplicables para todos, libertad de expresión) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de las demás, disposición de una persona sobre su automóvil).

b) Desde la perspectiva política: suposición de que los derechos fundamentales están en cabeza de toda la humanidad sin importar el país en el que haya nacido, aunque su forma de implementación -por historia, religión, etcétera- no sea, ni tenga que ser uniforme.

---

[73] Cfr. Luciana B. SCOTTI, *Manual de derecho internacional privado,* La Ley, Buenos Aires, 2.018, p. 84.
[74] Liliana E. RAPALLINI, *Temática de derecho internacional privado,* p. 23.

Los derechos fundamentales como derechos universales sirven para extenderlos a todos los habitantes y además para deducir desde ellos su inalienabilidad y su no negociabilidad. Frente a un derecho fundamental no se pueden oponer principios menores como: "bien común" "interés público" "seguridad nacional" "moral ciudadana", etcétera. La consideración actual de la teoría de la personalidad humana, como generadora del concepto de capacidad, cobra una importancia capital[75]. La proyección de los derechos humanos internacionales debe siempre considerarse en modo evolutivo[76], aunque en líneas generales las leyes y la sociedad no logran incorporar aun los cambios esenciales necesarios en el tema que hoy merece nuestra atención[77].

Posicionados en los avances que el derecho proyecta en la actualidad, el primer principio emergente del propio CCCN en materia de capacidad establece, en sintonía con la teoría de la personalidad, que la capacidad de la persona humana es plena -con algunas pocas excepciones previstas en la ley- para que la misma sea titular de derechos y deberes jurídicos (Art. 22), presumiéndose aun cuando la propia persona se encuentre *internada en un establecimiento asistencial* (Art. 31). Este principio rector se encuentra en sintonía con los principios sostenidos en el mismo cuerpo legal considerando el impacto de la capacidad de las personas para el derecho internacional privado, perfilándose como un *marco contenedor genérico* que no diferencia las diferentes capacidades[78]. En definitiva, estos primeros principios establecen la necesaria correlación de lo captado por la norma, en respeto a las convenciones y tratados en que la nación es parte, intentando fortalecer y hacer prevalecer, bajo toda circunstancia, la dignidad e igualdad de la persona humana que se encuentra en estado de vulnerabilidad, acrecentando su aptitud de actuar[79]. Para notar estos avances, es necesario advertir como eran las normas relativas a la capacidad en el Estado de Derecho Legal para luego ver como su orientación y en especial, el ámbito de tutela efectiva cambia notablemente en el Estado de Derecho Constitucional, modelo al que nuestro derecho adscribe actualmente.

---

[75] Cfr. Miguel CARBONELL, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.012, p 23 a 29.

[76] María Silvia VILLAVERDE, "Modelo Social y de Derecho Humanos", en *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Otilia ZITO FONTÁN (Coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.014, p. 57.

[77] Marcela V. SPINA, "A mas vulnerabilidad, mayor protección. Discapacidad y cuestiones de género", en *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Otilia ZITO FONTÁN (Coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.014, p. 334.

[78] Rapallini, *Temática de derecho internacional privado,* p. 186.

[79] María Cristina PLOVANICH, *Código Civil y Comercial de La Nación y normas complementarias,* t° 1A Alberto BUERES (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2.016, p. 311.

La regla de capacidad (normas) en el Estado de derecho legal [80]

Los códigos y las leyes decimonónicos han promovido una serie de reglas tendientes a armonizar las relaciones entre personas a partir de la propia noción del derecho, caracterizada por su alejamiento de la moral y consecuentemente, con la aprobación de la noción del sistema jurídico como un conjunto de reglas cerradas y depuradas de todo aquello que contamine su propia pureza. Debe recordarse que, hasta no hace demasiado tiempo, el centro de importancia del estudio del derecho civil era el patrimonio y no la propia persona, que hoy se presenta como el eje central de su discusión. Todas esas antiguas posiciones iban de la mano con la noción de Estado de Derecho Legal, aquél que nacía en Europa a partir de la Revolución Francesa con una duración extendida de aproximadamente ciento cincuenta años, hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial. La visión acerca del derecho –en donde el jurista intérprete del derecho no debía de preocuparse por la justicia del caso concreto, sino por el cumplimiento de la ley escrita- era absolutamente diferente a la que hoy se debe de tener a la luz de las declaraciones de defensa de la humanidad que constantemente promulgan y aconsejan respetar las Naciones del mundo. La acertada opinión de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, no deja entonces espacios para la duda, cuando afirma que *"...ningún sistema, por más perfecto que se pretenda, está ni definitivamente concluido, ni al abrigo de la sinrazón humana ".*
En efecto, muchas son las tesis que describen ciertas características propias del modelo de Estado de Derecho Legal, destacando solamente algunas que creemos se aproximan de mejor forma al tema que ocupa nuestra atención:

a) Se afirma que el derecho estaba solamente contenido en la ley y en los códigos;

b) Se impulsa a que los jueces –por analogía el notario- solamente debían aplicar la ley a partir del silogismo deductivo, bajo amenaza de incurrir en el delito de prevaricato –el notario, también por analogía, violentaría notoriamente los deberes de legalidad, independencia, asesoramiento, información y consejo;

c) Se imponen los métodos gramatical y lógico como medios interpretativos de excelencia para desentrañar el sentido de la ley;

d) No hay lagunas en la ley –por eso el Code de Napoleón no contempla mecanismos de integración-;

Uno de los institutos en donde puede notarse lo afirmado es en el análisis del caso de la regla de capacidad. Aquella regla rígida que comprendía según veremos un sistema de ley dedicado a la protección del incapaz sin tener en cuenta su voluntad, definitivamente hoy no encaja en la propia noción de derecho, por cuanto debe necesariamente complementarse con los principios emergentes de una civilización que en general reconoce una impostergable influencia

[80] V. Cristina N. ARMELLA y Sebastián J. COSOLA, *Abordaje Teórico-Práctico de la Ley de mayoría de Edad-Ley 26579,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.011.

de los derechos humanos, a la hora de establecer las defensas que aquellas personas con capacidades limitadas o restringidas en razón de la edad y en relación con su proyección en la vida jurídica.

En las líneas que siguen analizaremos tan siquiera sucintamente que la regla en estudio ha presentado una interpretación restrictiva: siempre, ante una cuestión dudosa de falta de capacidad, debe de estarse al cuidado o provecho del incapaz, sin tener en cuenta su voluntad; solo la afirmación de un derecho que ordena, que protege, que controla, que preestablece y restablece las conductas a seguir.

En la actualidad, el notorio avance del derecho de elección personal, consecuencia directa del ya mencionado ejercicio pleno de la libertad, ha venido a alterar estos añejos emplazamientos. La – y hasta desmesurada- presencia y vigencia de centenares de miles de convenios o tratados internacionales –y especialmente aquellos a los que nuestro país reconoce con jerarquía constitucional por tratarse esencialmente, de cuestiones con contenido humanitario- viene promoviendo la necesidad de estarse ya no sólo al análisis del caso concreto en cada una de las operaciones que por regla general importen al derecho, sino también a la regla de discernimiento y especialmente, a la del interés superior. Tal es el caso del derecho de los menores, de cuya experiencia se desprende una génesis de impronta decimonónica –regla rígida de capacidad-, y que así establecida históricamente en nuestro país presenta en la actualidad ab initio, alguna problemática regulatoria e interpretativa de suma consideración e importancia, al tener que confrontarse con la regla reconocida y aceptada mundialmente como principio general del derecho: el interés superior del niño. Este último principio confronta severamente con aquellas interpretaciones que asimilan al crecimiento o madurez natural de un menor únicamente con la edad determinada que prescribe la ley, es decir, con aquello que expresaba *Jorge Joaquín Llambías: "Como es de suponer a favor del menor adulto concurren mayores facultamientos que los concedidos al menor impúber, pero es de notar que esas posibilidades de obrar, no se vinculan a la situación de adulto sino al cumplimiento de edades variables que la ley fija en cada caso".*

Hacia la armonización de la regla de capacidad (interés superior) con el Estado de derecho Constitucional (principios)

Uno de los argumentos más convincentes que se presentan a la hora de tener que comentar las disyuntivas emergentes entre reglas y principios dentro de la teoría de derechos fundamentales, es precisamente el tratamiento de estos últimos como mandatos de optimización.

"Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". Un sistema de derecho presenta la "convivencia" de normas (reglas) y normas (principios). Lo que debe de resaltarse es que las reglas pueden aplicarse o no aplicarse, mientras que los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados, porque, contrariamente a lo que ocurre con las reglas, no contienen "determinaciones

en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible". Por ello mismo "la forma de aplicación de los principios es la ponderación y no la subsunción que es la forma típica de la aplicación de las otras normas, o sea, de las reglas[81]".

Sobre lo dicho, es bueno recordar que nuestro país, durante toda la vigencia del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield y en especial, desde la reforma de la Constitución Nacional en el año mil novecientos noventa y cuatro que ha incorporado los tratados con jerarquía de derechos humanos, ha visto reflotar conflictos de convivencia entre normas, consideradas en una doble presentación de reglas y principios. La (norma) regla era precisamente, la regla de capacidad positivizada (personas capaces o personas incapaces), mientras que la (norma) principio estaba dada por aquellos estándares supranacionales que se introducían en nuestro derecho positivo a partir de la valoración del jurista en el marco del constitucionalismo en referencia. En la actualidad, la constitucionalización del derecho privado ordena y marca el rumbo de una armonía legislativa digna de toda consideración. Así, la norma interna y la norma internacional tutelan al hombre y a la mujer de nuestros días, cada vez más vulnerables en torno a su accionar precisamente por la cada vez mayor dificultad que la vida misma presenta a la hora de marcar los retos que impone la regla de la convivencia.

En definitiva, la tarea notarial actual en las primeras audiencias, orientan al profesional fedatario a alcanzar una mejor y más justa argumentación del derecho que se desenvuelva acorde al Estado de Derecho Constitucional, que debe reconocer, entre otras tesis importantes, las siguientes:

a) El derecho no es solo la ley, sino también las constituciones y los tratados que reconocen derechos humanos;

b) La voluntad legislativa debe ser controlada y es posible que los jueces las invaliden por razones jurídicas formales y sustanciales;

c) Los jueces –por analogía, también el notario- deben procurar la justicia y la equidad por medio del derecho, asumiendo los casos concretos y dando valor a sus decisiones;

d) El jurista debe recurrir a una inagotable categoría de fuentes del derecho y además debe recurrir a otros saberes no estrictamente jurídicos;

e) Para comprender el funcionamiento del derecho, necesariamente debe de recurrirse al estudio de la filosofía jurídica en general;

[81] Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2.008. p. 67.

f) La constitución es la norma fundamental de un Estado, y obliga a los jueces –por analogía, también al notario- a velar por la sujeción de los ciudadanos a su cumplimiento y para que la misma no sea vulnerada.

Situación actual. Armonía

De acuerdo a lo antes afirmado, el reconocimiento de la plenitud de los derechos y garantías que comienzan por influir al jurista en la búsqueda de la atención del hombre a partir de la última mitad del siglo XX, presentaba algunas limitaciones intrínsecas y no pocas dudas de aplicación, como consecuencia de la –muchas veces- conflictiva readaptación de las declaraciones de principios universales con legislaciones dogmáticas o decimonónicas y codificaciones centenarias que en general, -y específicamente en el tema en estudio- han procurado resguardar una tutela rígida de los intereses y las determinaciones de aquellas personas que por una situación fáctica determinada –temporaria o permanente, general o específica-, se encontraban en un estado de vulnerabilidad frente al mundo real o patrimonial. En la actualidad, la referida puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de La Nación (2015) ha simplificado notoriamente la cuestión interpretativa, ya que sus reglas generales, esbozadas como principios, están de acuerdo casi en su totalidad con la normativa internacional. De esta forma, la norma se equipara a los principios emergentes de las declaraciones internacionales, y por ello los conflictos judiciales han mermado, derivándose en favor de la regla amplia de capacidad casi todos los resultados que plantean ciertas incertezas iniciales.

La capacidad y la noción del concepto de persona.

Si se considera a la capacidad como el principal atributo de la persona, puede sostenerse que la misma es definible desde la misma teoría de la personalidad. Mas que ello: la referencia a la capacidad en la actualidad no es otra cosa que una referencia a la justicia[82] ya que la misma no define a la personalidad, sino que esta, define a la capacidad[83]. Mientras que en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield la personalidad se desprendía de la capacidad, determinando que el ser humano es una persona cuando no presenta, desde su concepción, distinción de cualidades (se es persona por tener capacidad), para el CCCN todo ser humano es persona,

---

[82] Cfr. Guillermo F. PEYRANO y Jorge N. LAFFERRIERE, *Restricciones a la capacidad civil,* El Derecho, Buenos Aires, 2.016, p. 13.

[83] V. Elena HIGHTON, "Capacidad de los menores de edad", en *Personas Humanas,* RDPC 2015-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 199. Dice la autora: *"El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código".*

sin tener en cuenta para nada las cualidades y accidentes a que se refería la legislación anterior. Se revaloriza entonces, el concepto de persona en la legislación actual, por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el Estado, sino que la misma le viene al mismo, entre otros caracteres interesantes, por su dignidad[84]. Este reconocimiento por parte de destacada doctrina, se refuerza con la doctrina que emana de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, de donde se deducen innumerables fallos de trascendencia y valoración[85]. Y la misma es analizada desde diversas perspectivas, que son necesarias destacar a los efectos de encuadrar los conceptos más allá del análisis del propio atributo de la personalidad. En efecto, la regla de la capacidad se orienta en nuestro país mucho más allá de la consideración general: la misma es proyectada desde el derecho de las niñas, niños y adolescentes con una contundencia notable y perspicaz[86], y también desde el denominado *derecho de la vejez,* considerado como un proceso que comienza con el nacimiento y finaliza con la muerte[87], donde claramente se hace necesario un sistema de fraternidad que posibilite la concreción de la solidaridad[88].

Corresponde evaluar a las concepciones tradicionales sobre la persona física o de existencia visible en relación con las modernas tendencias que se sustentan claramente, en una posición diferente. La única diferencia clave para entender el paradigma –alejados del análisis de la cuestión terminológica- radica en comprender que ya no puede existir, sobre la personalidad humana, una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración de la voluntad y la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se le es permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

Creación notarial del derecho y aplicación de los valores constitucionales.

Las primeras teorías por nosotros esbozadas en el inicio del estudio del derecho notarial son las que sirvieron para dar fuerza al desarrollo de la disciplina y especialmente, del documento notarial como hoy lo conocemos: en el impulso de la ciencia (cientiae) y con un amplio desarrollo en la técnica (tecné). Por ello las estudiamos oportunamente, y por ello hoy las celebramos. Pero si tan solo esas teorías fueran lo suficientemente fuertes en la actualidad como para acompañar la evolución del derecho proyectada en nuestro país, con la instauración y puesta en vigencia del CCCN que normativamente constitucionaliza el derecho

[84] Jorge N. LAFERRIERE, "La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales", en Gabriel LIMODIO (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2.016, p. 220.

[85] V. Carolina CALIVA y Melany ESSES, *"La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia"*, en *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial,* Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Dir.), La Ley, Buenos Aires, 2017, p.39.

[86] V. Mauricio L. MIZRAHI, *Responsabilidad Parental,* Astrea, Buenos Aires, 2.015, 879 p.

[87] V. María I. DABOVE, *Derecho de la vejez,* Astrea, Buenos Aires, 2.018, p. 5.

[88] Cfr. María I. DABOVE CARAMUTO, *Los derechos de los ancianos,* Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2.005, p. 30 (TD).

privado actual, este humilde aporte no tendría razón suficiente ni para ser ni para nacer. La determinación negocial del derecho exhibida a través del producto que cumple con las expectativas sugeridas en las letras de los códigos (el documento elaborado) no puede hoy prevalecer si desde su contenido, se proyecta una injusticia.

De acuerdo a lo antedicho, en la actualidad, la prevalencia de lo científico sobre lo artístico en sede notarial –y desde cualquiera de las teorías aludidas, sea una de ellas o varias de ellas en forma de complemento- no puede de ninguna manera sostenerse sino responde a una clara cuestión esencial de forma prescripta. Cuando la forma jurídica se impone como misión a tener en cuenta por el jurista notario para el nacimiento, la consolidación, la transmisión o la constitución de un derecho – de cualquier naturaleza-, no puede ésta sobrevalorarse y mucho menos evitarse. La forma impuesta tiene que ver con el valor seguridad, la misma que engendrada en el seno de la escribanía presupone, sin lugar a dudas, a los valores de verdad (fe) y de justicia (voluntad), tres valores que, consolidados, determinan y afirman la paz.

Fuera de la forma impuesta, el notario es quien debe crear el derecho con todas las fuentes que tiene a su alcance[89]. Inclusive puede contribuir con lo justo cumpliendo con las formas, pero introduciendo en ellas manifestaciones que hacen a lo justo de cada uno, de cada caso en particular, cumpliendo con la máxima de Ulpiano que ordena al derecho ser *Ars boni et aequi* [(el derecho como) arte de lo bueno y de lo equitativo]. Pero siempre resguardando la forma impuesta y nunca en contra de la misma, porque precisamente esa es la garantía de la seguridad jurídica notarial.

Cumplir con el derecho formal era tarea relativamente sencilla con un código decimonónico, rígido en sus apreciaciones, defensor del orden público por sobre la voluntad individual o colectiva, limitado en teoría de la argumentación y alcanzado por la teoría de interpretación estricta que, en todo caso, ordena estudiar qué quiso decir la ley o el legislador en vez de analizar que necesita el hombre o la mujer para que el derecho cumpla con su cometido. En un código de esas centenarias características, el fundamento de la obligatoriedad de la ley es una necesidad que impone la seguridad jurídica de manera uniforme y general, aun ante quienes por ignorancia puedan desconocerla. La ley en sentido material entonces, como regla social obligatoria establecida por la autoridad pública, se aplica sin dudas y a través de criterios como el gramatical o el lógico, y únicamente cuando la misma, adecuadamente interpretada en

[89] Dice el artículo 301 del CCCN: "*Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procedimiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera*". En este momento, las cualidades notariales deben aplicarse para definitivamente, "crear" el derecho documental.

sus palabras y en su espíritu no ofrece solución para el caso concreto, cabe la libre interpretación científica que dirige a la elucidación analógica, los principios del derecho, entre otras fuentes reconocidas en la antigua legislación.

En este panorama, la regla rígida de capacidad en sede notarial siempre fue de sencilla aplicación y concreción. Asumíamos entonces quienes eran los capaces, quienes los incapaces; sabíamos de clasificaciones -de hecho, de derecho, lo absoluto y lo relativo en la incapacidad de hecho pero no en la de derecho-, entre otras cosas relevantes. La regla era sencilla, casi matemática. No hay lugar a dudas en la interpretación de un sistema rígido que valora al género humano por su condición negocial y no por su capacidad de esgrimir y afirmar la voluntad y la libertad. En definitiva, la teoría de las personas físicas o de existencia visible se ubicaba dentro de lo que antes he denominado forma prescripta. Un sistema rígido que hay que cumplir por cuanto la forma impuesta protege al acto, y lo que es más relevante: le brinda, por el solo hecho de su ejecución formal, tanto la validez como la vigencia.

Por todo lo antedicho, en la actualidad, este método de concreción del derecho no puede imponerse. Se sostenía sí, con la legislación anterior y con ciertos paradigmas pasados que hemos aprendido de los grandes maestros del derecho civil, que nos terminaron por confirmar que el sistema que hoy se denomina teoría de la personalidad humana, salvo en escasas excepciones, era rígido al que había que sujetarse en razón del control, de la protección y en nuestro caso, de la seguridad jurídica[90].

La consideración de la persona humana + sistema flexible de capacidad= concreción del juicio de capacidad notarial en las primeras audiencias. Es así que pude afirmarse lo siguiente:

---

[90] Tengamos presente que la doctrina en general ha venido advirtiendo el cambio de paradigma del derecho privado. De esta manera, y mucho antes de tener noticias de la creación de la comisión de elaboración del entonces anteproyecto de CCCN, el maestro santafesino Jorge Mosset Iturraspe comenzaba por generar la inquietud por conocer un nuevo derecho privado proyectado desde la carta magna. Se despojaba Mosset en esa obra de la cuestión de la dicotomía – no permitir que la esfera de lo público llegue a lo privado y viceversa, aferrándose al concepto de paradigma, entendiendo al mismo como una tutela del derecho público en relación a los derechos fundamentales de los hombres que se irradian de/hacia el derecho privado. Fuera del país, los aportes de civilistas notables como el ya mencionado Carlos Fernández Sessarego, incluso desde posiciones iusfilosóficas asumidas, no dejan espacios para duda en estos temas tan trascendentes. Sessarego hablaba de estos temas mucho antes que fueran siquiera tenidos en cuenta por la jurisprudencia dominante. Forjada la inquietud, en la actualidad, autores como Horacio Rosatti no dudan en proyectar el nuevo ordenamiento jurídico privado en/ desde el derecho constitucional. Ya no debe preguntarse el jurista entonces acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, que es una realidad innegable, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado, recepta o no recepta los principios constitucionales, o en palabras del autor, el espíritu y el texto de la Constitución. En los tiempos que corren, las modernas doctrinas abocadas al logro de la obtención de reconocimientos de derechos, de garantías y de libertades en general, son explicadas a través del neoconstitucionalismo, que en la precisa explicación de Enrique Del Carril viene a revalorizar la trascendencia de la Carta Magna; la misma deja entonces de ser una mera referencia normativa, para erigirse como "*un baremo de toda actuación que quiera considerarse conforme a derecho*".

a) La capacidad de ejercicio en la persona humana se presume aun cuando la misma se encuentre en un establecimiento asistencial;

b) Las limitaciones son únicamente de carácter excepcional, y la intervención estatal siempre tendrá carácter interdisciplinario;

c) Ante un caso absolutamente excepcional, deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y de las libertades.

En el ejercicio del derecho positivo vigente, el notario no puede ni debe separar la persona de la capacidad; y por esa razón poco importa que el juicio de capacidad esté o no este referido en las leyes de ejercicio, porque al documentar un hecho o un derecho por voluntad de quien lo requiera, la tesis de la personalidad incluye en las primeras audiencias, la aceptación expresa o tácita que el opus notarial puede ser llevado adelante a través de la consolidación de los atributos en la persona requirente.

El notario debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva.

¿Por qué razón entonces negar el juicio de capacidad? Todo lo contrario, debe asumirse que, a la luz de la normativa vigente, la sola comparecencia y su aceptación por parte del notario supone que la teoría de la personalidad humana está asumida y protegida, y que, desde el mismo momento de las operaciones de ejercicio, se debe inferir la tutela de la persona por parte del profesional del derecho a cargo de una función pública. Si la capacidad se supone en todos los casos, hasta en los casos extremos que tanto a nosotros nos han preocupado durante todo el tiempo de vigencia del CC, y ante ciertos casos puntuales y de excepción el nuevo ordenamiento autoriza la consolidación de apoyos, no sustituyendo la voluntad, sino todo lo contrario, para complementarla y para consolidarla en un hecho o un acto determinado previsto en el CCCN o en una ley especial, alejarse de ella invocando cuestiones técnicas o de ejercicio meramente formal parece no ser prudente.

La pregunta entonces que puede ahora mismo imponerse es la siguiente: ¿Cómo volvemos a ejercer el juicio de capacidad sin temor teniendo en cuenta todo lo preceptuado en el CCCN, que entre otros bemoles, se refiere directamente a la sanción de nulidad de los actos realizados por una persona considerada incapaz?

Declarada no operativa la exigencia del CCCN que ordena la nulidad de los actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida que se oponen a lo que determina una sentencia que ha sido inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, o

con posible declaración de nulidad si los mismos resultan lesivos al incapaz que al momento del otorgamiento tenía enfermedad ostensible, o se enfrentó con un co-contratante de mala fe, o simplemente dispuso de un acto a título gratuito, la cuestión de la capacidad en sede notarial se vuelve especial y absolutamente relevante, sin ningún temor de ejercicio técnico, ni mucho menos de manifestación documental del mismo, por cuanto sigue siendo, como siempre lo fue, un análisis notarial que se enrola, tanto en la actividad notarial protectora de la legalidad y hoy más que en ningún otro momento, también protector de la voluntad y en tutela de la buena fe que el CCCN exige en muchos de los casos especialmente previstos como norma, y que asume como principio especial en el título preliminar (art. 9).

En resumen, debe tenerse en cuenta especialmente en este sentido, las conclusiones que se fueron dando en orden, de al menos las siguientes tres reuniones relevantes:

a) La 41° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires;

b) Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil;

c) Las XXXIX Jornadas Notariales de la Provincia de Buenos Aires.

De las mismas se desprende que:

a) La actuación notarial no se ve modificada por la normativa del CCCN;

b) La exigencia de control de certificados específicos expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no es obligatoria;

c) Tanto la declaración de incapacidad como las restricciones a la capacidad tienen una finalidad tuitiva y no se dirigen a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sino a complementarlos;

d) La designación de los apoyos por parte del juez únicamente tienen función de asistencia y no reemplazan la voluntad del interesado, porque la capacidad jurídica se presume y toda restricción constituye una excepción;

e) La declaración de incapacidad queda absolutamente reservada para los casos de excepción; únicamente en estos casos el juez puede nombrar un curador con facultades de representación, pero siempre con la obligación de revisar la sentencia por tiempo determinado;

f) La exigencia de inscripción de la sentencia es adecuada, pero se necesita estructurar un sistema de registros públicos acorde con las exigencias de la seguridad jurídica.

Ese sistema rígido de conceptos relacionados con la persona física y sus capacidades limitadas mediante ley ha mutado absolutamente. El nuevo sistema exige al jurista una adecuación a la realidad y consecuentemente, a la verdad de lo que acontece de acuerdo al derecho.

II. Herramientas jurídicas en protección de las personas vulnerables

En esta parte nos abocaremos al análisis de derechos fundamentales específicos y las herramientas jurídicas utilizables por los Notarios para protección de los mismos en relación de las personas en situación de vulnerabilidad, analizando normas convencionales, legislación nacional, derecho comparado y jurisprudencia.

I. EJERCICIO DE DERECHOS PERSONALISIMOS. DERECHO DE AUTOPROTECCION. DIRECTIVAS ANTICIPADAS O ACTOS DE AUTOPROTECCION.

Not. Spina, Marcela Viviana

Ante el cambio de paradigma que significaron las Convenciones de Derechos Humanos, que transformaron a los niños, a las personas con discapacidad y a las personas mayores de OBJETO DE PROTECCION, a quiénes había que proteger sustituyendo su voluntad y eligiendo lo mejor para ellos a SUJETOS DE DERECHO con "dignidad inherente" y en igualdad de condiciones para expresar sus opiniones, sus deseos y sus preferencias. Y que las mismas sean relevantes para el Derecho y para la sociedad toda.

A la importancia que se otorga a la libertad, a la autonomía y la autodeterminación, y a la concreción del plan de vida de cada persona.

A la positivación de los derechos personalísimos que deben ser ejercidos solamente por la persona y *sólo en ciertas circunstancias excepcionales pueden ser ejercidos por un representante* y a la importancia de la voluntad expresada jurídicamente.

Ante el avance de la ciencia y la tecnología, que enfrenta al hombre con nuevos problemas o dilemas, en especial ante el comienzo y fin de la vida, es necesario recurrir a la bioética "La bioética como un saber o práctica interdisciplinaria que nació casi con la globalización para servir como puente reflexivo entre el ser y deber ser, entre hechos y valores. Y el Derecho enfrenta el desafío de regular esa libertad frente a nuevas ataduras, problemas y dilemas."[91] Por estas cuestiones todo lo que tenga que ver con la bioética y con los avances de la ciencia está siempre abierto a nuevas modificaciones.

[91] Tau, José Maria. "Amar y morir bajo las normas del nuevo Código" en El dia.com

Cobra nueva dimensión el derecho de Autoprotección. "Es el derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida del discernimiento." Es inherente a todo ser humano su posibilidad de elegir y que el Derecho respalde su elección, siendo éste el sustento de la validez jurídica de las directivas anticipadas o actos de autoprotección.[92]
A esta figura también se la llama "testamento para la vida", "testamento vital", "living will" en inglés, "disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", "mandatos para la propia incapacidad", "directivas anticipadas en materia de salud" "voluntades anticipadas"[93] y también podría llamarse "autocuratela". Más allá de la discusión terminológica, en el ámbito notarial argentino el término más difundido es "Acto de Autoprotección"[94].

En Argentina aún cuando no exista una ley específica e integral que los regule, el juego armónico de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y los principios generales del derecho permitió jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados "actos de autoprotección".

La Consitución Nacional a través de su art.19[95]conocido como principio de reserva, o protección de la autono- mía, consagra la defensa de las acciones privadas de los hombres que no afecten los derechos de los demás, ni el bien común.

El art. 33[96]que incluye los derechos implícitos o no enumerados.

Y el art. 75 inc. 22.-[97] que incorpora incorpora al derecho interno los tratados Internacionales de Derechos Humanos, incluyéndolos en el bloque de constitucionalidad, dandoles un valor superior a las leyes internas.

---

[92] Llorens, Luis Rogelio. Rajmil. Alicia Derecho de Autoprotección. Editorial Astrea.

[93] Sambrizzi, Eduardo A. "Voluntades anticipadas, su valor legal" [en línea]. Vida y Ética. 11.2 (2010). Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf

[94] La denominación actos de autoprotección fue propuesta por la delegación española en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en septiembre de 1998, en la ciudad de Veracruz, México.

[95] Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

[96] Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

[97] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su

Los actos de autoprotección son cada vez más ampliamente reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, en especial debido a los años de trabajo y difusión por parte de la doctrina notarialista, de la que existen trabajos desde principios de la década del noventa.[98]

Fueron reconocidos en prestigiosos fallos relacionados con temas de salud y por primera vez especialmente tomados con carácter obligatorio, para disposiciones anticipadas de salud.[99]

A partir del año 2004, se crearon los Registros de Actos de Autoprotección en el ámbito de los Colegios Notariales de las distintas provincias, que inscriben las escrituras públicas otorgadas en cualquier jurisdicción del país, por personas que, previniendo una eventual incapacidad o falta de discernimiento, dejen en el citado documento instrucciones concernientes al tipo de tratamiento que desean recibir con respecto a su persona y/o bienes. Existen registros de actos de autoprotección en 21 de las 24 jurisdicciones notariales del país.

A partir de diciembre de 2009 funciona en la órbita del Consejo Federal del Notariado Argentino el Registro Nacional de Autoprotección, al que se deben comunicar todos los actos inscriptos en los Registros del país. La finalidad del mismo es que ante una efectiva consulta, pueda conocerse todo acto inscripto en cualquier Registro del país.

El registro es de carácter reservado, solamente publicita la existencia del acto de autoprotección, los datos del otorgante y los datos del registro notarial, donde ubicar el mismo. La información sólo se brinda al otorgante o representante legal, a las personas especialmente

---

Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

[98]Llorens, Luis Rogelio Taiana de Brandi, Alicia. Estipulaciones y Disposiciones para la propia incapacidad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1996.

[99]Artículo 11 de la Ley 26.529 "*Directivas anticipadas. Toda persona capaz* ***mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud****, pudiendo* ***consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el*** *médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*"
Fallo M. de Mar del Plata y fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, "S. M. de C Insania 09/02/2005") El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como "Caso M - Directivas anticipadas" del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

autorizadas por él y a Juzgados Intervinientes o médicos o centros de salud que atiendan la salud del otorgante.

En algunas jurisdicciones está prevista la transcripción de directivas de salud[100]. Para poder transcribir el contenido de las directivas anticipadas de salud, el otorgante debe autorizar expresamente al Notario para ello, teniendo en cuenta que la información que se maneja es confidencial y los datos considerados sensibles protegidos de acuerdo a la ley 25.326.

Consideramos de gran utilidad que todos los juzgados intervinientes en cuestiones a las que pueda interesar el contenido de los actos de autoprotección consulten al Registro sobre la existencia de los mismos. En algunas jurisdicciones se hizo obligatorio a través de leyes locales. [101]

Los registros a cargo del notariado son los únicos registros creados para dar publicidad a directivas anticipadas.

Para temas de salud las directivas anticipadas están expresamente reconocidas por la ley 26.529[102] modificada por 26.742[103], conocida como ley de "muerte digna".

Con la sanción y entrada en vigencia del CCCN por primera vez, se receptan en el derecho civil los derechos de la personalidad, derechos subjetivos o derechos humanos, reconocidos en la Constitución Nacional, en especial luego de la reforma de 1994 en que se incorporan como derecho interno los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Civil consagra la dignidad de todo ser humano, dándole máxima importancia a su libertad, su autonomía y su autodeterminación y la posibilidad de proyectar su propio plan de vida.

Si bien el CCCN no establece expresamente los actos de autoprotección, ni con dicho nombre, ni con el amplio contenido que venía consagrando la doctrina notarial, lo cierto es que el

---

[100] Provincia de Buenos Aires y Provincia de Santa Fé.

[101] La Provincia del Chaco por Ley 6.212 [101] modifica el Código de Procedimientos y establece la obligatoriedad de los jueces de solicitar informes al Registro de actos de autoprotección dependiente del Colegio Notarial al iniciar todo proceso de incapacitación y que se tome en cuenta todo lo establecido anticipadamente sobre la dirección de su persona y sus bienes en directivas anticipadas de autoprotección.
Actualmente y a través de la ley 14.154 de la Provincia de Buenos Aires se obtuvo reconocimiento legislativo al Registro creado en el Colegio de Escribanos a traves de su incorporación en la ley 9020 orgánica del Notariado Bonaerense y por ley 14.334 se modifica el Código de Procedimientos obligando a los Juzgados que intervengan en juicio de insania (hoy juicios de determinación de la capacidad) a solicitar informes al Registro de Actos de Autoprotección. En otras provincias se solicita voluntariamente por los Juzgdos tal información.

[102] Promulgada el 19 de noviembre de 2009.

[103] Publicada en B.O. el 24 de mayo de 2012.

nuevo ordenamiento recepta especialmente los derechos personalísimos del ser humano por primera vez con una amplia regulación en la legislación civil. La expresión de la voluntad cobra un valor fundamental, ya que recién en su defecto, en forma supletoria, corresponderá la decisión por otros familiares, las directivas anticipadas son una ultraactividad del ejercicio de la autonomía y del poder tomar sus propias decisiones.

Se consagran en el texto legal: los derechos del paciente, el consentimiento informado, las directivas anticipadas de salud, los poderes preventivos Art. 59 y 60, las exequias Art. 61, el nombramiento de curador (art. 60 y 139 CCCN).

"El acto de autoprotección, es el acto en que una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria. Estas manifestaciones de voluntad pueden alcanzar a todas las cuestiones que resulten de interés para el disponente, de carácter personal y/o patrimonial, tendientes a permitir el desarrollo y consecución de su proyecto de vida y a asegurar su discurrir con calidad mientras subsista su calidad de persona, o sea, hasta su muerte (art. 93 CCCN). Entre los intereses resultan primordiales, pero no excluyentes las disposiciones referidas a la salud.[104]" A las que nos abocaremos en el punto siguiente.

Los actos de autoprotección podrán versar sobre uno o todos estos aspectos, según las necesidades de cada caso y seguramente podrán acompañar a muchas de nuestras incumbencias habituales, poderes, testamentos, donaciones, fideicomisos, rentas vitalicias, etc. Y pueden ser otorgados por personas jóvenes o ancianas, sanas o enfermas, en tanto se comprenda que la vulnerabilidad y la discapacidad, es una posibilidad latente en la vida de todo ser humano.

Todo ello en el marco del respeto de su identidad dinámica, que va a incluir sus ideas, sus creencias, sus sentimientos (que llevan a respetar desde las elecciones alimentarias, sexuales, opciones de familia) su religión, su bagaje cultural y su proyecto de vida hasta el destino del cadáver. A más derechos corresponden más responsabilidades. Y en relación a la justificación de la ética personalista para las directivas anticipadas o actos de autoprotección responden no sólo a un ejercicio individualista de la libertad, sino también a un principio de solidaridad y responsabilidad social en tanto alivian a otros, familias, jueces, médicos, cuando tienen que tomar difíciles decisiones por otros y además redundan en beneficios de la sociedad toda, ya que pueden ahorrar recursos médicos y judiciales.

[104] Taiana de Brandi . Nelly Alicia. El derecho de Autoprotección y la eutanasia. El mensaje del Papa Francisco del 17 de Noviembre de 2017. Doctrina 25/1/ 2018.-

Los documentos notariales son herramientas jurídicas idóneas para plasmar la voluntad sobre derechos personalísimos y decisiones autorreferentes, sobre el propio cuerpo, sobre el cadáver, consentimientos informados actuales y directivas anticipadas de salud, poderes preventivos, actos de autoprotección (unilaterales) y convenios reguladores de derechos extra patrimoniales y testamentos que expresen derechos personalísimos con vigencia post mortem.
Con el conocimiento de la existencia de una escritura de un acto de autoprotección, el juez tendrá un valioso instrumento, que garantice que la parte vulnerable sea escuchada.

De tal modo, pueden constituir los usos, prácticas y costumbres, que junto con las leyes y los principios regulen tales materias.

En estas escrituras es aconsejable que el disponente se exprese en forma directa y que el notario recoja en su texto las expresiones del otorgante en primera persona. A su vez la misión del notario es invitar, y aun incentivar, al disponente para que exprese las motivaciones del otorgamiento, sus vivencias, los valores y directrices que han guiado su historia de vida y sus convicciones, bagaje que, en su momento, servirán de orientación al juez que deba intervenir, para alumbrar un acto único, a la medida de la persona y sus circunstancias (situación de vulnerabilidad), como única es la persona que lo requiere.

La intervención notarial es una salvaguarda contra influencias indebidas (temor reverencial, influencia psicologica o discurso captado). También la registración es una salvaguarda para poder obtener el conocimiento efectivo de los deseos de la persona y la vigencia de los mismos.

I.1- CONTENIDOS DE LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN.[105]

I-1-1.- DIRECTIVAS RELACIONADAS A LA SALUD.

Como ya dijéramos, uno de los contenidos de un acto de autoprotección pueden ser directivas relacionadas con la salud. Son las más reconocidas en nuestro país por la doctrina, legislación y jurisprudencia. Aunque no son todavía masivamente otorgadas, son bien conocidas por los operadores jurídicos y están a disposición de los otorgantes en gran parte merced a la labor doctrinaria del notariado.

A partir de la reforma del CCCN que reconoce los derechos personalísimos. Tiene protección integral el cuerpo humano desde la concepción hasta la muerte, incluido el cadáver. Nadie puede ser agredido físicamente. Nadie puede ser sometido a un tratamiento o análisis médico o a una investigación experimental sin su consentimiento o contra su voluntad.

[105] Se acompaña en anexo con fines didácticos un proyecto de escritura de amplio contenido.

"La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral."[106] [107]

Antes del año 1994 el derecho a la vida y a la salud eran considerados derechos implícitos en el art. 33 de la C.N. No existía una referencia específica o enunciación concreta de estos derechos en nuestra Carta Magna.

Luego, con la Reforma Constitucional de 1994, el derecho a la salud se incorpora de manera expresa en nuestra Carta Magna (art. 42 y 43 CN —respecto de las relaciones de consumo—, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales introducido a la C.N. mediante el art. 75 inc. 22, entre otras normas).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General Nº 14 (2000) sostiene "...el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Lo ha definido como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional".

Las distintas convenciones internacionales y leyes nacionales refuerzan las obligaciones relacionadas con el derecho de salud de las personas vulnerables: los niños[108], las personas con discapacidad[109], los migrantes[110], las personas mayores[111]. Los pacientes tienen derechos de

[106] Del fallo de la CIDH en la primera sentencia en que lo reconoce expresamente el derecho a la salud. Poblete Vilches y familiares vs. Chile del 8 de marzo de 2018. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

[107] Dicho párrafo a su vez es una reproducción de los contenidos vertidos por Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General Nº 14 (2000).

[108] Convención de los derechos del niño. Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Decreto reglamentario 415/2006.-

[109]Convención de los derechos de las personas con discapacidad Ley 26378, Art. 25.

[110] Ley 25871 . Art. 8.

asistencia, los profesionales tienen deberes que surgen del ordenamiento jurídico y el Estado tiene la obligación de prestarlos y garantizarlos. Los pacientes deberán ser tratados con un trato digno y respetuoso, de sus creencias, de su intimidad y de sus sentimientos. A su vez deben respetarse la confidencialidad y el secreto profesional. En los últimos años se ha producido un notable avance en el reconocimiento y tutela del derecho a la salud, que es un derecho humano y personalísimo y un notorio progreso en el derecho a la autodeterminación en cuestiones de salud.[112]

Ante el progreso de la autonomía y de los derechos personalísimos se da un proceso de reconocimiento de derechos-deberes, en que es indispensable el recibir información sanitaria clara y precisa a nivel de comprensión del paciente, otorgar el consentimiento informado y tomar sus propias decisiones en temas de salud y las directivas anticipadas para realizar las decisiones personalísimas de cada paciente, en caso de no poder expresarlas personalmente.

Las directivas anticipadas en las Convenciones e instrumentos de derechos humanos.

El primer instrumento internacional sobre la materia con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscribieron fue el Convenio de Bioética relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado por los países de la Unión Europea en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997. En el artículo 9 de este Convenio se establece que "serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad". Además encontramos la convención europea de bioética de 2002. También la recomendación de la Asamblea Parlamentaria Europea de 1999 y del Comité de Ministros (2009) sobre los principios relativos a los poderes de futura protección y directivas anticipadas por incapacidad. El Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros que promovieran estas prácticas y definió un número de principios para asistir a los Estados al momento de implementar y garantizar que sean respetados en especial al final de la vida.

En la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el 13 de enero de 2000, se suscribió la Convención sobre Protección Internacional del Adulto (califica en esta categoría toda persona mayor de 18 años), cuyo objetivo fue contemplar sus situaciones de cuidado. De igual manera se prevé la posibilidad que el individuo, cuando aún está en pleno uso de sus atribuciones mentales, organice su propia protección para una futura y eventual incapacidad.

---

[111] Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores.Art. 11 y 12.

[112] Tanzi, Silvia y Papillu, Juan M. Los derechos del paciente y el consentimiento informado. Publicado en: SJA 10/09/2014, 10/09/2014, 20 -
Cita Online: AP/DOC/1274/2014

La convención Interamericana de Derechos Humanos de las personas mayores de 2015 en el artículo 11 último párrafo establece: "La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada y dar instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, **a través de instrumentos jurídicamente vinculantes,** de conformidad con la legislación nacional."

La situación en Argentina. Legislación aplicable.

El respeto de la libertad individual en materia de salud se recoge en la jurisprudencia, y por la doctrina hasta su reconocimiento legal.

La ley 26529 recogió los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, fue modificada por la ley 26742 en 2012, llamada de muerte digna. Y su decreto reglamentario 1089/2012. También en la Ley de salud mental 26.657 de 2010.

En ellas se fijaron los derechos de información de los pacientes, de asistencia sin discriminación, de consentimiento informado y las directivas anticipadas de salud.

La ley resguarda la intimidad del paciente por cuanto la información sanitaria sólo puede ser brindada a terceras personas con autorización del paciente (art. 4 ley 26.529). También tiene derecho a no recibir información, sin dar explicaciones al respecto, a recibir una segunda opinión médica y a obtener su historia clínica.

El CCCN también las estableció (art. 59 y 60) aunque siguieron vigentes dichas leyes especiales.

Además en nuestro país de organización federal, se dictaron leyes provinciales de directivas anticipadas de salud[113].

[113] Como por ejemplo; Neuquén 2611, Rio Negro 4263 y 4264, Chaco 6212, Chubut Ley III 34, Córdoba 10058, Ciudad de Buenos Aires 3933 (reforma 404), Provincia de Buenos Aires leyes 14.154, 14.334 y 14.446.
En este tema cabe mencionar especialmente las leyes de la Provincia de Buenos Aires 14.154 (reconocimiento legal del Registro a través de su incorporación a la ley 9020) 2010 y 14.334, que modifica el

El CCCN recoge el consentimiento informado en el Art. 59. Es la declaración de voluntad expresada por el paciente en cuanto a la aceptación o no de un tratamiento médico e investigaciones en salud luego de que fuera informado en forma clara y precisa y adecuada a su comprensión, su estado de salud, tratamiento propuesto, las consecuencias positivas o adversas del tratamiento indicado o no realizarlo y sus alternativas.

También enumera a las personas llamados a suplirlo en caso de no poder otorgarlo y no lo haya establecido en una directiva anticipada.

El consentimiento debe ser por escrito para internación, intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasivos. Y solo puede obviarse en caso de emergencia.
La suscripción de formularios pre impresos en los que se consigna que el paciente ha recibido información clara y detallada de su estado de salud y procedimientos médicos propuestos, con la especificación de que la ha comprendido, no es idónea por sí misma para resguardar el derecho del paciente a la libertad y autodeterminación, si ello no va acompañado de un compromiso real de respeto por los derechos del paciente. Por el contrario, tales prácticas tienden al resguardo de la responsabilidad de los profesionales más que al respeto del paciente. Por eso es tan importante la actuación notarial para redactar instrumentos a la medida de las decisiones autorreferentes, que recojan la voluntad y los deseos y las preferencias de cada paciente.

El consentimiento informado y las directivas de salud son como derechos personalísimos esencialmente revocables en todo momento y en cualquier forma, incluso verbalmente.

El CCCN en su art. 60 define la **directiva anticipada:** "Es una declaración de voluntad efectuada por una persona en previsión de una eventual pérdida del discernimiento que no le permita expresar personalmente su voluntad, mediante la cual manifiesta la forma que quiere ser tratado y directivas para la toma de decisiones vinculadas a su salud".

Deben ser otorgadas por persona "plenamente capaz" art. 60 CCCN y el art. 11 ley 26.529 (establece que debe ser mayor y capaz).

También introduce el concepto de "muerte digna" [114] en estos términos: "En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en un estadío terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar tratamientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación o reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas

---

Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. A través de los art. 619 bis y modificación 814. Y 14.464 que establece procedimiento judicial gratuito ante Juzgado de Paz para otorgar directivas anticipadas de salud.

[114] Art. 59 inc. G del CCCN.

de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo en este estadío terminal e irreversible". En el claro sentido de evitar lo que se da en llamar "encarnizamiento terapéutico" e impedir tratamientos fútiles.

Y también se asegura el derecho a recibir cuidados paliativos[115]: todas aquellas medidas tendientes a asegurar la calidad de vida, el bienestar y el alivio del dolor físico y psicológico.
Y finalmente el referido art. 59 CCCN establece que las prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Entonces en nuestro medio **las directivas anticipadas de salud, o acto de autoprotección con un contenido de salud:** puede incluir consentimiento informado para determinado acto, negativa a determinado tratamiento, tenga o no relación con la muerte, postura respecto a la recepción o no de determinado tratamiento, solicitud de aplicar una muerte digna o medicamentos paliativos del dolor, aunque pudieren acelerar el proceso de muerte. Aceptar todo tipo de tratamiento que prolongue la vida, sea tradicional, experimental o alternativo. Aceptación y dación de órganos. Quiera o no conocer más sobre su enfermedad, también medidas tendientes a la confidencialidad e intimidad de cómo transitar la enfermedad, lugares de internación, obra social, personas designadas para recibir información, o visitas, y tomar decisiones en representación del enfermo. Y toda otra preocupación que haga a la salud del otorgante.

Además, se permiten las tres vertientes reconocidas por el derecho norteamericano[116]: Las directivas anticipadas propiamente dichas, por las que el interesado mismo da indicaciones sobre las decisiones a tomar ante una enfermedad que no le permite expresarse. En este tipo, algunas definiciones hacen expresa referencia a instrucciones sobre "actitudes y acciones de buena práctica médica (no alargar la vida innecesariamente, no utilizar medidas desproporcionadas, etc.). El llamado mandato sanitario, en italiano "procura sanitaria", en inglés, "durable Powers of attorney"; "designation of patient advócate for health care", que implica la designación de un representante, un agent attorney in fact, proxy, o surrogate, o persona autorizada para decidir en momentos en que una enfermedad le impida hacerlo por sí mismo. Obviamente, ese representante puede aceptar o no el mandato conferido. O una combinación de ambas figuras anteriores.[117] La Directiva de salud puede contener nombramiento de

[115] Art. 59 inc. H del CCCN.

[116]En Estados Unidos, país pionero en la materia las *Advanced Directive* ssurgieron en 1967 cuando Luis Kutner, un abogado de Chicago, redactó el primer documento sobre el tema. Luego en 1976, la *Natural Death Act* de California dio forma a lo que hoy se conoce como "testamentos vitales", ampliándose los alcances del concepto a partir de la aprobación de la Ley de Autodeterminación del Paciente en 1991. En ese país, las directivas anticipadas comprenden dos documentos, el denominado *living will*– testamento vital– y el *health care proxy* –poder médico poder para el cuidado de la salud–, que se otorga a un representante. Fue así el derecho anglosajón el primero en admitir "la voluntad personal del cómo vivir", instaurando los gérmenes de la autonomía dirigida hacia el futuro.

[117] Kemelmajer de Carlucci, Aida. Las voluntades anticipadas: una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas Fecha: 1-sep-2007 Cita: MJ-DOC-4587-AR | MJD4587 Producto: SYD

apoderado o interlocutor válido ante los equipos médicos o continuación de los apoderamientos para otorgar consentimientos informados. Además, también la exclusión de determinados familiares para dar consentimientos informados o tomar decisiones. Si el apoderado, también comparece y acepta en cambio de un acto unilateral, estaremos ante una verdadera estipulación. Es una alternativa interesante, la combinación de directivas más apoderamiento ya que el avance tecnológico puede permitir nuevas opciones de tratamiento inexistente a la época del tratamiento. En nuestro país no existe plazo de vigencia para las directivas de salud, como se estila en derecho comparado.

En cuanto a la forma el art. 11 de la ley 26529 modificado por la ley 26742 y su decreto reglamentario 1089/2012 establecen que deben ser realizadas en un instrumento público ante un notario o juez de primera instancia y con la presencia de dos testigos.

Las directivas anticipadas de salud, son derechos personalísimos y datos protegidos de los requirentes, se incluyen dentro del secreto profesional y merecen más sigilo que otras actuaciones notariales, siempre teniendo en cuenta que son derechos personalísimos que el requirente **decide expresar por su interés personal**. El carácter de datos sensibles de acuerdo a la ley de protección de datos personales 25.326 merece que sean maximizados los cuidados tratando de cumplimentar la voluntad de la persona, pero también evitar todo daño por obtención de datos de más o infidencia de los dependientes. La registración debe tener el carácter reservado, se conocerá la existencia y no el contenido. Sólo si el otorgante autoriza expresamente a través de su consentimiento podrán ser publicitadas en los registros respectivos, todo ello en cumplimiento de las normativas nacionales e internacionales en cuanto al documento notarial y su registración.[118] También puede autorizar a la persona o personas, que pueden consultar este registro, que en principio es reservado al otorgante o juzgados intervinientes, o al cuerpo médico que esté atendiendo la salud del otorgante.

Jurisprudencia nacional e internacional.

Las directivas anticipadas tuvieron favorable acogida a través del "leading case" argentino, incluso antes del reconocimiento legal en el caso M del 25 de julio de 2005[119], en el que fueron recogidas, por primera vez, como válidas, las decisiones que realizaba una persona que padecía una enfermedad neurodegenerativa, sobre negativa a tratamientos médicos, y la solicitud de una muerte digna, expresadas en una escritura pública.

[118]Reglamento Europeo de protección de datos 2016. En nuestro país Art 43 de la CN y ley 25.326 del 2000 y proyecto de ley de protección de datos personales.

[119] Juzg. De garantía nro 4 de Mar del Plata 25/7/2005.

También la CSJN tuvo oportunidad de expedirse en forma favorable en dos antecedentes sobre las directivas anticipadas de los seguidores del culto de Testigos de Jehová, que no aceptan transfusiones de sangre[120].

Y en el caso de M.D[121] del 7 de julio de 2015 sobre interpretación de la voluntad presunta de un enfermo, (un joven que tuvo un accidente de moto y permaneció 19 años en estado vegetativo o de conciencia mínima) y la posibilidad de interrumpir la asistencia mecánica de respiración y alimentación, en atención a una muerte digna.

La CIDH en el caso I.V.vs. Bolivia establece pautas sobre la autonomía de la persona y la necesidad del consentimiento informado y la importancia de la salud sexual y reproductiva en el plan de vida de una persona. En especial de las mujeres y su poder de decisión en relación a tener o no hijos, cuantos tener, etc.[122]

La CIDH en el caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala[123] condena al Estado por la violación a la integridad física y derecho a la vida, por no brindar asistencia de salud a una persona enferma, que luego deviene discapacitada y doblemente vulnerable por su condición de detenida, por lo que tales cuidados estaban a cargo del Estado.

La CIDH en el reciente caso Poblete Vilches vs. Chile[124] por primera vez reconoció el derecho a la salud sin discriminación de un adulto mayor y condena al Estado por no haber obtenido consentimiento informado para una operación, además de falta de información, desatención y retaceo de los recursos.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el controvertido caso Lambert[125], que representa los dilemas para restringir la alimentación e hidratación en personas en estado vegetativo y de conciencia mínima, que puede no ser enfermedad terminal y la importancia para estos casos de contar con la voluntad del paciente. "Concluyó que el Estado había cumplido con las normativas al respecto. Cada Estado tiene un nivel de apreciación en relación al art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación al Derecho a la vida y protección de los derechos de autonomía de los pacientes.

---

[120] CSJN Bahamondez, Marcelo LL 1993-D- 130` Albarracini Nieves´ de la CSJN", DFyP 2012 (agosto), 205.

[121] CSJ 376/2013 49-D/CS1.- D, M.A. s/ declaración de incapacidad.

[122] Sentencia del 30 de noviembre de 2016.- en El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm

[123] Sentencia del 29 de febrero de 2016 en wwww.cidh.org

[124] Sentencia del 8 de Marzo de 2018

[125] El 5 de junio de 2015, en el caso "Lambert y otros v. Francia" (application no. 46043/14),

La Corte considera que en esta esfera que hace a la extinción de la vida, como en aquella que concierne al comienzo de la vida, debe otorgarse a los Estados un cierto margen de apreciación, no sólo en la determinación de si ha de permitirse o no el retiro de un tratamiento que mantiene la vida artificialmente y en las disposiciones que regulan en forma pormenorizada el procedimiento a seguir en ese caso, sino también en lo que hace a la manera de encontrar un equilibrio entre la protección del derecho a la vida del paciente y la protección de su derecho al respeto a su vida privada y su autonomía personal (No obstante, este margen de apreciación no es ilimitado, y la Corte se reserva la facultad de examinar si el Estado ha cumplido o no con sus obligaciones previstas en el Art. 2.

Además realiza la aclaración de que si hubiera una directiva anticipada del Señor Lambert ella, se hubiera acatado sin discusión".

Decisiones bioéticas referidas al final de la vida y derecho comparado.

La decisión de quitar la alimentación y la hidratación constituye uno de los tópicos más debatidos en bioética en el final de la vida. Mientras que algunos consideran que se trata de tratamientos desproporcionados y extraordinarios que prolongan artificialmente la vida, la postura personalista entiende que se trata de cuidados ordinarios, debidos a todo ser humano y que quitar la alimentación y la hidratación conduciría a una muerte por inanición y deshidratación violatoria del derecho a la vida.

La extensión de la protección corresponde al nivel de apreciación soberano de cada Estado, como lo ha reconocido el TEDH[126]. Así solamente cinco países en el mundo admiten la eutanasia: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Canadá y Colombia. El suicidio asistido es legal en Suiza, Alemania, Japón, Canadá y en los estados norteamericanos de Washington, Oregón, Colorado, Vermont, Montana, Washington D. C. y California.[3]

En América Latina solamente Colombia ha admitido la eutanasia.

En nuestro país sólo se admite la llamada "muerte digna", evitar el encarnizamiento terapéutico y se tendrán por no escritas las prácticas eutanásicas. La mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de la eutanasia, aunque las conclusiones del reciente Congreso Internacional del Derecho de las familias, Mendoza 9 y 10 de Agosto de 2018, manifestaron que la eutanasia y el suicidio asistido pueden considerarse incluidos en el art. 19 de nuestra C.N. en la autonomía de los pacientes.[127]

---

[126] Caso Lambert, Vincent y Familiares vs. Francia. 5 de junio de 2015. Ya citado.

[127] Congreso Internacional del Derecho de las familias, niñez y Adolescencia. Mendoza 2018. Conclusiones de la Comisión II Bioética y Familias. En www.congresoderechofamiliasmendoza.com.

Ante este panorama mundial podría presentarse al notario un caso de autoprotección con competencia internacional[128], por ejemplo, si alguien se halla circunstancialmente en nuestro país, de nacionalidad italiana, pero tiene su residencia habitual en Bélgica. Tres países con diferente regulación en la materia.

El requirente podría otorgar un acto de autoprotección en nuestro país, pero no es tan clara la extensión del contenido posible. Aquí comienzan a jugar las reglas del derecho internacional privado, no existen tratados internacionales sobre el tema, en principio se aplica el estatuto personal: la capacidad, se rige por la regla del domicilio o residencia habitual. Igualmente podrá otorgar el acto ya que su opinión siempre podrá ser recogida notarialmente independientemente del valor vinculante que pueda tener en el país donde ha de ser aplicada.

Las voluntades anticipadas son, sin duda, una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de los pacientes y su vigencia aun ante la falta de discernimiento está reconocida internacionalmente.

Desde la década de los años setenta, la figura también ha tenido fuerte crecimiento en Canadá, Inglaterra, Alemania, y Suiza. Tienen leyes: Finlandia, Holanda, Reino Unido, Francia. En Japón, donde los documentos de voluntad anticipada comenzaron en el año 1984, no menos del 95.5% de los médicos los ha recibido, al menos una vez.

En cambio, en América Latina, en general, si bien cuentan con leyes Chile, Uruguay, Perú y México, son de reciente data y no tienen una difusión significativa en cuanto a la cantidad de otorgamientos. En nuestro país si bien tienen recepción doctrinaria, legislativa y jurisprudencial, podríamos decir que se encuentran en un proceso incipiente de reconocimiento, faltando educación y difusión en la materia.

Menores de edad.

Un párrafo especial merece la situación de los niños niñas y adolescentes, personas vulnerables por definición y sometidas a la representación de sus padres en ejercicio de la responsabilidad parental y o en su defecto por tutores que se les nombren.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la ley 26.061, en la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que versen so-

[128] Vizcarra, Rodolfo. Diálogos sobre el acto de autoprotección Internacional. Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fé Segunda Circunscripción. Revista del Idei número 13 Año IX. pag.113 Editorial Astrea. Buenos Aires 2018. En el mismo el autor analiza el tema, los principios de derecho internacional privado aplicables, el derecho comparado y hasta presenta un modelo de escritura.

bre su vida o salud. Se reconoce al niño, niña o adolescente, como un ser autónomo y libre para elegir sobre su propia vida o salud, en definitiva, sobre su propio proyecto existencial
Ello es acorde con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño que en su art. 12 establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

El art. 26 del CCCN establece: "....La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo."

Alguna parte de la doctrina entiende que los menores de edad no pueden otorgar directivas anticipadas vinculantes.

Nadie puede negar que tienen derecho a expresar su opinión válidamente ante un notario. Igualmente numerosos congresos [129] y jornadas se han expresado en el sentido de otorgarles tal derecho al otorgamiento de directivas anticipadas de salud con carácter plenamente vinculante e inclusive está incluido en el anteproyecto de reformas[130] del CCCN.-

Personas con capacidad restringida.

En principio conservan sus derechos personalísimos para otorgar consentimiento informado y directivas de salud, al menos que sea uno de los actos restringidos en la sentencia de determinación de la capacidad.

---

[129] Conclusiones del tema 2. Congreso Internacional de Derechos de las Familias Niñez y adolescencia. Mendoza 9 y 10 de Agosto de 2018. Conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina. Buenos Aires 2016.

[130] Anteproyecto de reformas del CCCN elaborado por la comisión ad honoren nombrada por decreto 182/2018 presentada en septiembre de 2018.

CONSENTIMIENTO INFORMADO para el caso de TRHA PROTOCOLIZACION ART. 560.561[131] [132] [133]

Otra novedad que incluye el CCCN es la incorporación de las técnicas humanas de reproducción como una nueva fuente de la filiación, conjuntamente con la filiación por naturaleza y por adopción. Parte de la doctrina entiende que la fuente de la filiación es la VOLUNTAD PROCREACIONAL.

Se incorpora este nuevo concepto "**la voluntad procreacional**" que no es más que la decisión de tener un hijo utilizando las TRHA independientemente del material utilizado. "El CCCN la consagra de esta forma "Los nacidos por las TRHA son hijos de quién dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su **consentimiento previo, informado y libre** en los términos de los arts 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

Son inadmisibles las acciones de filiación: impugnación o reclamación por o contra quién prestó el consentimiento previo, informado y libre del art. 561 del CCCN.

El consentimiento prestado en el centro médico (documento sanitario) debe ser protocolizado ante escribano público o reconocido ante autoridad sanitaria e inscripto en el correspondiente Registro Civil, luego del nacimiento del niño, apuntando así a brindar seguridad jurídica y mayores garantías a los usuarios de estas técnicas, los así nacidos y los terceros. Sólo reunidos todos esos requisitos, la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento será fuente determinante de la filiación"

En nuestro país entonces se consagró una nueva incumbencia notarial la protocolización del consentimiento informado ante Escribano Público. También podría expresarse dicho consentimiento a través de una escritura pública, con sus ventajas de asesoramiento, fe pública y seguridad, guarda y conservación. El contenido puede ser más amplio que el mero consentimiento informado e incluir las decisiones bioéticas de la persona en relación a las técnicas a aplicar. Dicha intervención notarial otorga seguridad jurídica al emplazamiento filial y preserva los derechos de identidad de los niños nacidos por TRHA.

---

[131] Código Civil y Comercial Notarialmente comentado. Clusellas, Eduardo Gabriel. Editorial Astrea. Tomo II comentarios a art. 560 y 561.Editorial Astrea-Fen. Buenos Aires 2015.

[132] Spina; Marcela Viviana. Las Técnicas de Fecundación Humana Asistida como fuente de la Filiación" Una nueva incumbencia cercana a la bioética. Presentado en Tema V. Personas Humanas en 39 Jornada Notarial Bonaerense.

[133] Zito Fontan, Otilia- Spina, Marcela V. "Algo más sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El caso de la gestación por subrogación" En Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Número 982. Sep-Dic 2016 Número ,pag.657.- La Pl.ata, 2016

El tema de las técnicas de reproducción humana asistida es un tema de bioética y salud pública y cada Estado regulará la amplitud con que las admitirá. Las personas que padecen infertilidad son personas vulnerables y han sido consideradas en la doctrina de la CIDH como personas con discapacidad en "Artavia Murillo vs. Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012 y en su seguimiento, donde establece que es una especie de incapacidad indirecta la imposibilidad de tener hijos y la posibilidad de acceder a los métodos de fertilización, como un derecho fundamental. [134]

En nuestro país la aceptación de las técnicas es bastante amplia no incluyéndose la gestación por subrogación [135] y la fertilización post mortem[136], quedando en una posición abstencionista al no estar regulado que admitió planteos judiciales con favorable acogida.

Respecto de las TRHA utilizadas post mortem habría que reflexionar si es lo mismo continuar un tratamiento ya iniciado con embriones crioconservados que extraer material cadavérico. La única posibilidad de poder realizar una extracción o inseminación post mortem o post incapacidad o incompetencia es que la misma haya sido incluida en una directiva anticipada o testamento donde se haya ejercido expresamente dicho **derecho personalísimo,** otorgar un consentimiento informado que implique la voluntad procreacional.

El tema que nos ocupa es una nueva incumbencia para el notariado argentino, que como asesor privilegiado en temas de derecho de familias, puede colaborar en la redacción imparcial y con el plus de fe pública y seguridad jurídica, en consentimientos informados y convenios o

---

[134] La CIDH "Calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como "discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia". Que en la misma están involucrados los derechos a la intimidad personal, a formar una familia, al deseo de reproducirse y gozar los beneficios científicos, finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador". En sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica.

[135] Existen mas de 20 fallos que de una u otra forma la admiten.
Juzg. Fam. Nro 1 Mendoza.15/12/15. C.M.E y J.M.R s/ inscripción de nacimiento. AR/Jur/58729/2015.
Juzg. Fam. Nro.9 Bariloche 29/12/2015, Dato reservado.AR/JUR/78613/2015.
Juzg. Fam. Nro. 7 Lomas de Zamora 30/12/2015- H-M-y otro s/ medida precautoria del art 232 CPCC AR/JUR/ 78614/2015
Juzg. Nac. Civil Nro. 7 15/06/2016 A.R.C y otros c C.M.J s/ impugnación de filiación. Inédito.
Juzg. Nac Civ. Nro. 4 30/06/2016- S.T.A y otro s/ Inscripción de Nacimiento. Inédito.

[136] ST Rio Negro. M.J.A s/ autorización judicial s/ Casación. 26/2/2818. M.J.A s/ autorización 27/02/2018. S.T.J. Rio Negro. Tomo I Sent 5 15/30
T. Familia nro. 3. Morón 21/11/11.- "G.A.P" RDF, 2012-III-119, con nota de La Torre Nadia. Se admitió la utilización post mortem. El fallecido había dado su consentimiento y no lo revocó durante su enfermedad. Expte. 61878/2013 – "N. O. C. P. s/Autorización" - JUZGADO NACIONAL CIVIL Nº 87 – 05/05/2016 (Sentencia firme)

directivas anticipadas relacionadas con TRHA, todos ellos incluyen derechos personalísimos, decisiones autorreferentes involucradas en el plan de vida de las personas.

El tema está en pleno debate en los ámbitos judiciales, legislativos [137]y doctrinarios, siendo los casos más controvertidos: gestación por subrogación, TRHA post mortem, técnicas caseras y triple filiación; también fue tema de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense .Mar del Plata Noviembre 2015 - y la XXXII Jornada Notarial Argentina – Buenos Aires.Agosto 2016 – Congreso Internacional de Derecho de Familias, niñez y adolescencia. Mendoza. Agosto 2018 y debe continuar siendo de interés y estudio por el Notariado.

I.-1. 2. EXEQUIAS:

En el respeto de la dignidad de la persona humana el CCCN incluyó a las decisiones sobre las exequias y destino del cadáver, pudiendo decidir las formas de su sepelio e inhumación del cadáver y dar todo o parte con fines científicos o terapéuticos.[138]

Si no ha sido otorgada o presumida, la decisión corresponde al cónyuge, conviviente o parientes según el orden sucesorio, que no pueden dar al cadáver un destino diferente del que hubiere dado el difunto.

En cuanto a las decisiones personalísimas o autorreferentes sobre exequias o destino del cadáver no existe formalidad prevista, podrán integrar distintos tipos de documentos notariales, uno específico para expresar estas decisiones o estar incluidas en un acto de autoprotección o en un testamento.

I.-1.3. DIRECTIVAS EN PREVISION DE LA PROPIA INCAPACIDAD. DESIGNACION DE CURADOR O APOYO. PODERES PREVENTIVOS.

Enrolados en el nuevo paradigma de la discapacidad desde los derechos humanos, la necesidad de apoyo para el ejercicio de los derechos fundamentales, y la obligación de migrar de sistemas de sustitución de la voluntad a sistemas de toma de decisiones con apoyo, se impone

[137] Existen varios proyectos legislativos en Argentina, de regulación integral de las TRH, con fecha 31 de Agosto de 2016, se ha presentado un nuevo proyecto legislativo que trata exclusivamente sobre gestación por subrogación. 5759-D-2016 (31/08/2016), en cuya elaboración intervinieron investigadores del CONICET.

[138] El Art. 61 establece: La persona plenamente capaz puede manifestar su voluntad, por cualquier forma, y decidir las formas de su sepelio e inhumación del cadáver, dar todo o parte del cadáver con fines científicos o terapéuticos.

preguntarnos qué es un "apoyo". Según la Relatora Especial de la ONU, sobre los derechos de las personas con discapacidad, "Apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad. El apoyo a las personas con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica; y los servicios comunitarios. Las personas con discapacidad pueden precisar también apoyo para acceder a servicios generales de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios. Para la mayoría de las personas con discapacidad, el acceso a un apoyo de calidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás personas."[139]

La relatora concluye que las personas tienen que tener **"elección"** y **"control directo"** de, cómo y quiénes serán sus "apoyos" y como controlar los "apoyos" y también poder cambiarlos. Los Estados deben garantizar esta posibilidad de elección.[140]

Uno de los contenidos posibles de un acto de autoprotección es la elección de una o más personas de "su confianza" y de su "preferencia", para ejercer en caso de ser necesario, la función de apoyo y/o curador. O la exclusión de determinada persona para ejercer ese cargo y la expresión de sus motivos. Ya sea que este apoyo sea de una persona física de su confianza, de asistencia domiciliaria, de alguna institución pública o de servicios que preste el estado.

También es viable para cuando no haya otra opción que el inicio de los procesos judiciales de determinación de la capacidad, o para el diseño de las redes de apoyo informales que podrán colaborar con la persona en la toma de decisiones, sin necesidad de iniciar un proceso judicial. Y las formas previstas de supervisión de dichos apoyos, como el ejercido por otras personas de

---

[139] Informe de la Relatora Especial para los Derechos de las personas con discapacidad Catalina Devandas Aguilar a la 34 Asamblea General 2017.- En A/HRC/34/58

[140] Del informe de la Relatora de DPD ob. Cit. Los Estados deben diseñar arreglos y servicios de apoyo que den a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y ejercer el control de forma directa. A menudo, los servicios existentes incumplen esta norma. En muchos casos, las decisiones de los interesados pueden ser ignoradas por los profesionales y los familiares. Los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de planificar y dirigir su propio apoyo: quién lo presta y cómo lo hace, y si el apoyo se proporciona a través de servicios específicos para personas con discapacidad o de los servicios dirigidos al público en general. La denegación o la restricción de la capacidad jurídica, violación generalizada de los derechos humanos en el mundo, afecta directamente a la posibilidad de que las personas con discapacidad elijan y controlen el apoyo que reciben y contribuye a imponer servicios que atentan contra su dignidad y sus derechos.

su confianza o instituciones, obligaciones de rendir cuentas, o toda otra alternativa prevista en la directiva anticipada.

Esta posibilidad de designación de apoyo o del propio curador era un reclamo a voces de la doctrina nacional, en especial de la doctrina notarial argentina durante la vigencia del Código Civil anterior, que no preveía esta alternativa, y establecía una lista tasada de los parientes más cercanos a la persona con discapacidad, llamados a ejercer el rol de "curador" como la máxima expresión del sistema normativo de sustitución de la voluntad, con prescindencia de la voluntad del causante. Sin embargo, no había normas que prohibieran la designación del curador en previsión de la propia discapacidad; el notariado ya promovía y afirmaba la posibilidad de su nombramiento en una directiva anticipada o en un acto de autoprotección.
Con las modificaciones del régimen de capacidad jurídica incluidas en el nuevo CCCN, la capacidad se presume y sólo podrá restringirse en los casos previstos por la ley y por una sentencia judicial. La reforma tiene por objetivo cumplir la manda convencional de adaptar el sistema de capacidad jurídica a los principios emanados de la CDPD, en el sentido de abandonar los sistemas de sustitución de la voluntad por el de toma de decisiones con apoyo, siempre entendiendo que el ejercicio de la capacidad jurídica es un derecho humano.

El nuevo régimen establece: El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el ejercicio de la capacidad pueda resultar daño a su persona o sus bienes.

En relación a los actos restringidos debe nombrar "los apoyos" en función de las necesidades y circunstancia de la persona. Los apoyos deben promover la autonomía y favorecer la decisión que corresponda a las preferencias, voluntad y deseo de la persona protegida.[141]

En nuestro sistema, ante la declaración de capacidad restringida y de inhabilitación por prodigalidad se designa un asistente que es llamado "apoyo" y quedando sólo la denominación de CURADOR, para el caso excepcional de la declaración de incapacidad. [142] Los apoyos y curadores deben ser designados en la sentencia judicial.

---

[141] Fallo. MCE s/ restricción de la capacidad. 23/3/2016.- Cámara Nacional en lo Civil .Sala H. Restringir la capacidad del Sr. E. M. C. titular de D.N.I.M. ..., respecto de los actos de disposición de bienes dejándose constancia que para el ejercicio de los mismos requerirá el apoyo intenso de su hermano, Sr. N. H. M. a efectos de asegurar la toma de decisiones en tiempo y forma. Sin perjuicio de ello, arbitrando todos los medios adecuados se deberá —previamente— lograr la compresión del interesado para conocer su opinión, voluntad y deseos, siempre que ello no genere un perjuicio en la integridad de su patrimonio. Hágase saber al Sr. N. H. M. que firme la presente deberá aceptar el cargo ante la Sra. Secretaria el que le será discernido por acta, comprometiéndose a desempeñarlo conforme a derecho, rendir cuenta de su gestión y denunciar en autos el ingreso de bienes al patrimonio de Celso
AR/JUR/9543/2016

[142] Obsérvese la diferencia terminológica, con el sistema proyectado para el Código Civil español, que siempre el "apoyo nombrado judicialmente" es denominado curador.

La declaración de incapacidad y nombramiento de curador es el caso excepcional.

"Cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, el juez puede declarar la INCAPACIDAD y nombrar un CURADOR".[143]
Coherentemente con lo expuesto, el nuevo CCCN prevé el nombramiento de curador a través de una directiva anticipada.[144] Es la "autotutela" del régimen español, adoptada por la ley 41/2003, mediante la modificación de los art. 223 y 224 del Código Civil vigente; receptados asimismo en los proyectados art. 251 y 269 .-[145]

También los padres pueden nombrar curadores o apoyos para sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y en las formas que pueden nombrar tutor. La forma del nombramiento, por remisión al art 106, es la escritura pública.

"En caso de falta de previsión el Juez puede nombrar al cónyuge no separado, conviviente, hijos, padres o hermanos según quién tenga mayor aptitud. Teniendo en cuenta la idoneidad moral y económica".

El curador del incapaz en principio ejerce la tutela sobre los hijos menores de edad, a menos que el juez decida que la guarda otorgada a un tercero resulte más favorable.

---

[143] Art. 32 CCCN último párrafo.

[144] Art. 139.CCCN- "La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela."

[145] Anteproyecto de ley (2018) por el que se reforma la legislación en materia de discapacidad en estudio en el Congreso **Artículo 251.** Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.
Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante
Artículo 269: Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.
Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

El CCCN adopta el modelo social de la discapacidad y, siguiendo sus lineamientos, define, en el art. 43, a los apoyos como "cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general".

Respecto al apoyo judicial explicita que sus funciones son la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. Y reconoce que es "**al interesado a quien corresponde proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo**" poniendo en cabeza del magistrado evaluar los alcances de la designación y debiendo procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida así como establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo.

En el marco de un proceso de restricción a la capacidad el Juez debe designar a uno o más apoyos, quienes cumplirán las funciones que se especifiquen en la sentencia, bajo la pauta legalmente impuesta de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Uno y otro tipo de apoyo –sin y con representación (éste último denominado apoyo intenso en la terminología convencional o también apoyo extendido o generalizado)- se complementan y coexisten en numerosos fallos dictados en procesos de restricción a la capacidad en lo que podríamos denominar "sentencias de contenido mixto" La Justicia ha decidido en fallos recientes que el principio general es el "apoyo como asistencia", y en caso excepcional podrá decidir apoyo con representación para determinado acto.[146] El Juez no podría apartarse para la designación de la elección o negativa realizada con anterioridad por el otorgante.

La actuación del apoyo y/o curador debe responder al respeto de los derechos, deseos o preferencia de la persona, por más que no esté en condiciones de expresarlo. Para las personas mayores no rige el principio de interés superior, sino el de "dignidad del riesgo." Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.[147] [148] Y si no se pueden conocer los deseos y preferencias

[146] Expte. 5191/2013 - "M B E s/Determinación de la capacidad" – CNCIV – SALA I – 09/08/2016 (elDial.com - AA9B58) Con nota de Pagano, María Luz-

[147] 1 Observación General Nro. 1 sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 11 de abril de 2014, por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en castellano)

[148] Observación General Nro. 1 sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 11 de abril de 2014, por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en castellano)

habrá que interpretar de todas las formas posible la voluntad para determinar ese criterio,[149] y para esto también puede ser de utilidad las pautas expresadas en un acto de autoprotección y la redacción adecuada del mismo, para tratar de reproducir la "identidad de la persona" como guía de interpretación de los deseos y preferencias.

El sistema establecido en el ordenamiento argentino se complementa con la consulta que deben realizar los juzgados intervinientes en los procesos de determinación de la capacidad, al Registro de Actos de autoprotección, en forma previa al nombramiento de apoyos o curadores.[150] Por lo que el Juez no se podrá apartar de las decisiones tomadas por el otorgante, salvo decisión fundamentada.

El CCCN no se refiere a la posibilidad de excluir a determinada persona para ser apoyo y/o curador, pero de la inteligencia de sus disposiciones y los principios de interpretación también surge que ese podrá ser el contenido de un acto de autoprotección.

Los artículos 105, 106 y 138 del CCCN autorizan el nombramiento de una o más personas para ejercer la tutela y la curatela, por lo que se podrá nombrar en una directiva anticipada uno o más personas, con actuación alternada o indistinta o con funciones específicas.

Del juego armónico de los art. 60 y art. 139 del CCCN se podrán establecer también poderes preventivos en previsión de la propia incapacidad, conjuntamente con el nombramiento de apoyos y/o posibles curadores, así como instrucciones de cómo transitar períodos de capacidad restringida o incapacidad o falta de discernimiento y procedimientos de control.

El sistema se completa con la posibilidad de otorgar "los poderes preventivos", serán poderes otorgados; teniendo en cuenta la posibilidad de la discapacidad, pueden versar sobre uno o más asuntos, personales o patrimoniales. Su vigencia puede establecerse desde el otorgamiento y que continúe en caso de declaración de restricción de la capacidad o estar sujeta a la

---

[149] Del Informe mundial sobre Derecho a decidir. Inclusión Internacional. Universidad de East London. En www.inclusion-international.com

[150] Art. 814 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires. El nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del artículo 813. El Juez oficiará al registro de Actos de Autoprotección establecido en los artículos 184 bis y subsiguientes del Decreto Ley 9.020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación a la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución. Lea más: http://leyes-ar.com/codigo_procesal_civil_y_comercial_buenos_aires/814.htm

condición suspensiva de la restricción de la capacidad del mandante, evaluada en forma precisa.

Estos mandatos específicos en previsión de la futura incapacidad resultan una excepción a la extinción por causa de incapacidad sobreviviente del poder o del mandato (Art. 380 y 1329 CCCN); así lo considera la mayor parte de la doctrina, y surge de conclusiones de Jornadas y congresos; también se prevé en un proyecto de ley [151] y el anteproyecto de reformas del CCCN elaborado en 2018.

Téngase en cuenta que dentro de la competencia material de los notarios argentinos no se encuentra la Jurisdicción voluntaria, pero nada impide que como lo venimos sosteniendo, a través de recaudos y pautas que puedan elaborarse notarialmente, en una aplicación legal y convencional, la protección solicitada por la propia persona interesada, mínimamente será aplicable hasta que un Juez deba evaluarlas. De ser inevitable la apertura de un proceso judicial de determinación de la capacidad, el Juez deberá confirmarlas, ya que expresan la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y las elecciones y controles por ella previstos.

Con las herramientas propuestas, se pueden obtener soluciones más rápidas, sin necesidad de recurrir a la Justicia, similares a las recogidas con éxito en el derecho comparado como: la designación de un administrador o apoyo (administrazione di sostegno) de la ley italiana 6/ del 9/1/2004.[152] , asistente en Alemania, o consejero en el Estado de Quebec, o asistente en el Estado Columbia Británica, ambos de Canadá.

Más interesante aún nos parece la solución legislada en Perú, en la reciente modificación del régimen de capacidad civil que prevé el nombramiento de apoyo a través de escritura pública, con la posibilidad de optar por la vía judicial o jurisdicción voluntaria notarial para su discernimiento.

Las asociaciones civiles internacionales aconsejan evitar la curatela o tutela para tener acceso a servicios financieros, jurídicos o médicos. Pero advierten que la eliminación de la curatela o tutela plena, debe ir acompañada de una estrategia integral que incorpore a varios interesados para desarrollar los apoyos en la comunidad y crear redes de apoyo que cuenten con

[151] Existe también un proyecto específico de reformas del CCCN para incorporar más ampliamente y con esa denominación los actos de autoprotección. Proyecto de ley S. 3564/ 2018.- Y anteproyecto de reformas del CCCN Resolución 182/2108.

[152] Kemelmajer de Carlucci, Aida en Las voluntades anticipadas: una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas 1. Sep. 2007 **Cita:** MJ-DOC-4587-AR | MJD4587
Producto: SYD

reconocimiento en la legislación, salvaguardias adecuadas y procesos de desarrollo comunitario y de divulgación".[153]

A todo ello tienden las alternativas notariales que proponemos en el presente para otorgar la protección elegida por el interesado, y el sistema de control planificado por el mismo, en un marco de seguridad jurídica, que puede darse en el juego armónico de otorgamiento de directivas anticipadas y poderes preventivos.

I.-1.4. DIRECTIVAS ANTICIPADAS Y PERSONAS MAYORES.

El aumento de la expectativa de vida de los seres humanos puede llevar a que algunas personas mayores experimenten discapacidad en la medida en que avance su estadío etáreo. Pero en principio, la vejez no debe asimilarse a la discapacidad. La vejez sola no es igual a enfermedad o incapacidad. La ancianidad en sí misma no es causal de incapacidad para celebrar actos jurídicos familiares, como por ejemplo el matrimonio, el divorcio o la adopción.

Para las personas mayores rige la presunción de capacidad aún cuando se encuentren internadas, pero sin dudas se trata de personas vulnerables[154], protegidas especialmente como tales, en el art. 75 inc. 23 C.N.

Entendemos que los ancianos comparten con los niños, con las mujeres y con las personas con discapacidad la noción de VULNERABILIDAD, en tanto personas que necesitan cierto sistema de protección especial, para poder ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Respecto de este colectivo también se necesita una garantía de PRIORIDAD, que comprende atención preferencial e inmediata por los órganos públicos y privados, preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales públicas, asignación privilegiada de recursos públicos, prioridad en la atención por su familia, garantía de acceso a servicios de salud y de asistencia social locales.

Así lo expresa la CIDH en el primer fallo específico sobre personas mayores, en el que destacó la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. Además, la Corte determinó que la edad, es también una categoría protegida por la Convención Americana."[155]

---

[153] Informe Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre Derecho a decidir. Elaborado por inclusión Internacional. 2014.- University of East London. Website:inclusion-international.com

[154] FALLO sobre vulnerabilidad. Ancianos. Derechos de salida. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H.-13/08/2015 T., O. F. y otro c. L. V., S. y otro s/ medidas precautorias.- APJD 29/09/2015

[155] Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile resumen. El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

El riesgo que se presenta es encontrar un punto de equilibrio entre la sobreprotección (considerarlos inhábiles o incapaces) y la desprotección (afirmarlos plenamente capaces, sin alternativas puntuales de apoyo patrimonial o personal)[156] y fortalecerlos para que puedan ejercer su independencia y autonomía, en un marco de libertad a pesar de sus limitaciones en miras a la seguridad jurídica.

No todo adulto mayor, aún cuando tenga sus funciones debilitadas, requiere de intervención judicial, en estos casos podrá optar por un apoyo informal **elegido por el mismo** a medida que va reconociendo sus limitaciones y sus necesidades**.**[157]

La interseccionalidad puede agravar la vulnerabilidad de las PCD que además van envejeciendo o los deterioros de la edad son tan importantes que producen discapacidad,[158] la suma de ambos factores discapacidad y vejez, aumenta considerablemente los riesgos de restringir su capacidad jurídica, otorgarles tratamientos involuntarios o institucionalizarlos. En estas circunstancias, puede acudirse a un sistema de apoyos y salvaguardas previsto por la CDPD sin necesidad de incapacitar y reemplazar la voluntad del adulto mayor, mediante la complementación de un tercero.

El derecho comparado nos brinda algunas alternativas protectorias diferenciadas de las figuras de incapacitación curatela y tutela: Como la salvaguarda de justicia en Francia. La asistencia en Alemania a diferencia de la tutela, la asistencia no significa ninguna limitación para la capacidad de actuar, ni requiere que la persona padezca un estado patológico. El asistente puede ser nombrado a pedido de parte o de oficio. El alcance de la asistencia puede ser amplio o limitado a algún asunto y puede preverse para la atención de la persona, para el cuidado de los bienes o para ambos. No será necesario designar un asistente si con anterioridad la persona nombró un apoderado. Se aplica conjuntamente con los poderes preventivos. O el consejero de personas mayores en el Estado de Quebec o asistencia del Estado de Columbia Británica en Canadá. Cuya aplicación podría tener lugar en nuestro país a través del otorgamiento de voluntades anticipadas o actos de autoprotección.

Existe en nuestro país un proyecto de ley sobre el régimen jurídico del contrato de servicios residenciales gerontológicos[159], que establece que el consentimiento informado es un elemento esencial del

---

[156] Fernández, Silvia y Krebs, María G. LA MAYORIA DE EDAD EN EL FINAL DE LA VIDA en Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Grossman Cecilia directora. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. 31 de mayo de 2015,

[157] Fama María Victoria y Pagano, Luz María en "Salud Mental y Adultos Mayores "Capìtulo 5 en Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Grossman Cecilia directora. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. 31 de mayo de 2015.

[158] Este tema esta siendo objeto de análisis por la Relatora Especial de los Derechos de las Personas con discapacidad Catalina Devandas Aguilar y será objeto de informe en la próxima Asamblea General nro 74 en octubre de 2019.

[159] PL Régimen jurídico del contrato de servicios gerontológicos. Davobe, Isolina. Artículo 8°.- ACTOS DE AUTOPROTECCION Y PODERES PREVENTIVOS.- En el momento de su celebración, la prestadora debe informar a la contratante sobre su derecho a celebrar un acto de autoprotección en el

contrato de servicios residenciales gerontológicos y debe constituirse conforme a las disposiciones del CCCN, bajo pena de nulidad absoluta del contrato. Y dispone la necesidad de un acto de autoprotección que fije las pautas, los deseos y preferencias de la persona mayor y un poder preventivo.

La mayoría de las causas judiciales en los anales de jurisprudencia argentina relacionados con ancianos, se refieren a conflictos familiares por los bienes materiales o por no cumplimiento de los derechos de libertad en los ingresos y permanencias de residencias geriátricas.[160]

Las convenciones internacionales tienden a reconocer y a otorgarle carácter vinculante a las directivas anticipadas. La República Argentina suscribió la Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores, en junio de 2015, tendiente a promover proteger y garantizar el uso y goce de las libertades y los derechos humanos de las personas mayores. La misma fue aprobada por ley 27.360 del 31 de mayo de 2017. En esta Convención se establecen especialmente, el derecho a decidir su lugar de residencia, derechos a la salud: como el consentimiento informado, directivas anticipadas de salud, nombramiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, seguridad y protección contra abandono y malos tratos, trabajo, educación, recreación, esparcimiento y poder gozar de sus bienes.

Los actos de autoprotección o directivas anticipadas son una herramienta eficaz para una persona mayor que comienza a sentirse vulnerable para expresar decisiones bioéticas y planificar sus últimos años, con los más amplios y variados contenidos.

El notario es principalmente un asesor familiar que puede colaborar para que la persona mayor, organice **una verdadera ingeniería jurídica** para preservar sus derechos: Así proyecte sus decisiones en diferentes aspectos de su vida, con la intención de proteger sus *derechos de autonomía*, referidos básicamente a la vida y a la salud, a las libertades, a la igualdad y al uso y gozo de los bienes de su propiedad. Además, puede determinar cuáles de sus parientes prefiere para otorgar consentimientos informados o decisiones en salud, o a quiénes rechaza para el mismo. Y determinar las causas de dicha exclusión. O simplemente establecer, cual es la persona que más conoce o está más cerca de sus necesidades o preferencias y sentimientos, en la que depositaría su preferencia para el cuidado de su persona y de sus bienes, o para servirle de apoyo, en

---

cual queden establecidas de manera fehaciente sus directivas anticipadas en materia de salud, sobre sus asuntos patrimoniales o extrapatrimoniales. Conforme a la situación particular, también puede requerir un poder general o especial, en previsión de la futura discapacidad de la persona contratante. En cualquier caso, en esos instrumentos el contratante debe designar a una persona para que actúe en calidad de asistente, apoyo o representante legal, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Código Civil y Comercial. Los actos de autoprotección y los poderes preventivos serán revisados anual-mente, salvo que las partes establezcan una frecuencia de tiempo menor. Artículo 9°. INTERVENCION JUDICIAL. En caso de duda acerca de la competencia para la comprensión o toma de decisiones de la contratante, la prestadora deberá comunicar esta circunstancia a la persona designada en el acto de autoprotección, o requerir la intervención judicial.

[160] Fama María Victoria y Pagano, Luz María en "Salud Mental y Adultos Mayores" Ob. Cit.

caso de vulnerabilidad.[161] Claramente nombrar uno o más apoyos y para los casos más extremos un posible "curador", y formas de contralor o salvaguarda. Como también amplias declaraciones sobre su vida cotidiana: Si quiere permanecer viviendo en su casa, pero asistido por cuidadores, si quiere ingresar a una casa de larga estadía conocidas en nuestro medio como residencias geriátricas.[162] Cuál? en qué condiciones? Sólo o acompañado? O quiere mudarse a un barrio específico con gente de su generación y servicios especiales al modo de cohousing[163], si quiere recibir o no determinadas visitas o realizar salidas del establecimiento o poder retirarse voluntariamente. Determinar cuestiones vitales (personalísimas) como prácticas religiosas, mantenimiento de mascotas y sus costumbres (alimentación: vegetariano, vegano, etc. y cuidados habituales que hacen a su estilo y calidad de vida.

En fin organizar un régimen de protección ante la posibilidad de la discapacidad, determinar apoyos (una o más personas de su preferencia) y salvaguardas y alternativas a la institucionalización, y así asegurar su derecho a ser oído y proyectar su vida de acuerdo a su voluntad, sus deseos y sus preferencia a fin de mantener su autodeterminación, evitando recurrir a la Justicia. Y poder asegurar los derechos reconocidos en los principios de ONU **sobre el envejecimiento** de independencia, participación, cuidados, de autorrealización y de dignidad.

El asesoramiento y asistencia a los adultos mayores por parte del Notariado deberá ser integral. Abocándose a sus "**derechos personalísimos**" y también a sus **"derechos patrimoniales"** a través de actos habituales en nuestras notarías como donaciones, protegidas con usufructo gratuito y vitalicio y testamentos. O distintas figuras jurídicas que permiten la administración del patrimonio, para que proporcione una renta que brinde sustento económico al anciano o persona con discapacidad, para contrarrestar la escasez de recursos del sistema jubilatorio. Estas herramientas podrán ser diagramadas por él mismo o por sus familiares. Y pueden ser: los fideicomisos de administración, las rentas vitalicias o los créditos vitalicios con garantía hipotecaria o renta protegida a los que nos abocaremos en la presente investigación.

II. ACCESO EQUITATIVO A LA VIVIENDA DIGNA

Not. Salierno, Karina Vanesa

1. INTRODUCCION:
"La vivienda como derecho humano"

El derecho surge a consecuencia de la vida en comunidad de la persona, en tanto que una pluralidad de seres humanos en contacto tiene que resolver sus conflictos mediante un sistema

[161] Pierri, Paola y otros. "La Autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad". Rev. Not. 958 pag. 19.

[163] Cohousing: Como un producto inmobiliario para consumidores de cierta edad, un barrio o un edificio pensado como un producto senior, destinado para adultos mayores que brinde servicios adaptados para esa franja etaria. Se utiliza en Estados Unidos y algunos países de Europa. Y ya existen algunos proyectos en nuestro país.

de reglas de conducta. La familia es la célula básica de la organización de la sociedad y su aparición es consustancial al ser humano. La familia ha ido evolucionando, así como la sociedad, y lo siguen haciendo, ya que constituyen instituciones vivas que plantean al Derecho nuevos y múltiples interrogantes para articular jurídicamente las complejas relaciones que se tejen entre sus miembros. La protección integral de la familia encomendada al Derecho se despliega plenamente en la salvaguarda de la vivienda familiar, no sólo por el derecho en general a disfrutar de una vivienda digna, sino por ser el ámbito en donde la familia nace, se desarrolla, perece, se renueva y en general atraviesa vicisitudes propias de su devenir. Los derechos fundamentales de la persona confluyen en el derecho a una vivienda adecuada que no solamente hace referencia al derecho de toda persona de disponer de cuatro paredes y un techo donde encontrar refugio, sino que también implica acceder a un hogar y a una comunidad segura en las que pueda vivir en paz, con dignidad y salud física y mental. Es éste un ejemplo paradigmático de la interdependencia entre los diferentes derechos humanos, en tanto la vivienda aparece como escenario de la vida cotidiana, como medio de interacción. En ella se produce gran parte de la socialización, de la configuración de los roles sociales y de los valores culturales. Es también una unidad económica, un espacio de ocio o también de producción ya que puede ser utilizada como lugar de trabajo. Garantizar este derecho, por tanto, deviene esencial para proteger el derecho a la familia, a la no ingerencia en la vida privada, a la seguridad personal, a la salud y en definitiva, para asegurar el derecho a una vida digna.

El derecho a la vivienda germina como fundamental del hombre en distintos tratados internacionales de derechos humanos, se destaca y lo podemos apreciar en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 4, donde se estableció que la vivienda "tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales".

La Comisión de Asentamientos Humanos y de la Estrategia Mundial de la Vivienda, en su párrafo 5 estableció: "el concepto de vivienda adecuada significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General Nº 4, ha señalado que: "el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. **Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte**". Asimismo, se vincula el derecho a la vivienda con el derecho a la salud, ya que por vivienda se debe entender vivienda "habitable", que es la que suministra a sus habitantes un espacio que los resguarde de las inclemencias metereológicas, las fallas estructurales y en general de los focos de enfermedad.

Los pronunciamientos judiciales han ido perfilando los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales[164]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado que "no compete a la Corte Suprema valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado. Pero como intérprete final de principios de rango constitucional le incumbe velar, en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

Puede advertirse claramente en la historia del derecho, como desde la responsabilidad civil sancionada "*in corpore aflictio*" en el derecho romano que preveía que el deudor incumplidor pasaba a ser propiedad de su acreedor, y éste podía disponer libremente de su persona, encadenarlo, matarlo, hacerlo esclavo o venderlo como tal, hasta nuestros días, el avance científico jurídico ha sido notable. En el "nexum romano165" el deudor se vendía a si mismo como garantía del cumplimiento de la obligación. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor o nuncupatio, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una damnatio, esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba al empleado de la "manus injectio" contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado (corpus) estaba comprometida y respondía del pago de la deuda. Por el "nexum" se establecía un vínculo físico que posibilitaba al acreedor ejercer la "manus injectio", poniendo mano sobre la persona del deudor en caso de incumplimiento, sin hacer uso de las acciones declarativas para lograr una sentencia condenatoria, en el sistema de las "*legis acciones*". Mientras tanto, quedaba en un estado de prisión redimible.

Sin embargo, hay discusiones sobre qué comprendía el "nexum". En la nota 180 del Libro III de las Institutas de Gayo, se dice que para Manius Manilius comprendía cualquier acto que se celebrara "*per aes et libram*", en cambio para Scaevola se refería al acto que daba nacimiento a la obligación diferenciado de la "mancipatio". La mayoría está de acuerdo en que debía distinguirse en el "nexum"; por un lado el convenio entre las partes, que hacía nacer la obligación, y por otro lado, el vínculo, que era la atadura física que se generaba con el "nexum".

---

[164] PLOVANICH, María Cristina, "La persona humana y la protección de los derechos de la vivienda" Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, Julio 2017. Nº 80, p.61. ISSN 1851-1201.

[165] El "nexum" (del latín "nectere", cuyo significado era atarse o ligarse) fue una antigua forma de constituir el vínculo obligacional en el Derecho Romano, que requería la pronunciación de palabras solemnes, mediante formalidades similares a las de la "mancipatio" (por el cobre y la balanza), por el cual el deudor se automancipaba, sometiéndose a la potestas de su acreedor. Los contratos verbales que se encuentran en la historia del derecho romano son varios: el *nexum*, la *stipulatio*, la *dotis dictio*. Sin embargo, el primero cayó en desuso desde el siglo V de Roma, siendo una institución antigua y desconocida en el derecho justinianeo; el último cedió el paso a la constitución dotal por *pactio* o *pollicitatio*; el segundo continuó en el derecho justinianeo, siendo la forma más común de convenirse gran número de relaciones obligatorias.

Las víctimas de esta ligadura física, fuente terrible de violencia e injusticias eran fundamentalmente los plebeyos que por su estado de pobreza debían contraer deuda con los patricios. En el año 326 a. C. producto de una conmoción social se promulgó la ley Poetelia Papiria[166] que abolió el "nexum" en firma indirecta, pues declaró a libertad de todos los "nexi", prohibió el encarcelamiento de los deudores, que se los pudiera vender o matar, estableciendo que los deudores a partir de entonces, responderían con sus patrimonios. Livio (VII, 28) nos cuenta que después de la ley Petellia los que eran adjudicados por la vía ordinaria a sus propios acreedores, no podían ser cargados de cadenas: "*iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compendibus aut in nervo toneretur: pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*"[167].

En verdad, ya dos siglos antes, en la Antigua Grecia, se había consagrado un principio similar evitando que el deudor respondiera con su cuerpo frente al incumplimiento de sus obligaciones. Se sabe por los testimonios preservados que, ya en el siglo VI a C, el legislador Solón (638-558 a. C.) liberó la persona del deudor del cumplimiento de las obligaciones, aboliendo la esclavitud por deudas. La reforma legislativa produjo un profundo cambio en materia de garantías en cuanto favoreció en Atenas el desarrollo conceptual del patrimonio como prenda común de los acreedores. El sujeto en materia civil solo responderá con su patrimonio por la obligación incumplida.

Partiendo así del sistema de la responsabilidad patrimonial, que determina que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, podemos advertir una evolución legislativa y jurisprudencial, cuando se hace una especial contemplación de las cosas concretas que integran ese patrimonio, y la necesidad de apartar aquellas que son indispensables para la vida, el trabajo y la familia constituyendo un patrimonio mínimo y básico para transitar la naturaleza humana.

El patrimonio es concebido económicamente como el conjunto de bienes de una persona, constituye una universalidad jurídica de sus derechos reales y personales, bajo la relación de un valor pecuniario. Presenta unidad de masa, y unidad de gestión, tratada unitariamente por el ordenamiento jurídico, sometida a su titular para satisfacer la perspectiva del bien individual, pero simultáneamente es garantía común de los acreedores a fin de posibilitar la satisfacción de sus créditos en orden al bien común. La regla es que todos los bienes que componen el patrimonio del deudor son pasibles de ejecución por sus acreedores, a los fines de percibir sus créditos. Sin embargo, la ley establece, en supuestos excepcionales, la inembargabilidad de ciertos bienes, los cuales quedan excluidos de la garantía común en resguardo de las necesi-

[166] PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" Ed. Araujo, Bs. As. 1943, dice refiriéndose a la ley poetelia que, "Declaró libres a los ciudadanos que eran nexi en el momento de su promulgación, prohibió que en lo sucesivo se encadenara a los deudores, y decidió que éstos no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes.

[167] Instituciones de Derecho romano | Libro tercero, De las obligaciones | Felipe Serafini, págs. 123 - 126

dades mínimas del deudor y su familia. Las limitaciones surgen del sujeto o del objeto de la obligación

La vivienda como instituto susceptible de tutela constitucional lo encontramos mencionado en las Bases de Alberdi (capítulo XI), y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, también de Alberdi; donde transcribe el art. 9 de la sección 15 de la Constitución de California de 1849, que dice: ***"Para completar la santidad de la familia (semillero del Estado y de la República, medio único y fecundo de población y de regeneración social) la legislatura protegerá por ley cierta porción del hogar doméstico y otros bienes de toda cabeza de familia, a fin de evitar su venta forzosa".***

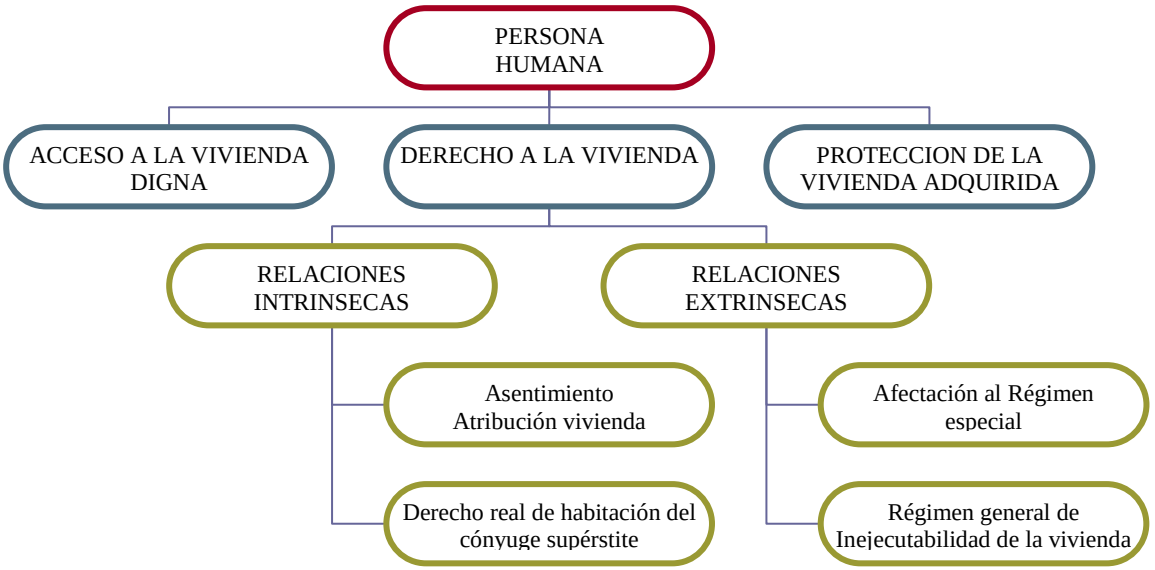
La primera consagración de este derecho, a nivel nacional se produce con la Constitución de 1949 y luego de su derogación, queda incorporado al artículo 14 bis en la reforma de 1957, en el último párrafo encontramos la referencia: "(…) la ley establecerá (…) el acceso a una vivienda digna". La reforma constitucional de 1994, al incorporar los tratados internacionales a nuestra pirámide jurídica, enriquece la conceptualización y agrega principios jurídicos para su interpretación. En directa referencia al derecho a la vivienda, el art. 75 inc. 22, de la CN, incorpora cinco tratados que lo mencionan expresamente y le dan un marco más amplio de desarrollo normativo.

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental que integra la nómina de los llamados "derechos económicos, sociales y culturales", es decir aquellos que, a diferencia de los clásicos derecho decimonónicos, requieren una prestación o actividad positiva del Estado, y se debe analizar desde dos puntos de partida, uno que tiene que ver con el derecho público, es decir toda aquella normativa que coadyuva al cumplimiento del mandato constitucional y que tiene que ver con las políticas públicas y los mecanismos que utiliza el estado para garantizar el acceso a la vivienda y el segundo que tiene que ver con el régimen del derecho privado que se instala para proteger la vivienda adquirida. Ambos puntos de partida se conectan y se vinculan en función de su norte tuitivo, pero conforman dos objetos de tutela distintos con normas especiales para cada uno[168]. Mientras que un derecho apunta a la protección de la familia en relación a su propiedad privada y su protección sobre un bien (considerado como "de familia" y por ende susceptible de resguardo) otro busca garantizar el espacio habitacional de la persona con ciertas características mínimas, quien puede a su vez optar por constituir una familia o no.

La protección de la vivienda adquirida recibe en nuestro ordenamiento jurídico un tratamiento tuitivo específico también desde dos planos: uno referido a las relaciones intrínsecas de los miembros de la familia entre sí canalizada a través del asentimiento conyugal o convivencial, la atribución de la vivienda luego del divorcio o la ruptura de la convivencia, la incidencia de la vivienda como pauta para la fijación de la cuota alimentaría durante la

[168] CAO, Christian Alberto, "¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial de la nación, RCCyC, 2015 (agosto), 17/08/2015, 297. AR/DOC/2601/2015

convivencia y la separación, para la fijación de la compensación económica, etc. y el otro representado por las relaciones extrínsecas de los miembros de la familia frente a los terceros, cristalizado a través del régimen especial de afectación a vivienda, la indivisión hereditaria dispuesta por el causante, el derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite, entre otros.



3. NORMATIVA INTERNACIONAL

"*El plexo normativo consagrado en el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional, no constituye un conjunto de normas consagratorias de meros principios teóricos, sino que se encuentran dirigidas a situaciones de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, pudiendo tales derechos ser invocados, ejercidos y amparados sin requerir el pronunciamiento expreso legislativo de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerles surtir sus plenos efectos*[169]"

Entre los fundamentos del Anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación se lee: "La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

[169] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/7/1992, autos "Ekmekdjian v. Sofovich", LL 1992-C-540; ED 148-338.

El derecho internacional desarrolló ampliamente el concepto de derecho humano a la vivienda, entendido como el derecho de toda persona humana a un nivel de vida adecuado, previsto en varios instrumentos que conforman el "corpus juris"[170] internacional:

La Declaración Universal de los derechos humanos, formulada en París el 10/12/48, por la Asamblea General de las Naciones Unidad, que dispone "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado (Art. 16); "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la **vivienda**, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"(Art.25)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948); que afirma: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener **la dignidad de las persona y del hogar**". 3. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1969, aprobada por ley 23.054 de 1984), que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado (Art.17)

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York, 19 de diciembre de 1966 y ratificado por Ley 23.313 que declara "los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuada para si y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados** y a una mejora continua de las condiciones de existencia" (Art.11.1).

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de **discriminación** racial, suscripta en Nueva York el 13 de julio de 1967 y ratificada por 34 ley 17.722, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el **derecho a la vivienda** (Art.5, Inc. e, III).

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de **discriminación** contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por ley 23.179 de 1985, que consagra especialmente, para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar en condiciones de vida adecuada, particularmente en las esferas de la **vivienda**, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (Art.14, Inc. h).

---

[170] La expresión corpus juris de los derechos humanos en un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional, desarrollado en la Opinión Consultiva OC-16/199 donde la Corte manifestó que "El corpus juiris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)" (párr. 115).

La Convención de los Derechos del Niño, de cuyo contexto general se deriva que todos los derechos acordados parten del presupuesto de la garantía de un **hábitat** donde desarrollarse.

En la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se establece un mecanismo de seguimiento, observación y supervisión del cumplimiento de sus obligaciones por los Estados parte. Para cumplir con estas funciones, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas dispuso, mediante la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, la creación de un comité de expertos independientes. Este comité interpreta las disposiciones del Pacto, con carácter general, a través de Observaciones Generales. Se han dictado 21 Observaciones, de las cuales tres, están directamente relacionadas con el derecho a la vivienda. El valor e interpretación de las observaciones es fundamental para los jueces que deben establecer cuál es el contenido mínimo del derecho a la vivienda. La Observación General número 3, punto 10, establece que "(...) los Estados deben asegurar un piso mínimo de satisfacción de los derechos que deben tutelar".

En este sentido tuvo oportunidad de expedirse el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso "Alba Quintana"[171]. El Pacto asimismo consagra el "principio de progresividad" entendido como la medición continua de la mejora de las condiciones de vivienda. Este principio también marca un desafío para el órgano jurisdiccional al momento de dilucidar conflictos de acceso a la vivienda. Este principio no es de resultados sino normativo, es decir que mide el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 28 establece: Nivel de vida adecuado y protección social: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

> a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;
>
> b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;

[171] "TSJ CABA, 12/05/2010, "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido".

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;

d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;

e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Asimismo la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, contempla este tema en el artículo 24: Derecho a la vivienda. La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades.

Los Estados Parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propia vivienda. Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener en cuenta:

a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad.

b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte.

Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales.

Los Estados Parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor.

La naturaleza positiva que asume el derecho a la vivienda implica preguntarnos también por los recursos presupuestarios destinados a solventarlo.

4. LA POLITICA HABITACIONAL

Las intervenciones del Estado en materia de política habitacional variaron a lo largo del tiempo debido a diferentes razones, entre ellas, la conceptualización teórica sobre la vivienda social en los ámbitos políticos y académicos nacionales e internacionales en cada período. Hasta los años 90, la política habitacional argentina, no se ocupó debidamente de las necesidades de los sectores sociales afectados por la pobreza, pero la agudización de este problema, exigió modificar los paradigmas de intervención[172]. Se estudia y analiza el concepto de política habitacional integral como un concepto que incluye todas las condiciones físico-materiales que hacen a la unidad habitacional y su articulación al espacio urbano circundante, como las atinentes a la integración económica, social y cultural de sus habitantes.

Asimismo se entiende que es adecuada cuando estas condiciones permiten que sus habitantes cuenten con: a) Una unidad habitacional adecuada; b) Accesibilidad física a la misma y accesibilidad a las distintas áreas de trabajo, abastecimiento, ocio, espacios verdes, equipamiento educativos, de salud, etc.; c) Una localización saneada, urbanizada, libre de riesgos, dotada de los servicios públicos esenciales (transporte, seguridad, alumbrado, recolección de residuos); espacios públicos confortables; d) Solvencia y estabilidad económica para asumir los costos de los servicios domiciliarios y mantener, mejorar y trasformar la unidad habitacional de acuerdo a las necesidades cambiantes del hogar en el tiempo; ye) Los recursos y condiciones económicas y sociales para disfrutar, usar y acceder a los bienes y servicios que ofrece la vida social.

Estos son los objetivos que toda política habitacional de un Estado debería perseguir dentro del contexto internacional que protege la vivienda integral. Así vemos como los intentos no logran cumplir con los objetivos plasmados.

La emergencia habitacional ocupa hoy la agenda social mundial haciendo visible la fractura entre las necesidades sociales y las respuestas habitacionales, mostrando la insuficiencia de las acciones aún después de una década en la que las políticas públicas duplicaran el esfuerzo nacional en la cuestión[173].

---

[172] BARRETO, Miguel Ángel y ALCALA, Laura Inés. "El concepto de vivienda en el marco de una Política Habitacional Integral" Comunicaciones Científicas y Tecnológicas. Universidad Nacional del Nordeste.

[173] RODULFO, María Beatriz, BOSELLI, Teresa "Política habitacional en Argentina y desigualdades Territoriales".

En la actualidad vemos un doble problema que subyace en la política habitacional, el primero es la insuficiencia cualitativa de los espacios habitacionales que ofrece el Estado, y el futuro conflicto cualitativo que representará la multiplicidad de emprendimientos inmobiliarios que se están desarrollando en numerosos sectores de nuestro país, que no cuentan con los correspondientes análisis de impacto socio ambiental.

La política habitacional se rige por los siguientes principios:

1. Usar racionalmente el suelo y preservar la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales y regionales de la comunidad.

2. Impedir la especulación.

3. Asistir a las familias sin recursos para facilitar su acceso a la "vivienda propia".

4.1. Evolución de la situación habitacional Argentina 2001-2010[174]

Este informe sobre la evolución de la situación habitacional de la Dirección Nacional de Políticas Habitacionales del FONAVI, fue elaborado por la Lic. Malka Hancevich y la Lic. Nora Steinbrun bajo la supervisión de la Directora Nacional de Políticas Habitacionales Lic. Lydia Mabel Martínez de Jiménez.

El informe indica que el Censo de Población Hogares y Viviendas 2010 arrojó una población total de 40.117.096 de habitantes, y una densidad promedio de 10.7 habitantes por km2. Estas cifras representan respecto al censo 2001 un aumento cercano al 10% tanto de población como en densidad.

Las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz y Chubut, si bien son provincias pequeñas en cuanto a habitantes, registran un importante crecimiento poblacional, con una variación superior al 20% sobre el año 2001. Por su parte, la Ciudad de Buenos Aires presenta el más bajo crecimiento porcentual en el período intercensal, pero revierte su tendencia de decrecimiento observada durante el período 1991-2001. Considerando la distribución en el territorio según la división política del país, la mayor concentración de la población se sitúa en la provincia de Buenos Aires (38,9%), seguido por las provincias de Córdoba, Santa Fe y Ciudad de Buenos Aires. Se observa en los 24 partidos del Gran Buenos Aires el mayor crecimiento intercensal en términos absolutos (1.225.845 personas). Asimismo, el 31, 9% de la población

[174] Fuente: MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS, SUBSECRETARIA DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA, DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICAS, HABITACIONALES.

habita en la región metropolitana conformada por los 24 partidos del Gran Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Esta región es la más densamente poblada, con 2.694,8 habitantes por km2 en el caso de los 24 partidos y 14.450,8 hab. /km2 en el de la Ciudad.

En cuanto a los hogares que conforman esta población, existen al año 2010 un total de 12.171.675 hogares que habitan en 11.317.507 viviendas particulares. Estos guarismos, implican un aumento considerable de hogares respecto a 2001. A partir de los datos estadísticos publicados del Censo 2010, se ha considerado en este informe aquellos que permiten caracterizar las viviendas que habitan los hogares, a fin de determinar el estado de situación y las necesidades habitacionales de la población. Como síntesis general de la evolución 2001-2010 puede mencionarse que ha habido un crecimiento poblacional del 10,6%, con mayor proporción de hogares que comparten su vivienda pero de menor tamaño promedio. A su vez, en el análisis de la calidad de la vivienda, se ha observado un aumento de tipos de vivienda que favorecen la mayor seguridad residencial. Acompañando esta tendencia, se verifica que un mayor porcentaje de viviendas cuentan con acceso a agua segura y un sistema de desagüe adecuado que facilite el saneamiento, y por ende, la salubridad de la población. En cuanto al estudio por provincias, es de destacar la magnitud de la complejidad en los 24 partidos del Gran Buenos Aires, ya que representan el 24,7% de la población total del país, con importantes carencias para que la vivienda garantice condiciones básicas de habitabilidad a los hogares.

En el mismo sentido, surge que, pese a la evolución favorable de los indicadores de calidad habitacional y extensión de redes de servicios en la última década, aun subsisten situaciones deficitarias de gran relevancia respecto al conjunto de aspectos analizados, principalmente en las provincias de Chaco, Formosa, Corrientes, Santiago del Estero, Misiones, Tucumán, Salta y Jujuy, todas pertenecientes a la región norte. A partir de estos diagnósticos, se reafirma la necesidad de continuar interviniendo a través de la política pública, focalizando las necesidades de la población, y ampliando las líneas de acción que contemplen soluciones habitacionales, ya sea a través de mejoramientos en las viviendas, extensión de redes de servicios, o construcción de viviendas para atender al creciente número de hogares.

4.2 Ley 14.449 de la Provincia de Buenos Aires: "Ley de Acceso Justo al Hábitat" (modificada por las Leyes 14875 y 14939).

Art. 15: Parámetros de calidad: La vivienda y el hábitat dignos se definen según los siguientes parámetros de calidad:

> a) La localización de los proyectos habitacionales tendrá en cuenta criterios de densificación, consolidación y completamiento de las áreas urbanas, favoreciendo el apro-

vechamiento racional de las inversiones en equipamientos y redes de servicios, la integración socio-espacial, la mixtura de usos y actividades y la riqueza y complejidad de la vida urbana. De tal forma, para su emplazamiento se priorizarán las siguientes condiciones:

I. La cercanía a las áreas de centralidad.
II. Las facilidades de accesibilidad y conectividad.
III. El nivel de consolidación urbana.
IV. La cobertura de servicios y equipamientos urbanos básicos.

b) Los niveles de habitabilidad de la vivienda en función de su calidad constructiva, de sus parámetros de ventilación e iluminación y de sus posibilidades de crecimiento progresivo y adaptabilidad al desarrollo futuro.

c) La calidad en el tratamiento del espacio público y la integración a las áreas circundantes.

d) Los niveles básicos de cobertura de la infraestructura, de los servicios, del equipamiento social y de accesibilidad del transporte público.

e) El diseño edilicio bajo pautas de eficiencia y ahorro energético según los parámetros de la Ley 13059 con sus modificatorias y reglamentaciones o las normas legales que en el futuro las modifiquen o reemplacen.

f) El respeto a las normas de diseño sobre accesibilidad para personas con necesidades especiales.

Artículo 16: Directrices Generales. Las políticas de vivienda y hábitat son una función y responsabilidad pública y, por lo tanto, deben garantizar la defensa de derechos colectivos por aplicación del principio de la función social de la propiedad. Los planes, estrategias, programas, operatorias, proyectos y normas que conforman dichas políticas se rigen por las siguientes directrices generales:

a) Promoción de la justa distribución de las cargas y de los beneficios generados por el proceso de urbanización.

b) Fortalecimiento de la regulación pública sobre el suelo urbano con la finalidad de desalentar prácticas especulativas, utilizando instrumentos de recuperación y redistribución social de la valorización de los inmuebles.

c) Diseño e implementación de un abordaje integral mediante acciones que vinculen solidariamente instrumentos urbanísticos, herramientas de gestión del suelo y operatorias de urbanización y vivienda.

d) Fomento de la participación permanente de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad tanto en las etapas de formulación y de ejecución, como en las de evaluación y seguimiento.

e) Impulso a la integración socio-urbanística y a la regularización de la tenencia de la tierra en villas y asentamientos precarios con la finalidad de hacer efectiva la incorporación de la propiedad del suelo como un derecho de los habitantes.

f) Diversificación y promoción de la pluralidad de las respuestas, en atención a las diferentes demandas y posibilidades de acceso a distintas soluciones habitacionales de los diversos grupos sociales.

g) Incorporación y revalorización de las experiencias organizativas y las prácticas de los sectores populares, estimulando los procesos de autogestión del hábitat a través del cooperativismo y de otras formas asociativas, apoyando la investigación, experimentación y desarrollo de tecnologías apropiadas a dichos procesos.

h) Evaluación constante de las políticas y acciones implementadas, analizando periódicamente su impacto.

El déficit habitacional en la provincia de Buenos Aires es una realidad que afecta a miles de hogares y tiene como principal causa la falta de acceso al suelo de calidad. Durante el siglo XX hasta la promulgación del decreto ley 8912/77- Ley de Uso de Suelos y Ordenamiento Territorial de la provincia de Buenos Aires, los fraccionamientos sin servicios fueron legales y conformaron un de los principales mecanismos de acceso al suelo para los sectores populares. Es a partir de su entrada en vigencia que se fijó la prohibición de la venta de lotes sin infraestructura, todo lo que trajo como correlato el encarecimiento de los costos de producción de la tierra urbana, reduciendo la oferta y significativamente subiendo el precio de la tierra[175].

La persistencia de condiciones habitacionales precarias junto con la consolidación de villas y asentamientos, aún en los contextos económicos favorables, dan cuenta del carácter no coyuntural y transitorio de estas manifestaciones. Se suma a ello en el plano provincial un conjunto de piezas normativas que se caracterizan por su desarticulación y focalización en cuestiones parciales.

Por último, cabe señalar que el estudio de la situación habitacional de los hogares y su evolución, se verá enriquecido en la medida que se cuente con la totalidad de los aspectos a considerar para realizar una caracterización integral. La misma deberá contemplar tanto atributos y características de la vivienda, como condición de ocupación por parte de los

[175] SCATOLINI, Luciano, Hábitat, hacia un nuevo paradigma urbano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, República Argentina.

hogares, en relación al espacio que disponen y el grado de privacidad dentro de la vivienda, como también la consolidación del entorno donde se emplaza la misma.

El análisis cualitativo se impone si el objetivo es llegar a una política habitacional integral. La política habitacional Argentina no ha logrado ofrecer alternativas de desarrollo urbano y económico adecuado a la población de bajos ingresos, ni a corto ni a largo plazo. A corto plazo, las instituciones otorgan créditos a trabajadores con empleos formales y los acomodan en conjuntos residenciales de vivienda social, sin embargo, dejan de atender a una gran cantidad de demanda de vivienda por no reunir los requisitos mínimos por estar esencialmente fuera del sistema laboral. A largo plazo estas viviendas sociales no cumplen con el objetivo de vivienda integral, por no cumplir con los estándares socio ambientales, básicamente se descuida el entorno ya que no existen herramientas efectivas para identificar y promover las ventajas comparativas de cada lugar, que ayude a crear un ambiente donde existan más opciones económicas para todos los habitantes. **Básicamente nos falta asumir el déficit de políticas sólidas y comprometidas a largo plazo para lograr una economía social responsable.**

4.3 Informe de la Organización TECHO Argentina[176] respecto a las cuestiones más relevantes vinculadas con el acceso al hábitat, la pobreza y los asentamientos.

En cuanto a la situación social, los últimos números del INDEC (1er semestre 2017) dan cuenta de una mejora en los indicadores de pobreza respecto al 2016 (del 32,2% al 28,6%) pero de un sostenimiento en la indigencia (6,3% al 6,2%) a nivel nacional. Cuando vamos a la desagregación de estos números observamos con mucha preocupación la situación del Gran Buenos Aires, Corrientes y Santiago del Estero, donde los niveles de indigencia son del 8,2% 9,3% y 13% respectivamente. Cabe recordar que estar por debajo de la línea de indigencia significa no contar con los ingresos suficientes para "cubrir una canasta de alimentos capaz de satisfacer el umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas". En otras palabras, este gran porcentaje de la población no tiene lo mínimo necesario para alimentarse adecuadamente. En este contexto, organizaciones sociales plantearon la necesidad de sancionar la Emergencia Alimentaria, sin conseguir tratamiento en el Congreso de la Nación. En este sentido, vale

[176] En 1997 un grupo de jóvenes comenzó a trabajar por el sueño de superar la situación de pobreza en la que vivían millones de personas. El sentido de urgencia en los asentamientos los movilizó masivamente a construir viviendas de emergencia en conjunto con las familias que vivían en condiciones inaceptables y a volcar su energía en busca de soluciones concretas a las problemáticas que las comunidades afrontaban cada día. Esta iniciativa se convirtió en un desafío institucional que hoy se comparte en todo el continente. Desde sus inicios en Chile, seguido por El Salvador y Perú, la organización emprendió su expansión bajo el nombre "Un Techo para mi País". Luego de 20 años de trabajo, TECHO mantiene operación en 19 países de Latinoamérica y el Caribe: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Además, cuenta con una oficina en Estados Unidos.

destacar la Ley de Emergencia Social sancionada a fines de 2016 con una implementación lenta y errante.

Un hito muy importante fue el reconocimiento por parte del Gobierno Nacional a través del Decreto 358/17 de la existencia de más de 4300 barrios populares, en un trabajo en conjunto con las organizaciones sociales con trabajo territorial. El mismo decreto estableció el otorgamiento de un Certificado de Vivienda para las familias relevadas. Ambas medidas constituyen un avance relevante y una oportunidad histórica para plantear un proceso de regularización de gran parte de los asentamientos, con enfoque en la integración de los mismos, entendiendo las ventajas sociales del acceso igualitario a derechos básicos, las bases de una sociedad justa.

En contraposición a esta medida, observamos con preocupación una política activa de venta de tierra pública, sin una visión clara de la sustentabilidad de estas medidas en el mediano y largo plazo. Consideramos que es necesario, entre otras cosas, que se modifique el proceso actual y que se incluya la obligación de que estas operaciones sean aprobadas por el Congreso de la Nación.

A nivel nacional, se estableció el ***Plan Nacional de Vivienda y Hábitat****, donde según la información disponible, se están haciendo intervenciones (sin especificaciones de tipo de obra) en alrededor de 350 barrios del país. El aumento en la inversión pública es significativo y vale destacarlo. Sin embargo, en perspectiva de los 4300 asentamientos relevados, no es ni será suficiente para resolver el problema de fondo, lo que requerirá políticas más profundas e integrales y cambios de reglas de juego. Es por eso que insistimos en resaltar la ausencia de la temática del mercado del suelo y su efectiva regulación en este Plan.* ***No hay ciudad o país en el mundo que tenga resuelto el tema del hábitat que no regule de manera efectiva el mercado del suelo.***

Parte de la agenda de medios en temas de hábitat se concentró en los grandes proyectos de urbanización que se están llevando a cabo en la Ciudad de Buenos Aires. Destacando la decisión política de avanzar en esta dirección, planteando una mirada de integración social y urbana para los barrios, identificamos la necesidad de participación real en el diseño por parte de los vecinos y vecinas, entendiendo que son ellos quienes vienen construyendo sus barrios y lo seguirán haciendo. En esta misma línea, también destacamos falta de información pública de calidad en lo que respecta al avance de estos procesos, que permita a las organizaciones monitorear el estado de situación. Por último, merece nuestra atención la falta de participación de las organizaciones sociales expertas en hábitat para la ponderación y selección de los mismos.

En cuanto al Congreso de la Nación, sostenemos que su funcionamiento fue limitado. Como viene pasando año tras año, quedan afuera de la agenda legislativa proyectos importantes para la temática. En algunas sesiones se aprobaron proyectos vinculados sobre todo al mercado de créditos y a cuestiones vinculadas a la contratación de obras de vivienda social. El proyecto de ley con media sanción de Diputados referido a Regularización Dominial perdió estado parlamentario en el Senado. También quedó sin tratamiento el proyecto de ley de Alquileres que tuvo dictamen en la comisión de Legislación General y contaba con acuerdos para ser aprobada. Un hecho a destacar fue la aprobación por unanimidad de

la prórroga de la Ley 26160, que permite encarar definitivamente el relevamiento de tierras de las comunidades originarias. Esperamos que en 2019 se concrete este trabajo y se avance en políticas de fondo.

Por otro lado, seguimos viendo con preocupación la situación respecto a los desalojos. En todos los casos observados resaltamos, por un lado, la falta de cumplimiento de los protocolos establecidos a nivel internacional y por el otro, la falta de coordinación estatal en sus diferentes niveles y poderes en las respuestas a las familias afectadas.

El Decreto 358/17 estableció mínimos avances en esta temática y es destacable, en este sentido, la iniciativa del poder legislativo de la Provincia de Buenos Aires, que renovó por un año la suspensión de los desalojos, entendiendo la situación crítica que atraviesan la mayoría de las familias. No obstante, y a pesar de nuestro pedido recurrente, no sólo no se debatió el proyecto nacional de regulación de desalojos presentado por HABITAR ARGENTINA en el Congreso, sino qué muy por el contrario, hubieron intentos concretos de realizar reformas regresivas en términos de derechos humanos, que finalmente no se concretaron debido al accionar de las organizaciones de la sociedad civil y organismos de la justicia.

Durante el año relanzamos el Consenso Nacional para un Hábitat Digno, en un debate con candidatos y candidatas a diputados nacionales en el Congreso. En el marco de la discusión respecto a la violencia y al rol de las fuerzas de seguridad, vale remarcar uno de los puntos de este documento: "La reducción de la violencia, la previsibilidad de la vida cotidiana y la libre circulación son condiciones básicas para un hábitat digno. En la Argentina, las políticas de seguridad contribuyen (hace décadas) a configurar un hábitat excluyente que focaliza la punitividad sobre los habitantes de los barrios pobres y poblaciones rurales, a los que se ha desprovisto de seguridad.

Las zonas con peores condiciones habitacionales son también aquellas en las que se concentran los abusos policiales y en las que más se sufren formas diversas de violencia. Los dispositivos de seguridad configuran obstáculos materiales y simbólicos que limitan la circulación y obturan el acceso a bienes y servicios desigualmente distribuidos en la ciudad. En este sentido, vemos con preocupación la aparición de declaraciones irresponsables de la clase política en Argentina en las situaciones de conflicto entre fuerzas de seguridad y los sectores populares en sus reclamos (...).

En síntesis, podemos decir que ocurrieron avances (desconectados y de implementación errática). Lo positivo sin dudas es que ahora conocemos la real dimensión y profundidad del problema gracias al ***Registro Nacional de Barrios Populares****. Conocer el problema es parte de la solución, pero no es la solución. Falta discutir y definir políticas públicas de fondo para el largo plazo para incidir no sólo sobre los efectos sino sobre las causas de la pobreza y los asentamientos que son la mayor deuda social del país.*
En un año donde el país atraerá particularmente la mirada internacional, vale repasar los tanto los Objetivos de Desarrollo Sostenible como la Nueva Agenda Urbana que contienen lineamientos claros al respecto. Este proceso de discusión, consenso y diseño debe ser convocado y liderado por el gobierno; del cual deberán participar además todos los actores sociales, económicos y políticos, con prioridad fundamental en los habitantes de los asentamientos que conocen mejor que nadie las prioridades y formas de hacer los procesos sustentables.

4.4. "Vivienda y cambio social en España"

España ha sido históricamente reconocida como única en cuanto a las particularidades de su sistema de vivienda. La transición política a la democracia en España es relativamente reciente, al compararla con otras trayectorias europeas. La llegada de la democracia supone la introducción de medidas que eliminan la discriminación por género y por raza. En lo que respecta al acceso a la vivienda España transitó un proceso complejo con los extranjeros y las mujeres que puso en tela de juicio que el derecho universal a la vivienda sea extensible a todo el mundo.

La mayoría de la población inmigrante encuentra generalmente trabajos precarios y con bajos salarios, por lo que se ve obligada a recurrir a viviendas baratas que muchas veces no cumplen con los mínimos citerior de salubridad exigidos.

Dependiendo del objetivo perseguido, el gobierno español ha utilizado diferentes instrumentos, que van desde las ayudas fiscales a las ayudas directas. En particular, lo avances en las áreas de vivienda social en España ha sido afectados por el pasado histórico. El desarrollo de la periferia urbana fue el resultado de una estrategia pública para dar cabida a la emigración desde las zonas rurales a las ciudades debido a la tardía industrialización del país.

La propiedad de la vivienda se considera como una forma de ahorro y como una red de seguridad para la familia. El sistema español de la vivienda se basa en la prestación de apoyo financiero, básicamente a la demanda, y en la reactivación del sector de la construcción como una forma de expandir la economía en su conjunto.

Para paliar el déficit habitacional en el núcleo social, se han desarrollado también diferentes formas de convivencia, alquiler de pisos o casas completas, habitaciones, sectores parciales de la vivienda, compartir pisos alquilados por dos o más familias, el arrendamiento o subarrendamiento de habitaciones, incluso el hospedaje en la vivienda de propiedad de un nacional o extranjero. El reto del acceso a una vivienda se convierte en un grave problema social cuando de sujetos vulnerables se trata.

4.5. Un Habitat for a better urban future: Viviendas para grupos vulnerables:

La organización "*Un Habitat for a better urban future*" en asociación con ONU-Hábitat desarrollan un concurso anual en donde se reconocen y destacan ideas, proyectos y programas de vivienda innovadores, destacados y revolucionarios alrededor del mundo. A través de los años se han reconocido más de 250 proyectos destacables, demostrando mejoras sustanciales y duraderas en las condiciones de vida de estos grupos.

Ejemplos de estos proyectos son[177]:

1. Vivienda asequible y segura para madres solteras en Japón

Se reconoce la dificultad que tiene la mujer para trabajar, luego de tener hijos y se presupone que son generalmente inestables económicamente. Por lo que se propone un sistema de adjudicación de viviendas utilizando subsidios del gobierno, contra el pago de un canon locativo bajo o adquisiciones en cuotas con tasas rebajadas, desarrolladas en propiedades vacías o abandonadas, previamente identificadas por agentes inmobiliarios con ayuda de organizaciones no gubernamentales, como "Little Ones".

2. Startblok: Reuniendo a jóvenes y refugiados a través de la vivienda:

Startblok Riekerhaven fue desarrollado por las asociaciones de vivienda De Key y Socius Wonen y es el hogar de 565 personas de entre 18 y 27 años. La mayoría de los residentes son refugiados que han obtenido permisos de residencia, pero la otra mitad son jóvenes ciudadanos neerlandeses que necesitan vivienda asequible. Estos dos grupos viven lado a lado en los nueve bloques de apartamentos del proyecto, los cuales están hechos de viejos contenedores de transporte y divididos en estudios y apartamentos. La comunidad está manejada por los residentes, quienes reciben apoyo y orientación y se los alienta a participar en equipos deportivos, cursos de idioma e intercambios culturales, los cuales son financiados mediante los alquileres. Los alquileres asequibles de Startblok permiten a los residentes neerlandeses trabajar o estudiar en una ciudad que de otra manera es cara, mientras que los refugiados también se benefician de la oportunidad de desarrollar amistades y obtener conocimientos para ayudarles a reconstruir sus vidas. El proyecto está asegurado hasta 2026, cuando se termina el usufructo de la tierra que es propiedad del municipio. Sin embargo, se ha reconocido el potencial del modelo y ya están en preparación programas similares de largo plazo.

3."Caprichando a Morada": Vivir bien es parte de la dignidad humana

La Cooperativa rural de vivienda COOPERHAF, fue establecida en el 2001 por la federación de los trabajadores del Brasil para abordar las necesidades críticas de vivienda de las familias de agricultores de ingresos muy bajos en el Brasil. Se usa un enfoque participativo para movilizar y organizar a las familias, ayudándoles a construir, a mejorar o a ampliar sus hogares. El proyecto es liderado y manejado por la comunidad y la construcción es realizada por las mismas familias a través de la autoconstrucción, con la ayuda de un maestro de obra y del equipo técnico de COOPERHAF. Las familias son asistidas para acceder a la financiación de programas de vivienda existentes del gobierno, así como para acceder a un crédito asequible. El proyecto también se concentra en crear sustentos sostenibles, con el desarrollo de las

[177] Fuente: www.world-habitat.org/es/premios-mundiales-del-habitat

capacidades, la formación de cooperativas y la diversificación de la producción agrícola, de tal modo que aumenten las oportunidades para la generación de renta, garantizando una seguridad alimentaria. Establecido originalmente en tres estados del Brasil meridional, el proyecto se ha ampliado para cubrir 12 de los 26 estados brasileños. Generando hasta la fecha, mejores condiciones de vivienda y sustentos sostenibles a más de 30.000 familias de bajos ingresos.

4. Reconstrucción y Rehabilitación Post-tsunami en Sri Lanka

Este proyecto de rehabilitación y reconstrucción post-tsunami, implementado por Acción Práctica (Practical Action), ha trabajado con las comunidades afectadas para reconstruir sus viviendas y mejorar su sustento, la infraestructura, el saneamiento y la salud. Más de 160 viviendas, han sido construidas en asocio con ONG's locales y grupos de la comunidad, usando tecnología apropiada rentable. Nuevas oportunidades para la generación de ingresos han sido creadas y se ha brindado capacitación a más de 200 pequeños empresarios comerciales. Tecnologías apropiadas han sido introducidas, aumentando la sostenibilidad del uso de agua y energía y reduciendo la cantidad de materiales de construcción requeridos para cada casa.

5. The 100,000 Homes Campaign

Es parte de a estrategia de la Organización no gubernamental "Solutions" para acabar con los sin techo en EEUU, aplicando el método llamado "de la calle al hogar" ("Street to home") que tuvo gran éxito en New York.

Una red de casi 100 organizaciones está comprometida con este trabajo a nivel local o nacional, además de los equipos de implementación en 190 comunidades participantes. La campaña comenzó en julio de 2010 y finalizó en julio de 2014.

La Campaña emplea un proceso innovador de creación de movimientos y métodos de mejora de la calidad para crear dos cambios significativos a nivel de la comunidad: un registro de todas las personas sin hogar y un plan para trasladar al 2.5% de la población crónica y vulnerable a una vivienda permanente cada mes.

Más de 44,000 personas sin hogar a largo plazo y médicamente vulnerables han sido alojadas permanentemente hasta la fecha. Veintiocho comunidades están cumpliendo con sus objetivos de colocación mensuales del 2,5 por ciento, en comparación con 13 hace medio año. La Campaña aboga por estrategias que tienen una tasa de retención probada del 85 por ciento.

La Campaña es un proceso de ampliación en sí mismo; Community Solutions ahora trabaja regularmente con 190 coaliciones locales en todo EE. UU. El enfoque también se ha discutido con líderes políticos y comunitarios en Canadá, Australia, Irlanda y Bélgica.

5. LA VIVIENDA DE LAS PERSONAS VULNERABLES:

5.1 Vivienda y adultos mayores:

Los problemas residenciales que se presentan a las personas mayores tienen que ver con la falta de adaptación y disfuncionalidad de las viviendas en relación con sus necesidades y con su capacidad de mantenerlas. La accesibilidad y el mantenimiento de viviendas grandes y antiguas son los principales problemas a los que se enfrentan los mayores.

Los principales cambios residenciales de los mayores está muy relacionado con el progresivo aumento de la población de 65 años, lo que ha contribuido a que se incrementen considerablemente los hogares unipersonales que en una proporción muy elevada están formados por una persona mayor viuda. De esta forma se presenta el problema del mantenimiento de la vivienda, en lo que tiene que ver con el pago de los tributos que gravan la vivienda, así como también el aseo y la limpieza del hogar. Por lo cual los adultos mayores reclaman herramientas jurídicas para planificar su estructura habitacional.

En este sentido, las figuras como la renta vitalicia, el fideicomiso, el seguro de vida o el contrato de donación con reserva de derecho real de usufructo vitalicio se presentan como valiosas configuraciones jurídicas de planificación habitacional.

5.2. Vivienda e inmigración

El reto del acceso a una vivienda se convierte en un grave problema social, pues existen cuestiones específicas para los inmigrantes, derivadas de sus menores salarios, compromisos familiares de envío de dinero a sus países de origen, mayores dificultades de acceso al crédito por una débil o hasta escasa garantía. Todo ello trae como consecuencia, prácticas inmobiliarias discriminatorias o abusos en los cánones locativos y en las primas de seguros de caución.

La discriminación en el acceso a la vivienda constituye un factor condicionante de la localización residencial, relegando a los inmigrantes a determinadas zonas de la ciudad, de viviendas más degradadas y precarias, junto con los sectores más desfavorecidos de la población nativa[178]

[178] Bayona, J. (2007). La segregación residencial de la población extranjera en Barcelona: ¿una segregación fragmentada? *Scripta Nova* , *11*(235).
Recuperado de: http://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/1309. [Links]

esto propicia la conformación de una "línea étnica urbana" que genera un mercado de vivienda segmentado, jerarquizante y desigualitario. [179]

La relación entre la inmigración limítrofe y déficit habitacional se inscribe, así, en el contexto de un mercado inmobiliario excluyente y un Estado que no ha logrado implementar políticas habitacionales suficientes, que solucionen el problema del acceso al suelo de miles de habitantes, nacionales y extranjeros. En el caso de los inmigrantes, la situación no solo se presenta mucho más difícil por cuestiones vinculadas a los requerimientos impuestos por el mercado inmobiliario, sino también en la medida que las estrategias desarrolladas para acceder a los bienes y servicios urbanos (autoconstrucción, alquiler de piezas en villas, ocupación de terrenos vacíos) muy frecuentemente es cargada de estigmatizaciones hacia estos grupos (tildándolos de "ocupas" o "usurpadores"), lo cual deslegitima de todo reclamo por mejores condiciones de vida[180].

Sin perjuicio de ello, el contrato de locación o arrendamiento sigue siendo la figura que más utilizan los inmigrantes para procurarse una vivienda, pero en los casos en donde la pobreza extrema se suma a su calidad de extranjeros, las políticas habitacionales no logran canalizar sus necesidades básicas, dejando paso a un escenario de precariedad habitacional que se traduce en ocupación de terrenos, alquiler de espacios o piezas mediante instrumentos que no gozan de mínimas garantías para hacer valer sus derechos en caso de controversia o incumplimientos.

5.3 Vivienda y género:

Siendo el género una perspectiva trasversal, la mujer presenta un conjunto de situaciones de carácter diverso que manifiestan altas probabilidades de sufrir procesos de exclusión social[181]. El análisis de la vivienda y la mujer pasa por una valoración de los diferentes atributos que posibilitan situaciones de riesgo en la mujer: la exclusión social afecta negativamente a las mujeres con hijos a cargo, mujeres mayores solas, mujeres divorciadas, mujeres maltratadas, mujeres inmigrantes.

[179] Checa Olmos, J.C. y Arjona Garrido, Á. (2006). Segregación y condiciones residenciales de los inmigrantes africanos en Almería (España). *Migraciones Internacionales*, 3(3), 81-106. ISSN 1665-8906. [Links]

[180] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-83582018000100053#B16

[181] PEREZ RINCON, Socorro y Tello i Robira, Rosa, "¿Derecho a la vivienda?", Miradas críticas a las políticas de vivienda, Ed. Bellaterra, Agencia Española de Cooperación Internacional, Barcelona, 2012.

5.4 Vivienda e Interseccionalidad/discriminación múltiple[182]

(…) "El género no es el único motivo de discriminación y no todas las mujeres son discriminadas de la misma manera. El concepto de interseccionalidad se usa para demostrar de qué manera las relaciones y las identidades, como el pertenecer a una etnia, la edad, el estado civil, la clase, la casta, el estado de salud y la orientación sexual, interactúan en la creación de patrones de poder en diferentes contextos. Algunos de los problemas específicos que se destacaron durante las consultas y que requieren atención específica, incluyen la discriminación a la que se enfrentan las lesbianas, las bisexuales y las transexuales, las mujeres con discapacidades, las madres solteras, las mujeres pobres, las indígenas, las mujeres viajeras de tribus/nómadas y las mujeres portadoras de VIH/SIDA. Esta discriminación múltiple afecta el derecho de las mujeres a vivienda adecuada y tierra. Por ejemplo, una mujer puede no tener permiso para tener una propiedad, debido a prácticas patriarcales en su propia comunidad, en tanto al mismo tiempo, se ve forzada a vivir en asentamientos informales con acceso inadecuado a los servicios básicos, debido a la discriminación que existe contra su clase o grupo étnico en la sociedad global. Sin embargo, las mujeres pueden no ser consideradas como un colectivo homogéneo; los conflictos de intereses, las desigualdades de poder y la discriminación también existen entre ellas. En consecuencia, las mujeres pueden ser tanto víctimas como perpetradoras de discriminación. Es importante tomar un enfoque interseccional, reconociendo las estructuras de poder superpuestas y las causas de discriminación y vulnerabilidad, a fin de establecer un entendimiento más acabado de los problemas complejos, permitiendo, así, intervenciones más relevantes. Este enfoque también puede ser útil para detectar intereses comunes y crear solidaridad entre los diferentes grupos. (…)".

6. JURISPRUDENCIA

6.1 Vivienda digna:

"Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Nº 1 de la Plata: Asesoria de Incapaces Nº 1- La plata c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/Amparo". 28/04/2016.

El Ministerio Público promovió acción de amparo colectivo a fin de solicitar la satisfacción de las necesidades más elementales de una serie de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad que habitan en las cuencas de los arroyos y que, en razón de ello, habían sido severamente damnificados por la inundación ocurrida el día 2 de abril de 2013 en los municipios de La Plata y Berisso. El juez le hizo lugar basado en los siguientes lineamientos:

1) El derecho a la vivienda no se limita a obtener una residencia en cualquier lugar y bajo cualquier circunstancia, sino que se vincula con el acceso a ella en condiciones dignas y en un contexto tal que permita a las personas desarrollarse en el marco de un proyecto de vida –derecho al hábitat-.

[182] Las Mujeres y el Derecho a una Vivienda Adecuada Una Introducción a los Problemas Centrales Habitat Internacional Coalition (HIC) Secretaria General Anna Kaijser.

2) Si bien es cierto que el Estado no puede satisfacer de manera inmediata todos los elementos que integran el contenido del derecho a una vivienda adecuada, porque el deber de progresividad establecido en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce ese límite, también lo es que tal circunstancia no es entendida como una autorización para **postergar "sine die" el cumplimiento de las obligaciones estatales en la materia.**

3) Los municipios demandados no pueden oponer cuestiones presupuestarias o criterios de discrecionalidad a fin de limitar o demorar la implementación de los mandatos delineados en la sentencia que les ordena relocalizar a familias que habitan en las cuencas de dos arroyos y consolidar los terrenos ocupados por otras, pues estos constituyen la aplicación de obligaciones que cuentan con una garantía de prioridad en la asignación de recursos.

4) La emergencia económico-financiera declarada por el Municipio de La Plata mediante el Decreto 2268/15 carece de virtualidad jurídica para sustraerlo del cumplimiento de la sentencia que le ordena relocalizar a familias que habitan en las cuencas de dos arroyos y consolidar los terrenos ocupados por otras, no sólo por el carácter prevalente de los derechos en juego, sino también por la notoria inconstitucionalidad de la mencionada normativa que fue dictada por el Ejecutivo comunal arrogándose funciones conferidas con exclusividad al poder Legislativo.

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 14/12/2016 en autos N.A.M. A y otros vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s. Daños y Perjuicios.

"(...) Así, cabe concluir que el niño no murió por fuerza mayor, sino por falta de un Estado presente, pues la ausencia de cuidados, en condiciones de objetiva violencia (climatológica, de hábitat, etc.) fueron determinantes en el resultado, máxime si de advierte que murió de noche y en la calle, un tiempo y un lugar donde jamás debería estar un bebé de 26 días de vida (...)".

Juzgado número 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, P.M.I.C c/GCBA y otros sobre Amparo.

Una mujer en situación de calle de 52 años de edad, viuda y con afecciones físicas y psiquiátricas, con un hijo menor de edad, interpone una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por hallarse afectados sus derechos y garantías constitucionales, en particular, el derecho de acceso a una vivienda digna, a la salud, y al desarrollo integra. Solicitó se le brinde una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad. Asimismo, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de dos decretos que fijan límites temporales y cuantitativos a los subsidios habitacionales, considerándolos incompatibles con las normas internacionales que garantizan el derecho a la

vivienda digna. El juez declaró la inconstitucionalidad de la normativa local, y ordenó se le otorgue una vivienda adecuada, bajo la figura de comodato social, mediante la entrega de uno de los inmuebles ociosos que pertenecen al dominio privado de la Ciudad. El magistrado destacó: *"El crecimiento del sector inmobiliario y la especulación financiera, que junto a la indiferencia del Estado respecto del destino de estas personas, hace que se engrosen las filas que caen en un sistema asistencialista deficiente y/o terminan en situación de calle".*

6.2 Vivienda y discriminación:

"Bank of America Corporation c. City of Miami, Florida"[183]
Cabe destacar un precedente jurisprudencial de la Suprema Corte de los Estados Unidos, del 1 de mayo de 2017, en el cual la Ciudad de Miami promovió demanda contra dos entidades financieras, Bank of America y Wells Fargo Bank, invocando violaciones a la Ley de Vivienda Justa –Fair Housin Act-. Alegó que se otorgaban créditos con mayores riesgos y en peores condiciones a sujetos que formaban parte de grupos minoritarios, en particular residentes afroamericanos y latinos, lo cual habría incrementado los incumplimientos y desalojos de sus comunidades. Las condiciones crediticias desfavorables consistían en altísimas tasas de interés, comisiones injustificadas, supuestas oportunidades para refinanciar el crédito que resultaban ser inexistentes y, ante la imposibilidad de pago del deudor, injustificadas negativas a refinanciar la deuda. Debido a las condiciones crediticias desiguales y discriminatorias, los incumplimientos y desalojos entre los grupos minoritarios fueron mucho mayores que entre los prestatarios que no pertenecían a estos grupos.

La Corte de Distrito desestimó la acción, el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión y la Corte Suprema anuló la sentencia y reenvió la causa al Tribunal inferior. La Corte manifestó que la Ley de Vivienda Justa, prohíbe todo tipo de discriminación en cuanto a términos, condiciones, privilegios de venta o renta, o en la provisión de servicios o facilidades de crédito, en virtud de diferencia de raza, color, sexo, religión, estatus familiar o nacionalidad, y explicó que la conducta discriminatoria de los demandados afectó severamente los barrios mencionados, y entre otras circunstancias negativas, produjo una baja significante en el valor de las propiedades que perjudica directamente a la municipalidad disminuyendo los ingresos por impuestos. Asimismo, concluyó que las prácticas bancarias discriminatorias crean barreras inconstitucionales.

6.3 El contenido mínimo del derecho a la vivienda[184] en el fallo "Alba Quintana":

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los autos caratulados "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido, expediente 6754/09, determinó la medida inicial del cum-

[183] Suplemento Administrativo 2017 (noviembre), 5 con nota de Matías F. Córdova Moyano, Cita Online: US/JUR/2/2017.
[184] SANTIAGO, Alfonso y THURY CORNEJO, Valentín, Derecho a la vivienda y tutela judicial, La jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires y el fallo "Quisbert Castro" de la Corte Suprema de la Nación, Universidad Austral, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2014.

plimiento de las obligaciones que emanan del reconocimiento del derecho al acceso a una vivienda digna. Este cumplimiento mínimo consiste en la red de paradores nocturnos creada por la autoridad de aplicación que permite el pernocte de quienes carece de una habitación y operaría como soporte suficiente para aquellas personas alejadas del rango prioritario constitucional. Por lo tanto, la comunión de estas directrices indica que la medida paliativa de base –el parador- constituye un principio de cumplimiento de los deberes legales del estado que no admite discriminación, sino solamente la constatación suficiente de una necesidad basada en una efectiva situación de calle. Luego, ante políticas que superen este contenido mínimo, corresponde atender cada situación con la mirada puesta en los criterios positivos de discriminación fijados constitucionalmente. La situación de calle o la inminencia de su acontecer fundaría la necesidad de acceso a un parador nocturno, más por sí sola no implicaría la posibilidad de percepción de un subsidio u otra medida destinada a solucionar el problema habitacional de manera más o menos definitiva, ya que estas alternativas precisarían constatar factores vivenciales específicos (salud de la persona, composición del grupo familiar, nivel de pobreza, etc.)[185].

6.4 La operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso "Quisbert Castro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el control de razonabilidad de las políticas públicas.

Del Voto del Dr. Petracchi se extraen las siguientes conclusiones:

1) Al ejecutar el deber de reglamentar e implementar el derecho a la vivienda, el Estado debe procurar que: a) las medidas implementadas fueran proporcionadas, esto es adecuadas para alcanzar la finalidad impuesta por la Ley Fundamental teniendo en cuenta la realidad sobre la que pretendían regular; b) En el diseño de las políticas públicas se respetarán las prioridades que la Constitución asignaba a la satisfacción de cada uno de los derechos fundamentales, y c) Se realizará el mayor esfuerzo posible para dar plena efectividad al derecho a la vivienda digna.

2) Si bien la CABA –en el marco de sus potestades discrecionales- había desarrollado políticas públicas en materia habitacional, estas proveían una contención exigua que no modificaba la realidad de desamparo de la actora y de su hijo. Así, entendió que la demandada había incurrido en una "omisión inconstitucional" en tanto que no había cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna.

3) Las carencias presupuestarias no podrían justificar el incumplimiento de la Constitución nacional y de los Tratados internacionales incorporados a ella. En el caso, al elegir prioridades presupuestarias, el GCBA había dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad, lo que llevaba a presumir que no había implementado políticas públicas razonables ni realizado el máximo esfuerzo exigido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[185] CCAT, Sala II, "F.E.C c/GCBA y otros s/amparo –art. 14 CCABA" 17/05/2012.

4) En virtud de lo expuesto, recaía en la Ciudad de Buenos Aires la carga de probar que había realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes y que en la distribución del presupuesto había tenido en cuenta las prioridades que la Constitución Nacional asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales. El Ministro entendió que las medidas adoptadas revelaban que los recursos habían sido utilizados de manera irrazonable ya que no obstante las modalidades elegidas por la demandada para enfrentar la situación eran las más onerosas del mercado, otorgaban beneficios paliativos parciales e inadecuados.

5) Consecuentemente, resolvió condenar al GCBA a otorgar a la actora y a su hijo una solución habitacional adecuada hasta tanto se acreditaran nuevas circunstancias que permitieran concluir que su estado de necesidad había cesado.

7. EL NOTARIO Y LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA DE LAS PERSONAS VULNERABLES

Luego del análisis del derecho humano a la vivienda, vemos que la protección de este derecho fundamental en los grupos vulnerables requiere y exige la presencia de un garante de la seguridad jurídica como es el notario latino, que debe realizar una labor de asesoría imparcial y gratuita para que las personas vulnerables hagan valer sus derechos y tomen sus decisiones a partir de la información brindada, clara y eficaz para posibilitar la elección del instrumento jurídico que mejor se adapte a sus necesidades.

El notario debe estar presente en la etapa previa de asesoramiento y planificación para lograr el acceso a una vivienda digna y también en la etapa de protección de la vivienda adquirida. El asesoramiento personal en la etapa pre contractual es fundamental así como también lo es el que se brinda con posterioridad cuando se requiere un análisis del patrimonio existente y de su mejor protección, en donde desplegará su conocimiento interdisciplinario para explicar los aspectos prácticos de cada figura, sus ventajas, desventajas y consecuencias.

En lo que respecta a la vivienda, los institutos como el asentimiento conyugal o convivencial, el régimen de protección de vivienda, las indivisiones hereditarias, el derecho de atribución de la vivienda, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, los pactos convivenciales, el protocolo familiar, los pactos sucesorios, la renta vitalicia y el contrato de alimentos, la hipoteca inversa, la atribución de la vivienda como efecto del divorcio vincular, son herramientas jurídicas de protección, sobre las cuales el notario podrá orientar y asesorar sobre la conveniencia de la utilización de una u otra, todo lo que quedará cristalizado en la escritura pública.

Asimismo el notariado debe estudiar, apoyar y coadyuvar a las políticas públicas de cada Estado, tendientes a mejorar el acceso a una vivienda digna a través de líneas de créditos o programas de asignación o pre adjudicación de viviendas, que tengan un sistema de fácil

acceso. Para ello se deberán evaluar los postulantes, calificando y clasificando los grupos más vulnerables a los que se debe atender en forma prioritaria.

III. Contrato oneroso de renta vitalicia

Not. Armella, Cristina Noemí

La contractualidad negocial destinada a la protección patrimonial de personas humanas vulnerables: Renta Vitalicia.

El estudio que abordamos del contrato oneroso de renta vitalicia lo hacemos desde un escenario que considerará distintas aristas de aquella celebración contractual vista desde la óptica de derecho privado, dejando de lado sistemas institucionalmente organizados como la actividad asegurativa, las leyes de riesgos de trabajo o el sistema previsional.

Es una realidad, que las personas mayores de edad, sin herederos, utilizan esta figura jurídica para recibir dinero a partir de la disposición de un inmueble, por lo general por medio del desmembramiento del dominio, transmitiendo la nuda propiedad al deudor de la renta y reservándose el usufructo. La nuda propiedad es el capital y como dador reviste también los roles subjetivos de acreedor y cabeza de renta.([186]) Nada impide que transmitan el dominio pleno.([187])

Desarrollamos este contrato desde una visión notarialista, con lo que ello significa en el tráfico negocial. Su contractualidad puede malearse con la finalidad patrimonial de proteger a personas humanas vulnerables o en estado de vulnerabilidad, en todas sus posibilidades de acaecimiento y sin limitarnos solo a las situaciones vinculadas a la capacidad.

Así podremos probar, cómo un contrato típico en el derecho argentino y en el derecho comparado, puede, a partir de la función "creadora del derecho" como función notarial por excelencia, servir a la comunidad, frente a los riesgos que puede sufrir una persona humana,

---

[186] En igual sentido LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., en "Contrato oneroso de renta vitalicia", en "Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético", ALTERINI, Jorge H. Director General, ALTERINI, Ignacio E. Coordinador. Tomo VII, pág. 703. Ed. La Ley. Bs As. 2015. Wayar, Ernesto C., en Código Civil y Comercial de la Nación" Comentado. Tomo VI, p. 371. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015.

[187] "... el esquema de adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos se mantiene sustancialmente igual, de modo que, para ella, es necesario conjugar un título suficiente con un modo suficiente. El recaudo de la inscripción registral se ha conservado, en materia inmobiliaria, con fines meramente declarativos". Conf. SABENE, Sebastián E. "Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria", p. 5. La Ley. Bs. As. 2017. Con prólogo de Cristina Armella.

en especial cuando se trate de su patrimonio, entendido como abastecimiento económico de sus necesidades básicas (habitación, alimentos, vestimenta, salubridad, etc.).([188])

Quede claro entonces que la difusión de la aplicación de esta figura jurídica a situaciones personales de protección económica no tiene por qué estar sólo relacionada al llamado "estado de vulnerabilidad" estricto, sino aplicada a toda situación jurídica que requiera una solución económica, ante un estado de necesidad de la persona humana, con independencia de las causas que las hayan colocado en esa situación.

El Dr. Lorenzetti ha sostenido al analizar la finalidad de este contrato que: "Las partes desean prevenir un riesgo futuro para sí mismos o para terceros consistente en la necesidad de dinero en forma de renta", que no pueden obtener personalmente. ([189])

I. PARTE

EL NEGOCIO JURÍDICO. LA RENTA VITALICIA

Su regulación legal

A partir del 1° de agosto de 2015 comenzó a regir en la República Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la Ley 26.994, modificada por la Ley 27.077, que además derogó el Código Civil de Vélez Sarsfield, Ley 340, que rigió desde el 1° de enero de 1871. ([190])

En el Libro Tercero de los Derechos Personales se regula no solo la parte general de los contratos, sino que también se abordan los contratos en particular, en su Título IV. Así, el "Contrato oneroso de renta vitalicia" se ubica en el Capítulo 24. ([191])

Esta figura jurídica no era ajena al ordenamiento jurídico argentino, en tanto también fue regulada en el Código decimonónico (art. 2070 y siguientes del Código Civil). No obstante ello, no fue un contrato utilizado frecuentemente.

El nuevo ordenamiento legal lo conceptualiza de la siguiente forma:

---

[188] Al respecto consultar Summa Notarial, Registral e Inmobiliaria ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano (Investigador). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

[189] En "Tratado de los contratos", Tomo III, pág. 559. Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2000.

[190] Todas las citas legislativas se refieren al Derecho argentino.

[191] La actual regulación reconoce como su fuente legislativa principal el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998.

ARTICULO 1599.Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

Características contractuales

Este contrato bilateral, es oneroso en tanto la renta se paga en consideración al capital que se recibe. También es aleatorio, como se explicará, ya que las ventajas o pérdidas de las partes, dependerán del plazo contractual, el cual es incierto, pues está vinculado a la vida de una persona humana. Por tanto, también es de tracto sucesivo. Es nominado, porque quedó perfectamente legislado entre los contratos en particular. Dejó de ser un contrato real (que se perfeccionaba con la entrega de la cosa), catalogándose a partir del nuevo régimen jurídico como "consensual", ([192]) en tanto aquella otra categoría ha desaparecido del ordenamiento argentino. Ello acarrea fuertes modificaciones que expondremos al explicar casos concretos. Tales son la posibilidad de que exista promesa de renta vitalicia o que el capital sea entregado por el dador al deudor de la renta en cuotas. Ya no existe la entrega del capital como celebración contractual. El perfeccionamiento del contrato dependerá de la prestación del consentimiento entre presentes o ausentes. ([193]) Su forma legal impuesta es la escritura pública. ([194])

La escritura pública como forma solemne relativa

El legislador ha impuesto al contrato oneroso de renta vitalicia la forma de la escritura pública (art. 299 y ss. del CCyCN). ([195]) Cabe preguntarnos si esa formalidad la ha determinado como solemnidad absoluta o relativa. Si la celebración del contrato no se efectuara por escritura

[192] Conf. TABAREZ, Julieta en "Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial al contrato oneroso de renta vitalicia", en "Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Contratos Parte Especial" Tomo II, pág. 681 y ss. STIGLITZ, Rubén S. Director. La Ley. Bs As. 2015.

[193] Santarelli, Fulvio G. La formación del consentimiento contractual. Oferta y aceptación. Ob. cit. En Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial, Contratos Parte General Tomo I, Stiglitz, Rubén S. Director, p 165.

[194] Al respecto consultar Summa de Contratos. Doctrina – Legislación - Jurisprudencia. ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano (Investigador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

[195] ARTICULO 299 del CCyCN. Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.

pública, cabría la posibilidad de incoar la acción por escrituración. ([196]) Cabe una respuesta afirmativa ante la conversión formal del negocio jurídico que no respecta la forma legal impuesta. La solemnidad absoluta debe surgir palmariamente de la norma y no puede presumirse (tal cual lo ordenaba el art. 1810 del Código Velezano y el actual art. 1552 del CCyCN). Consecuencia de ello es que podemos aseverar que estamos en presencia de una solemnidad relativa pasible de cumplimiento forzado en los términos del art. 1018 del CCyCN. Además, cuando el contrato debe ser celebrado por escritura pública, la forma y la prueba están inescindiblemente unidas, por lo que la acreditación de la existencia del contrato se efectuará por la exhibición de la primera copia extendida en legal forma por el notario autorizante (art. 308 CCyCN). El negocio, que es su contenido, probará hasta la argución de falsedad civil o penal, la materialidad de los hechos que han sido cumplidos por el propio autorizante o que han pasado en su presencia (art. 296). Este valor probatorio acarrea también el efecto ejecutorio por medio del cual, el acreedor de la renta podrá ejecutar al deudor de la misma ante su incumplimiento, sin otro recaudo que la presentación del testimonio notarial. ([197])

Sujetos contratantes y roles subjetivos

Como acto jurídico bilateral, los sujetos contratantes son el dador (también llamado constituyente) y el obligado al pago de la renta (deudor de la renta o vitaliciante). Pero aparecen otros roles subjetivos, fundamentales tanto al tiempo de la celebración contractual, como así mismo durante su cumplimiento y extinción. El beneficiario o pensionista, como acreedor de la obligación y el llamado cabeza de renta, que hoy la ley lo designa como *"persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato"*, existente y determinada al tiempo de la contratación y durante cuya vida el deudor de la renta deberá abonársela al acreedor. La pluralidad subjetiva es posible en cualquiera de los roles contractuales mencionados.

Los sujetos negociales se diferencian de los posibles roles subjetivos ya que cuando las partes contratan onerosamente la renta vitalicia, solo el dador y el deudor de la renta prestarán su consentimiento contractual.

---

[196] KIPER, Claudio M. "Juicio de escrituración (Conflictos derivados del boleto de compraventa)". Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 53.

[197] ARTICULO 308 del CCyCN- Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

Lo que sucede es que los roles subjetivos de beneficiario y de cabeza de renta podrán recaer en las mismas partes contratantes o en terceros ajenos al contrato. Cuando esto último sucede, existirán cláusulas contractuales que podrán designar como cabeza de renta a una o varias personas humanas a las que solo hay que mencionar en el contrato como existentes y a los fines de ser perfectamente determinadas, en tanto de la vida de ellas dependerá el plazo incierto contractual.

El cabeza de renta puede ser el mismo dador de capital. Será, entonces, parte del contrato y ocupará, además el rol subjetivo de cabeza de renta.

Por su parte el beneficiario de la renta puede ser un tercero a la celebración contractual, como tercero beneficiario. Pero nada priva de que este rol subjetivo también pueda beneficiar al mismo dador. Así, el dador podrá ser cabeza de renta y beneficiario, ocupando entonces su calidad de parte contractual y de los otros dos roles subjetivos o quedar estos dos últimos designados en el contrato, considerando a personas humanas distintas del propio dador.

Estos dos últimos roles deben siempre recaer en personas humanas. Los de dador y deudor de la renta, podrían ser asumidos por personas jurídicas debidamente legitimadas para ello.

Así dos personas humanas o jurídicas se pueden vincular contractualmente en beneficio de uno de ellos o de un tercero, (siempre personas humanas) jugando en este último supuesto el "beneficio a tercero", ([198]) relación jurídica a la que se le aplican subsidiariamente las normas de las donaciones, salvo existencia de otro acto jurídico oneroso. La aplicación de la normativa de las donaciones, como esencialmente gratuitas, amerita vincular esta figura jurídica con el régimen de la transmisión de los derechos por causa de muerte (Libro quinto del CCyCN, art. 2277 y ss.), en especial con las acciones judiciales tendientes a la protección de la legítima de los herederos forzosos (art. 2386 y 2453 y cc del CCyCN).

Es importante interpretar que la gratuidad se puede dar únicamente en la relación jurídica existente entre el dador del capital y el beneficiario de la renta, cuando éste es un tercero ajeno al contrato celebrado entre el dador y el deudor de la renta (vinculación esta última que se enmarca en la onerosidad como explicamos). La aplicabilidad de las normas de las donaciones implica que deben considerarse, a este respecto, las reglas de la capacidad para donar y recibir donaciones (arts. 1548 y 1549 CCyCN), como así también el régimen de la reducción y de la colación. ([199]) La única posibilidad de desplazar ese beneficio de la presunción "iuris tantum"

[198] ARTICULO 1600 del CCyCN. Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso.

[199] Al respecto consultar CURSACK (h), Eduardo Marcos. "Contrato oneroso de renta vitalicia" en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado." RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. ARMELLA, Cristina N. Directora de área. Tomo IV, pág. 769. Ed. La Ley. Bs As. 2014.

de la gratuidad, es probar que el contrato se haya celebrado en razón de otro negocio jurídico oneroso (art. 1600 in fine del CCyCN).

Tal es la importancia que deviene de esta figura jurídica para expandir su aplicación a supuestos protectorios de personas humanas vulnerables.

Así, los sujetos contratantes podrán ser personas humanas o jurídicas para el supuesto de dador del capital o de una prestación mensurable en dinero, en tanto el beneficiario de la renta siempre será una persona humana, como así también lo será el cabeza de renta a cuya vida estará vinculado el plazo contractual.

En tanto este contrato debe celebrarse por escritura pública, la intervención notarial se impone. ([200]) Razón por la cual, el cumplimiento de las operaciones de ejercicio serán las obligatorias de la prestación funcional. ([201])

Calificaciones notariales subjetivas. Identificación. Capacidad. Legitimación

Una vez debidamente asesoradas las partes, llega la etapa de la calificación notarial de los sujetos contratantes. El notario debe calificar la identificación de toda persona humana que intervenga en la escritura pública (art. 306, apartados a) y b) del Código Civil y Comercial de la Nación) por medio de la exhibición del documento idóneo y su incorporación al protocolo como cabeza de escritura, en fotocopia certificada por el notario o por la afirmación de conocerlos.

Resta entonces, una vez identificados, calificar su capacidad, la cual se presume, en principio como plena para los mayores de dieciocho años. (arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y cc del CCyCN). La reforma del año 2015 ha introducido por primera vez en la legislación argentina el régimen de la capacidad restringida. La capacidad también debe calificarse a partir del contrato que se celebra, lo que implica en este caso y por parte del dador de capital que goce de capacidad de derecho y de ejercicio para disponer de sus bienes (arts. 1000, 1001 y 1002 del CCyCN).

En el supuesto de que los sujetos negociales sean representados por otros sujetos instrumentales, se impone aplicar el régimen de la representación legal, convencional u orgánica ([202])

---

[200] Al respecto consultar el modelo de escritura pública de constitución onerosa de renta vitalicia, en ESPER, Mariano Director, "Derecho Notarial Práctico", Tomo II, Obligaciones y Contratos, pág. 358. Ed. La Ley. Bs. As. 2019.

[201] ARTICULO 1601 del C.C.yC.N. Forma. El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse en escritura pública.

según el caso (art. 358 del CCyCN). En los supuestos de capacidad restringida, el sistema de "apoyos" (art. 43 del CCyCN) se aplica en la República Argentina a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento legal, el 1° de agosto de 2015, como quedó dicho.

Párrafo aparte merece la observación de que este contrato nominado para el derecho argentino, tiene eficacia real, en tanto produce la transferencia dominial de lo dado como "capital" o "prestación mensurable en dinero". Si lo dado bajo este concepto es un bien inmueble, es necesario legitimar al dueño de la cosa para efectivizar la mutación del derecho que ostenta.

Personas humanas contratantes no solteras

Se impone analizar los regímenes patrimoniales que rigen los efectos económicos del matrimonio en el caso de que el dador sea una persona humana casada, divorciada o viuda, que puede estar sujeta al régimen de "comunidad" (art. 463 y ss del CCyCN) o al régimen de "separación de bienes" (art. 505 y ss del CCyCN) o a las disposiciones comunes a ambos (art. 454 y ss del CCyCN). Desde la "inhabilidad para contratar" entre cónyuges, bajo el régimen de comunidad, hasta la total y absoluta habilidad para contratar entre ellos, bajo el régimen de separación de bienes (art. 1002, apartado d) CCyCN), las respuestas posibles para celebrar válida y eficazmente el contrato oneroso de renta vitalicia son distintas.

A ello se suma la posibilidad elegir el régimen patrimonial matrimonial antes de contraer nupcias (art. 446, inc. d), como así mutarlo durante la vigencia del matrimonio, cada año, (art. 449 del CCyCN), todo ello por convenciones matrimoniales anteriores al matrimonio o posteriores a su celebración, y siempre por escritura pública. La mutación del régimen de comunidad (art. 475, inc. 3 CCyCN) (en el cual se distinguen los bienes propios – art. 464 CyCN- de los gananciales – art. 465 CCyCN)-) al de separación de bienes (durante el cual solo se pueden adquirir bienes "personales" – ni propios ni gananciales-), da como consecuencia que, ministerio legis, todos los bienes gananciales existentes en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, conformen una indivisión postcomunitaria (art. 481 y ss CCyCN) (masa indivisa), sujeta a la posterior liquidación, partición y adjudicación de los bienes a los cónyuges, que se encuentran separados de bienes, pero con matrimonio vigente.

Todo ello exige una dedicada calificación notarial, como función imprescindible de la legitimación de los sujetos negociales casados, divorciados o viudos, que determina una exigencia fundamental del notario, quien, como profesional del derecho a cargo de una función pública, deberá determinar, sin hesitación alguna, que el dador puede disponer del

[202] Al respecto consultar Benseñor, Norberto R. y Favier Dubois, Eduardo M. La representación orgánica en las sociedades anónimas (art. 58 de la ley 19550) y el contenido de la calificación notarial. Rev. Del Not. 795, 1984, p.631 Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

bien de que se trate aplicando la normativa legal impuesta (de orden público en tanto son actos dispositivos que provocan mutaciones reales). ([203])

Capital

El art. 1599 del CCyCN al regular el contrato predica acerca del "capital u otra prestación mensurable en dinero" como prestación entregada por el dador al deudor de la renta con la finalidad de que éste último se obligue a abonarla. Dada esta conceptualización hoy no se limita al dador a tener que transferir cosas muebles o inmuebles (como en el Código decimonónico) sino que se acepta como capital la transferencia de bienes inmateriales que no son cosas.

Renta

Las partes al celebrar el contrato oneroso de renta vitalicia tienen en la mira que el beneficiario reciba una renta, esto es, una suma dineraria periódica y vitalicia (art. 1602 del CCyCN). El mandato legal impone que sea una suma de dinero y si se pactara en otros bienes que no sean dinero, deberá, al tiempo de pago y para que tenga efecto extintivo obligacional, abonarse en dinero. ([204])

El asesoramiento notarial debe desplegarse en toda su extensión a los efectos de que las partes lleguen a la oportunidad de expresar su consentimiento contractual, debidamente informadas de las ulterioridades legales del caso. La finalidad contractual es garantizarle al beneficiario de la renta y durante toda su vida, en tanto es "vitalicia", la recepción de una suma dineraria pactada, que podrá ser mayor o menor de acuerdo al propósito de la misma, en tanto puede o no coexistir con otros ingresos del beneficiario (jubilación, pensión, valores locativos, etc.).

La entidad económica de la renta, también debe ser correctamente proyectada pues su pago se extiende en el tiempo (por eso se califica al contrato oneroso de renta vitalicia como aleatorio y de tracto sucesivo, pues está sujeto a un plazo incierto vinculado al fallecimiento del cabeza de

---

[203] COSOLA Sebastián Justo. "Los derechos reales en Argentina y Perú." Ed. Gaceta Notarial. Lima. Perú. 2017, p. 59.

[204] "El art. 1602 cuando predica que si la prestación a través de la cual debe abonarse la renta no es dinero, ella "debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago", consagra una obligación de valor, lo que envía para su acabada comprensión a las previsiones de art. 772, ... Tratándose de una obligación de valor no rige la prohibición de indexar de la normación residual de la ley 23.928.". Conf. Ob. Cit. ALTERINI, Jorge H. Director y ALTERINI, Ignacio E. Coordinador, Tomo VII, pág. 732.

renta) y, lo que es fundamental en una economía no estable, es atender al valor intrínseco de la moneda de pago que puede deteriorarse a lo largo de los años.

La norma no distingue si el dinero integrativo de la renta debe ser moneda nacional o si puede pactarse una renta en moneda extranjera. Claro está que, contratada la renta, aplicándosele el ordenamiento legal argentino, la moneda de pago es el "peso" (art. 765 CCyCN). No obstante, nuestro derecho privado, acepta como moneda de contrato, la moneda extranjera. La utilización más extendida en el tráfico negocial es la moneda dólar, lo que no es obstativo a la utilización de cualquier otra moneda extranjera (euros, yenes, libras esterlinas, etc.). Para estos casos, si la moneda extranjera se la considera "moneda de contrato" y el beneficiario de la renta la exige en la moneda pactada, el deudor deberá renunciar al derecho que le cabe de acuerdo a lo normado en el art. 765 CCyCN. ([205])

Por su parte la ley vigente no exige una determinada periodicidad de la renta, como surgía del Código velezano que establecía una renta anual. No obstante, la doctrina, ya por entonces, interpretó que mientras la renta fuese periódica, no tenía porque se anual. Aplica aquí el concepto de autonomía de la voluntad (arts. 12, 958 y 962 del CCyCN), por medio de la cual las partes contratantes podrán establecer libremente la frecuencia del pago (quincenal, mensual, trimestral, anual, bianual, etc.). También deben establecer el "valor de la cuota" por mutuo acuerdo, las que podrán ser de entidad económica iguales o diferentes. Si nada se conviene, se interpreta que son de "igual valor ente sí". Una limitación que surge del régimen jurídico es que la renta se abona por "período vencido" y se devenga el proporcional al tiempo de la muerte del cabeza de renta. Parte de la doctrina interpreta que esta regla es "supletoria". Es posible, entonces, convenir el pago de la renta no por período vencido, sino adelantado. Ello lejos de considerárselo inválido, sería totalmente eficaz por aplicación de la autonomía de la voluntad que rige todo el régimen contractual. ([206])

Plazo de la renta

Como afirmamos el plazo (art. 350 CCyCN) de la renta es un plazo incierto. Se distingue el plazo incierto porque está sujeto de un hecho futuro que indefectiblemente acaecerá, pero se

[205] ARTICULO 765 del CCyCN. "Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal." Al respecto consultar PITA, Enrique Máximo en "Contrato de renta vitalicia", en "Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación". KIPER, Claudio Director. DAGUERRE, Luis O. Coordinador. Tomo II, pág. 525. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015.

[206] Conf. Podrez Yaniz, Haydeé Sabina y colaboradores en "Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado. Modelos de redacción sugeridos." Clusellas, Eduardo Gabriel, Coordinador. Tomo 5. Pág. 679. Ed. Astrea - FEN. Bs. As. 2015.

desconoce cuándo. Así se caracteriza al plazo vinculado a la vida de una persona humana. Las partes, al celebrar el contrato oneroso de renta vitalicia, consideran la vida de una o varias personas como plazo incierto durante el cual el deudor deberá abonar la renta al beneficiario de la misma (art. 1606 del CCyCN). Esa persona humana, designada como cabeza de renta, genera que, mientras viva, el beneficiario de la renta será acreedor de la misma. Al tiempo de su muerte, se extinguirá la obligación.

Como existe la posibilidad legal de establecer como cláusula contractual la pluralidad subjetiva a los efectos de considerar el plazo de la renta vinculado no solo a la vida una persona humana, sino de varias, la renta se extinguirá al tiempo del fallecimiento de la que sobreviva a los demás. Esta pluralidad subjetiva mantendrá exigible la renta total hasta que acaezca el último fallecimiento.

En ninguno de ambos casos (persona humana única o varias) se posible convenir una cláusula contractual que habilite a modificar la determinación de la persona humana cabeza de renta designada al momento de la celebración. Razón por la cual, si se ha acordado la posibilidad de modificar la persona ya designada o designar otra con posterioridad a la celebración contractual, esa cláusula estará viciada de invalidez, tratándose de un típico caso de invalidez parcial, en tanto la nulidad de la disposición no generará la nulidad de todo el contrato. Es posible invalidar la cláusula y separarla del contrato, sin que éste pierda su tipicidad (art. 389 del CCyCN).

La prueba de la extinción de la renta queda en cabeza del deudor. Puede justificarlo fehacientemente con la presentación de la partida o del certificado de defunción de la persona humana de que se trate. Este instrumento público de origen administrativo que emite el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la demarcación territorial donde se haya comprobado la muerte, ostenta plena fe pública administrativa derivativa, en tanto es copia o testimonio del acta respectiva que se labra en los Registros de Defunciones. En la República Argentina existen veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las que aplican el régimen nacional de la Ley 26.413 que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que ordena la inscripción de todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas humanas. El soporte documental de estos instrumentos públicos administrativos no solo es el papel, sino que actualmente se emiten en forma electrónica y con firma digital.

Pluralidad de beneficiarios

Es posible determinar como beneficiarios de la renta a más de una persona humana (art. 1603 del CCyCN). En caso de pluralidad, se puede, además, convenir que el beneficio se goce en forma simultánea o sucesiva.

En el primer caso no existe derecho de acrecer entre los beneficiarios si no se pacta expresamente. Razón por la cual, en caso de fallecimiento de uno de los beneficiarios, el otro recibirá solo la mitad de la renta o la renta establecida en su favor, pero sin acrecer la que correspondía al otro beneficiario simultáneo. Se trata de una obligación simplemente mancomunada (art. 825 CCyCN).

En el segundo supuesto, el de beneficiarios sucesivos, el segundo no gozará de la renta mientras que el beneficio del primero no se extinga (por la causal que fuere). En ambos casos la renta se deberá si la persona humana, cuya vida se tomó como referencia del plazo de la renta, sobrevive a ambas situaciones descriptas.

Transmisibilidad del derecho a la renta

Un aspecto absolutamente interesante del derecho a la renta es que la ley no lo categoriza como "intuitu personae" en cabeza del beneficiario exclusivamente, sino que lo considera transmisible por actos entre vivos y también mortis causa (art. 1603 del CCyCN). Es verdad que la renta es un crédito cierto que ingresa al patrimonio del acreedor de la renta, por lo que aplicándose las normas de las obligaciones puede ser cedido tanto por actos entre vivos (en forma onerosa o gratuita) como mortis causa. Esta cesibilidad reconocida legalmente no modifica la prestación que debe el deudor de la renta al acreedor o beneficiario, en tanto seguirá obligado a la misma prestación, modificándose solamente el sujeto activo de la relación obligacional. Se aplicarán al caso las normas de la cesión de crédito que como contrato nominado, ([207]) está regulado en el art. 1614 y ss del CCyCN. Deberá ser celebrado por escritura pública (art. 1618 del CCyCN "... Deben otorgarse por escritura pública: ... c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública) y deberá ser notificada al deudor para que el pago al cesionario sea válido y eficaz. ([208])

"Nada obsta, sin embargo, para que se estipule el efecto contrario. En una renta en la que el capital fue transmitido por alguien distinto del beneficiario con la finalidad de ayudar a éste, será muy común que se incluya en el contrato una cláusula por la cual el beneficio se extinga con la muerte del beneficiario originario o bien que el deudor de la renta deba seguir pagándola al constituyente hasta el cumplimiento del plazo." ([209])

---

[207] Al respecto consultar modelos en ob. cit. ESPER, Mariano, Derecho Notarial Práctico, Tomo II, pág. 360 y ss.

[208] Al respecto consultar Máximos Precedentes Jurisprudenciales. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Contratos. ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano (Investigador). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

[209] Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis. "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado." Tomo VII, pág. 831. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015.

Por su parte, al tiempo del fallecimiento del beneficiario y manteniéndose vigente el plazo contractual, la renta pasa a sus herederos, tanto legítimos como testamentarios. La pretendida contradicción que aparece de la aplicación del art. 1027 del CCyCN que prohíbe que el beneficio a favor del tercero no se transmite a sus herederos, salvo cláusula expresa, del texto del art. 1603, in fine, que manda que: "*El derecho a la renta es transmisible … por causa de muerte*", se resuelve interpretando que la primera norma es general para todos los contratos, mientras que la segunda marca una excepción para el supuesto del contrato puntual de renta vitalicia, por lo que el derecho que ostenta el beneficiario, siempre pasará a sus herederos, hasta que se extinga el contrato.

La exigibilidad del cumplimiento contractual. Resolución

El asesoramiento notarial al tiempo de la celebración de este contrato, debe tener muy presente la etapa de cumplimiento, e informar a las partes sobre los efectos del mismo durante todo su plazo de vigencia, que se extiende desde la celebración y hasta su extinción al tiempo de la muerte del cabeza de renta. Como expresamos, este período puede ser lo suficientemente extenso como para que cambien no solo las condiciones económicas del obligado al pago sino también el valor intrínseco de la moneda de pago. Por tanto es imprescindible establecer cláusulas contractuales que prevean los incumplimientos o las fluctuaciones económicas.
De todas formas, ante el silencio existen normas supletorias aplicables.

Resolución contractual

Como todo contrato, a la renta vitalicia se le aplican las normas generales de los contratos, incluso las modalidades de extinción contractual. ([210]) No obstante, cuando de resolución hablamos, la normativa establece tres formas de resolución: por incumplimiento del deudor, por falta o disminución de la garantía y por fallecimiento del cabeza de renta dentro de los treinta días siguientes a la celebración del contrato a causa de una enfermedad existente a aquel tiempo.

[210] Al respecto consultar HERNANDEZ, Carlos A. Suspensión y extinción del contrato, en Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, p 9 y ss. Kiper, Claudio, Director, Daguerre, Luis O., Coordinador. Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. La extinción, modificación y adecuación de los contratos. En Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial, Contratos Parte General Tomo I, Stiglitz, Rubén S. Director, La Ley Bs As. 2017, p 352.

Resolución por incumplimiento del deudor de la renta

El art. 1604 del CCyCN tasa como causal de resolución del contrato decidida por el dador o sus herederos, el caso de incumplimiento del deudor de la renta. Tal resolución habilita la restitución del capital. El régimen actual, determina con contundencia que los sujetos legitimados activamente solo pueden reclamar el "capital", sin intereses ni frutos, en tanto el acreedor conserve las rentas. Recordemos que para el caso de contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada la resolución opera para el futuro.

Las fianzas y garantías convenidas al tiempo de la celebración del contrato podrán ejecutarse. Por su parte, si la renta es en beneficio de un tercero a las partes contratantes, se aplica lo dispuesto en el artículo 1027. ([211]) Una vez aceptada la renta, el tercero beneficiario puede accionar directamente contra el deudor para exigir compulsivamente el cumplimiento de la obligación (art 736 y ss del CCyCN), si la misma no es satisfecha por pago voluntario (art. 1605 CCyCN). Esta normativa que alcanza a los contratos en particular, debe ser completada subsidiariamente con lo dispuesto en la parte general, para el caso de los efectos de los contratos que contengan estipulaciones a favor de terceros ([212]).

Resolución por falta o disminución de la garantía

Por tratarse de un contrato de tracto sucesivo o de duración sujeto a un plazo incierto, es fundamental que el deudor de la renta de garantía suficiente por la obligación u obligaciones que contrae al tiempo de la celebración del negocio. No hay limitación al respecto, pueden tratarse de garantías personales o reales, según convengan las partes. Lo fundamental aquí es que sean suficientes, con independencia de su naturaleza jurídica. Se puede, aun, pensar en un fideicomiso de garantía como figura jurídica que criticada por parte de la doctrina, luego fue introducida por la reforma del año 2015, en el artículo 1680 del nuevo Código Civil y

[211] ARTICULO 1027 del CCyCN. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva

[212] ARTICULO 1028.- Relaciones entre las partes. El promitente puede oponer al tercero las defensas derivadas del contrato básico y las fundadas en otras relaciones con él. El estipulante puede: a) exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó; b) resolver el contrato en caso de incumplimiento, sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario.

Comercial de la Nación.([213]) El fideicomiso de garantía conocido como garantía "autoliquidable" tiene la ventaja de que el fiduciario puede disponer rápidamente de los bienes fideicomitidos para hacer frente a las rentas incumplidas o no pagadas. Es ideal para los casos en los cuales proponemos la utilización del contrato oneroso de renta vitalicia, pues el incumplimiento del deudor no solo es un incumplimiento patrimonial, sino que pone en riesgo al acreedor de la renta, en tanto se ha celebrado este negocio jurídico para prevenir o mitigar el estado de necesidad en el que puede caer una persona humana en una situación que la vuelva vulnerable.

No obstante, aunque se hayan previsto garantías suficientes, si las mismas no se concretan o las prestadas disminuyen su contenido económico, tanto el dador del capital como sus sucesores universales, quedan legitimados activamente para resolver el contrato e incoar las acciones judiciales tendientes a la restitución del capital (art. 1607 del CCyCN).

Resolución por fallecimiento del cabeza de renta

Reza el "*ARTICULO 1608.Resolución por enfermedad coetánea a la celebración. Si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato no es el deudor, y dentro de los treinta días de celebrado, fallece por propia mano o por una enfermedad que padecía al momento del contrato, éste se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones.*"

El nuevo ordenamiento legal somete este contrato a una condición (arts. 343 y s del CCyCN) resolutoria cuyo plazo de acaecimiento del hecho condicionante se establece en treinta días contados desde la celebración. Si la muerte del "cabeza de renta" acaece dentro de estos treinta días el contrato se resuelve de pleno derecho. No obstante, ese fallecimiento puede ser por mano propia o por una enfermedad que existiese al tiempo de la celebración, esto es que fuere coetánea, con o sin conocimiento de las partes contratantes. El hecho condicionante está perfectamente determinado por la norma. Si el fallecimiento se produce por esa misma enfermedad, pero luego de transcurridos los treinta días o antes pero no a causa de esa enfermedad, como puede ser por accidente, no habrá resolución contractual.

El legislador ha normado una modalidad que sujeta al contrato durante sus primeros treinta días de existencia ([214]), validez y eficacia (eficacia genética o estructural) a una posible ineficacia

[213] ARTICULO 1680.- Fideicomiso en garantía. Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

[214] Se puede discutir acerca de si el Código Civil y Comercial de la Nación recogió o no la categoría de la existencia o inexistencia del acto jurídico (arts. 406 Y 1639), pero no puede desconocerse la entidad jurídica de esta categoría, específicamente en el ámbito sociológico y jurisprudencial. Al respecto

dinámica o sobreviniente por el acaecimiento del hecho condicionante de la muerte de la persona cuya vida fue considerada como plazo incierto contractual. Es un rasgo del alea de la renta vitalicia.

II. PARTE

LA CONTRACTUALIDAD NEGOCIAL PROTECTIVA

La contractualidad

El contrato oneroso de renta vitalicia debe celebrarse por escritura pública lo que impone la competencia material notarial. Así analizaremos los recaudos jurídicos que las partes deben cumplir a los efectos de lograr el perfeccionamiento negocial. El supuesto se circunscribe a la transmisión de un inmueble sea del dominio pleno o del dominio desmembrado, transmitiéndose solamente la nuda propiedad.

En el tráfico jurídico normal y habitual, el dador que pretende disponer de un inmueble de su titularidad, desde el inicio de la operación debe presentar al notario interviniente el título de propiedad por medio del cual prueba o justifica el derecho real de dominio que ostenta. El estudio de los títulos por el plazo de veinte años, se impone.

Luego de ello se analizan los aspectos registrales para la verificación de la plenitud de ese dominio a los efectos de su disposición y la situación catastral para la verificación de la identidad de la cosa descripta en el título (faz jurídica) con la realidad física del mismo (faz catastral).

Es imposible cumplir con estas obligaciones si el escribano interviniente en la audiencia notarial del otorgamiento y autorización de la escritura pública de contrato oneroso de renta vitalicia no reúne los títulos originales, los certificados de dominio y de anotaciones personales y las constancias catastrales y todos los demás documentos públicos y constancias administrativas, planimetrías, etc., ya que no basta su examen previo, sino que todo ello debe estar reflejado correctamente en el texto de la escritura pública que se proyecta otorgar y autorizar y a disposición plena de las partes, en especial del deudor de la renta que recibe el dominio de la cosa.

---

consultar Benavente, María I., en Régimen de las nulidades, en Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, p 113. Kiper, Claudio, Director, Daguerre, Luis O., Coordinador. Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2015.

Aspectos registrales

El sistema registral argentino ha creado el certificado que goza de reserva de prioridad. ([215])
El único profesional con competencia material para solicitar certificados registrales es el notario. Su presentación al Registro de la Propiedad, en este caso Inmobiliario, otorga el principio registral de la prioridad, que es garantía de seguridad jurídica en el tráfico negocial inmobiliario. ([216])

---

[215] **Andorno, L. O.; Marcolín de Andorno, M.** (1999). Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801: Comentada, anotada. 2da. ed. Buenos Aires: Hammurabi. **Ventura, G. B.** (2009). Ley 17801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada. Buenos Aires: Hammurabi. **Villaro, F. P.**; **Bidart, R. E.** (1972). Legislación registral inmobiliaria. seleccionada, concordada y comentada Buenos Aires: Talleres de Editorial Campos. pp. 30-31. **García Coni, R. R.** (1978). El contencioso registral: recursos y subsanaciones. Buenos Aires: Depalma. pp. 164. **López de Zavalia, F. J.** (1983). Curso introductorio al derecho registral. Buenos Aires: V. P. de Zavalía. pp. 334. **Villaró, F. P.** (2003) Elementos de derecho registral inmobiliario. La Plata: **Scotti. P.** pp. 103-104. **Alterini, J. H.** (2004). Certificados registrales. Reserva de prioridad y medidas judiciales**.** *Revista notarial* 110 (949), 617-625. **Alterini, J. H.** (junio, 2005). Eficacia de los certificados con reserva de prioridad ante medidas judiciales que pretendan impedir la autorización de la escritura respectiva o su inscripción registral. *Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Argentina, 15-21. **Alterini, J. H.**(2004). Las medidas cautelares genéricas y la reserva de prioridad**.** *Anales de la Academia Nacional del Notariado. Sesiones públicas*, 135-150. Buenos Aires: Academia. **Falbo, Miguel N.** (1975). La certificación registral con reserva de prioridad. *Revista notarial*, (819), 349-402. Estudio revisionista presentado al II CIDR, Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974. **Fontbona, F. I. J.** (1970). Estudio de cuestiones: ¿se puede utilizar una certificación registral [con reserva de prioridad indirecta] por un funcionario o escribano distinto a quien la solicitó? *Revista del Notariado*, (710), 509-527. **Fontbona, F.I.J.** (1969). Estudio de cuestiones. Tracto sucesivo. Tracto sucesivo abreviado. Escrituras simultáneas. *Revista del Notariado* (707), 1301. **García Coni, R.R.; Frontini, A. A**. (2006). Derecho registral aplicado. Buenos Aires: Lexis Nexis. Capítulo XII. Principio de tracto continuo. b. Tracto continuo abreviado. 4. El tracto abreviado como excepción al art. 23 de la ley 17.801. **García Coni, R. R.** (1977). Registro de la Propiedad. Certificación relativa al estado jurídico de los bienes y de las personas. Nota a fallo. *Revista notarial*, (833), 1163. CNCiv Sala C. 6/4/1977. **Moisset de Espanés; Ventura**. (1986). El bloqueo registral y las medidas cautelares. *Revista notarial*, (887), 759. **Ruiz de Erenchun, A. F.**(1974). Defensa del principio de prioridad mediante la certificación registral con efectos de anotación preventiva del negocio en gestación. Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación. Aporte de la Delegación argentina al II CIDR, Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974. **Sarubo, O**. (1998). El certificado registral y el principio de prioridad. *Revista notarial*, (931), 751 **Scotti, E.** (1996). Certificación registral con reserva de prioridad: La protección del negocio jurídico en gestación. *El derecho*, (167),11471153. **Sing, J. V**. (2006). El incumplimiento del artículo 23 de la ley 17.801. *Revista del notariado,* (883), 97-104. **Zarich, M. F**. (1998). Temas registrales. En ARMELLA *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, (pp. 291-409). Buenos Aires: Ad Hoc.

[216] Al respecto consultar ALTERINI, Jorge Horacio. Certificados registrales. Reserva de prioridad y medidas judiciales, en Revista Notarial editada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires N° 949, La Plata. 2004, p.619.

También este aspecto se vincula a la buena fe del adquirente, regulada actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación. ([217])

Esto hace obligatoria la referencia a la seguridad jurídica estática (al tiempo de la celebración del contrato) y la seguridad jurídica dinámica (del tráfico) (en especial del deudor de la renta y adquirente del dominio y las vicisitudes que puedan sobrevenir luego).

En nuestro país rige la Ley Nacional Registral 17.801/68 cuyo texto fue modificado por la Ley 26.994 de promulgación del Anexo I, el Código Civil y Comercial de la Nación y el Anexo II de las Leyes 17801 y 19550.

Debe existir una adecuada vinculación entre la función notarial, la registral y la catastral. El armónico funcionamiento del régimen inmobiliario reposa sobre tres pilares fundamentales que sostienen la seguridad jurídica, el registro notarial, el registral y el registro catastral. ([218]) Cada una de estas áreas tiene sus competencias dadas por ley, se vinculan y se complementan. La actividad notarial cumple su cometido con la autorización de escrituras públicas en legal forma y su inscripción registral (en los casos de existencia de esa vocación del derecho portante en el título). ([219])

El escribano autorizante debe tener los certificados registrales solicitados a la vista en la audiencia notarial de otorgamiento y autorización de la escritura pública de celebración del contrato oneroso de renta vitalicia y debe agregarlos como cabeza de esa escritura, en la matriz y por delante del folio donde comienza su impresión. La publicidad del negocio en gestión y de la reserva de prioridad se efectúa a favor del escribano que autorizará la escritura pública requerida y que los conservará en su propio protocolo.

La reserva de prioridad es una preferencia de interpretación restrictiva y que protege al negocio en gestión.

---

[217] ARTICULO 1902.- Justo título y buena fe. El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

[218] SABENE, Sebastián E. Registro Catastral. Zavalía. Buenos Aires, 2013, p.15.

[219] Conf. ARMELLA, Cristina N. MECANISMOS DE SEGURIDAD PARA LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA EN EL SISTEMA REGISTRAL Y NOTARIAL ARGENTINO. Publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú como versión taquigráfica de la exposición realizada sobre el tema en el Seminario celebrado del 19 al 21 de junio de 2017, en Lima, Perú. Acceso libre en video conferencia en "youtube".

En nuestro derecho registral, los certificados, las copias autenticadas y los informes son los únicos medios con los que cuenta el tercero para conocer las situaciones jurídicas inscriptas (art. 22, 23 y 27 de la Ley Registral).

"*La distinción entre estas certificaciones está dada por sus diferentes efectos. Los informes y las copias autenticadas producen publicidad noticia y hacen plena fe de la veracidad de su contenido en el momento que se expiden. El certificado, no solo publicita el estado jurídico actual de los bienes inscriptos y de las personas, sino que origina, simultáneamente con su expedición, una reserva de prioridad, que consiste en garantizar su inmutabilidad por un plazo de validez, que establece la ley registral. Según Moisset de Espanés el certificado "se proyecta hacia el futuro, para dar seguridad a los interesados, de que el negocio jurídico que piensan celebrar con respecto a esos bienes, no se va a ver afectado por un cambio de la situación registral, como sería la aparición de gravámenes, inhibiciones o embargos posteriores*." ([220])
El certificado de dominio es un instrumento público que goza de fe pública y en consecuencia garantiza al adquirente lo publicitado en él. El certificado es la única forma que tienen los terceros para conocer la situación registral del inmueble conforme lo dispuesto en el art. 22 de la ley 17801.

Pero, no obstante, las extremas bondades de la información brindada por el Registro de la Propiedad con respecto a un inmueble existente dentro de la demarcación territorial de su competencia, el adquirente no puede adquirir el dominio de la cosa inmueble válidamente, solo a partir de la información publicitada en el Registro.

El derecho real se configura por la vía derivativa por actos entre vivos fuera del Registro de la Propiedad y por cumplimiento del título y le modo. La registración queda limitada a la oponibilidad de ese derecho real a los terceros registrales.

No se puede afirmar que el deudor de la renta, que adquiere solamente de la persona que aparece en el último asiento del dominio, adquiere bien, en razón de que existen un cúmulo de recaudos, notariales y catastrales que deben reunirse para que esa transmisión sea válida y eficaz. No existe en nuestro derecho el principio de buena fe registral.

En este caso es fundamental, también, el cumplimiento del tracto sucesivo registral. *"El tracto sucesivo, según Roca Sastre, tiene por objeto mantener el orden regular de los titulares registrales sucesivos, de manera que todos los actos dispositivos formen un encadenamiento perfecto, apareciendo registrados como si derivaran los unos de los otros sin solución de continuidad"* ([221]). Significa que los asientos

[220] MOISSET de ESPANES, Luis "Certificados e informes del Registro". Rev. Notarial Córdoba 21-66, citado por María Fernanda ZARICH, en "Temas Registrales" en Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario", ARMELLA, Cristina N. Directora. Tomo III, p. 306.

[221] Conf. Ricardo A. Paurici y Carlos D. Zadoff. Tracto Sucesivo, ob. cit. en Alterini, Jorge H. Director Alterini, Ignacio Ezequiel Coordinador. Derecho Notarial Registral e Inmobiliario TOMO IV, p. 293. La Ley. Bs. As. 2012.

registrales deben confeccionarse de manera que evidencien la sucesión ininterrumpida de los derechos que recaen sobre el mismo inmueble.

Esta es la razón por la cual *"... La mayor parte de las leyes orgánicas de los Registros determinan la necesidad de tener a la vista el título de propiedad y un certificado expedido por el Registro, del que surja la coincidencia, con lo que produce la concatenación; habiendo sido ratificada esta obligación por la Ley Nacional N° 17801, en su artículo 23"* ([222])

Ello implica que los ámbitos notarial, registral y catastral se retroalimentan en una conjunción inescindible dentro de la cual la identificación física de un inmueble, la existencia de una escritura pública acreditativa de la titularidad del dominio y la información registral, deben confluir simultáneamente en el acto escriturario posterior de transmisión de aquel derecho real.

Caso contrario el dominio que se adquiera fuera de estas condiciones podrá ser pasible de situaciones controvertidas que involucren al adquirente en contiendas judiciales no queridas. Además, obstará a la configuración de la buena fe por parte de la adquirente.

Ningún adquirente por contrato oneroso de renta vitalicia puede ser compelido a adquirir un dominio en ocasión de un acto escriturario que se pretenda celebrar sin cumplir todas estas instancias que le garanticen la plenitud del ejercicio del derecho real que adquiere. En tanto el dador de la cosa inmueble debe desplegar la totalidad de sus conductas ajustadas a derecho y también de buena fe para proveer al cumplimiento de esa transmisión del derecho real.

Aspectos Catastrales

Entre los gastos de la entrega de la cosa por parte del dador, se considera la mensura del inmueble. ([223])

La cosa objeto de los derechos reales debe ser cierta, actualmente existente y determinada. Los Catastros, hoy regidos por la ley nacional 26.209 ([224]), que establece sus principios constitucionalmente, asumen la valiosa tarea de la determinación de las parcelas que integran una determinada superficie. De esta manera publicitan los documentos cartográficos con los elementos que integran dicha parcela: medidas, superficie y linderos, entre otros. Además del registro de planos, el Catastro es registro parcelario en tanto por las sucesivas cédulas catastrales irán incorporando y publicitando mejoras y otras modificaciones parcelarias.

---

[222] Idem nota 21.
[223] Al respecto consultar RULLANSKY, Gustavo F. en ob. cit. Tomo 4, p. 127.
[224] Al respecto consultar Causse, Jorge R. Ley nacional de catastro, en Alterini, J.H y Alterini, I. Ob. Cit. Derecho Notarial Registral e Inmobiliario, Tomo IV, p. 965.

Aspectos negociales
El contenido de la escritura pública

El contrato oneroso de renta vitalicia celebrado por escritura pública tiene virtualidad real en tanto posee eficacia suficiente para transmitir el dominio o la nuda propiedad del inmueble objeto del mismo. ([225])

Bajo los parámetros que lo caracterizan es un contrato aleatorio y de tracto sucesivo. Por ello, puede estar sujeto a las vicisitudes contractuales futuras que pueden tener relación con factores internos del contrato o externos.

Precio vil, precio irrisorio, lesión (aprovechamiento de la ligereza, inexperiencia o estado de necesidad), desproporción en las prestaciones, la simulación, una renta baja o un valor de mercado de la cosa dada en concepto de capital, pueden desvirtuar la finalidad de este contrato.

Por ello adquiere tanta relevancia la intervención notarial. Celebrado bajo el asesoramiento y la imparcialidad del notario será una herramienta eficaz frente a personas humanas que lo perfeccionen en pos de proyectar una solución viable o prevención ante un futuro escenario de necesidad económica.
Además, deben analizarse los efectos de la resolución contractual de la renta vitalicia cuando la misma es instaurada por el constituyente, y el deudor de la renta haya constituido derechos reales sobre la cosa inmueble transmitida en concepto de capital o que haya enajenado. La aplicación del art. 2014 debe interpretarse a la luz del art. 1079 de la parte general de los contratos, el que predica que la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, pero *"no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe."*

El texto de la escritura pública por la cual se perfecciona el contrato oneroso de renta vitalicia deberá ser autosuficiente y debidamente integrado por la totalidad de las cláusulas que eviten conflictos posteriores entre las partes.

Los derechos y obligaciones en cabeza de cada una de las partes y en su caso el beneficio a favor de terceros, deben ser volcados al texto escriturario de forma clara y concisa, entendible fácilmente por los sujetos negociales que asumen el contenido de la escritura pública por su otorgamiento ante la autorización del notario, debidamente informados.

---

[225] ARTICULO 1892 del CCyCN. Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.
Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

Temas tales como la entrega de la cosa inmueble en plena propiedad o del dominio desmembrado, las garantías de evicción y vicios redhibitorios, la pluralidad subjetiva, la prestación o constitución de garantías, la moneda del contrato, el lugar y tiempo de pago, otorgamiento de recibos, derecho de acrecer, la posibilidad de la cesión de la renta, situaciones de resolución y extinción contractual, supuestos de restitución del capital, son algunos de los rasgos que caracterizan al contrato y que deben ser expuestos acabadamente.

La autonomía de la voluntad impera, y lo no previsto por las partes estará alcanzado por las normas supletorias aplicables no solo las que regulan este contrato nominado en particular, sino por aquellos a los cuales remite y aun por las normas generales de los contratos.

No obstante, el transcendente ejercicio de la función pública notarial debe siempre estar atento a la prevención del litigio.

IV. Renta potencial: Una alternativa crediticia entre la renta vitalicia y la hipoteca, para personas de edad avanzada

Not. Clusellas, Eduardo Gabriel

El fenómeno del envejecimiento de la población que ocurre desde hace más de 50 años, no tiene antecedentes en la historia de la humanidad. De acuerdo a las tablas de envejecimiento poblacional, en el año 2050, por primera vez la población definida en el segmento de "adultos mayores" o población laboralmente pasiva, superará a la cantidad de jóvenes, y eso traerá importantes consecuencias en distintos ámbitos de la vida diaria.

Según la Organización de las Naciones Unidas, desde el punto de vista económico, el envejecimiento traerá consecuencias en las tasas de crecimiento, el ahorro, los mercados laborales, la asistencia prestada por una generación a otra, y fundamentalmente sobre el mercado de jubilaciones y pensiones.

Es interesante resaltar la curva de crecimiento que ha tenido en este siglo el segmento de personas mayores de 65 años. En 1895 – año del primer censo nacional – el porcentaje de adultos mayores era del 2,5%, su aumento proporcional fue constante, con excepción del fenómeno operado en el censo de 1914, cuando la tasa descendió ligeramente al 2,3% producto de una corriente inmigratoria europea integrada fundamentalmente por población joven; en 1960 era del 5,8%, en 1991 del 8,9%; y de acuerdo a los datos suministrado por el último censo, la tasa ascendió al 9,9% computándose 3.587.620 personas mayores de 65 años sobre un total censado de 36.260.130.La proyección indica claramente el crecimiento de estos guarismos, fundamentado en dos índices que influyen de manera ascendente y descendente; por un lado la baja de la tasa de natalidad, y por el otro el aumento de la expectativa de vida. Cuanto más grande es el nivel de desarrollo, mayor es el índice de población pasiva sobre la población general.

En Italia el índice es del 25%, y en otros países como Alemania, Japón, España, y Francia, dicho porcentaje ya superaba en 1993 el 20% de la población total.

Un sistema previsional normal, presentaría colapso para mediados de siglo, puesto que solo se encontrarán en edad laboral 4 personas entre 15 y 64 años, mientras que en al año 1950 esa proporción era de 12 activos por cada pasivo.

En nuestro país el riesgo se agiganta, pues debemos agregar los efectos de la desocupación y subocupación que retrae capitales a acumular para sostener el sistema, la evasión de aportes previsionales que según algunas estimaciones oficiales alcanza al 40% entre los autónomos, los sueldos en negro, o la inclusión dentro del sueldo de conceptos no remunerativos que no generan aportes previsionales.

De acuerdo a los datos que surgen del último censo realizado, en la Argentina sobre la población que tiene más de 65 años, el 70% de los mayores eran dueños de sus casas y libres de gravamen.

El siguiente dato no lo proporcionan los censos, pero la percepción general indica que un altísimo porcentaje de los mismos considera insuficiente la jubilación que gozan, y cubren el desfasaje con privaciones. Es por consiguiente un problema creciente, y como consecuencia lógica, ampliamente demandante de soluciones.

Alternativas de financiación tradicionales

Frente a las necesidades de fondos planteadas, pocos y estrechos son los caminos que los mayores pueden recorrer para acceder a algún mecanismo de financiación.

Si bien con el esfuerzo de toda su vida, han realizado ahorros y privaciones tendientes a adquirir su vivienda. Por otro lado, el sistema jubilatorio, los ha condenado a un haber mínimo, que no alcanza a cubrir sus necesidades más elementales.
Frente a tal disyuntiva, aparecen como mecanismos de financiación tradicionales que les permitan acceder a un flujo de dinero líquido los siguientes:

a) la solicitud de créditos con garantías tradicionales;

b) la constitución de un contrato oneroso de renta vitalicia,

c) o simplemente la venta del inmueble donde habitan, y su reemplazo por otro más chico que permita la obtención de una diferencia que sirva de financiamiento para cubrir esas necesidades. Entendemos que el mecanismo que se analizará tiene ventajas sobre las tradicionales.

Mecanismo propuesto

El motivo de este trabajo es proponer una nueva modalidad crediticia, que satisfaga necesidades que hasta ahora no se encuentran cubiertas.

El beneficiario podrá ser cualquier persona humana, pero surge como una alternativa ideal para personas de edad avanzada.

Con este mecanismo, los beneficiarios recibirán una suma de dinero mensual hasta que decidan vender la casa, o hasta que fallezcan, pero continuando habitando el inmueble que tanto significa para sus vidas.

No recibirán más importes que los que realmente necesitan para complementar sus magras jubilaciones, y no deberán destinar lo que reciben para pagar intereses, puesto que los mismos se diferirán en el tiempo, para el momento en que el inmueble sea vendido, o se produzca su fallecimiento.

Esta figura presenta similitudes con la renta vitalicia, pero, mientras que, en la renta vitalicia, normalmente quien la recibe se desprende del bien, trasladando su dominio (y por consiguiente la posesión) a favor de quien debe abonarla, quien la recibe toma a su cargo el alea del contrato, esto es, que la utilidad de su negocio dependerá de la sobrevida del beneficiario de la renta. Por otro lado, si el beneficiario de la renta decide vender la casa y rescindir el contrato, no podrá hacerlo, pues la entrega que hizo fue irrevocable y definitiva. Por otro lado, si quien debe pagar la renta no lo hace en término, para que el beneficiario pueda recuperar la casa que tuvo que entregar para constituir la renta, debe ejecutar la garantía, normalmente hipotecaria lo que le insumirá gastos, tiempo y el riesgo de no poder recuperarla ya que en caso de incumplimiento, deberá demandar ejecutar, y competir en el remate con otros postores.

También presenta similitudes con la hipoteca abierta o de monto indeterminado, pues el monto del capital adeudado se irá incrementando mensualmente por la entrega de cuotas de capital, y por los intereses que sobre ese capital se irán acumulando. Dificulta esta instrumentación, la necesidad de establecer un tope máximo a esas garantías, que será objeto de registración.

En realidad, utilizaremos elementos de ambas figuras, pero realizaremos la vehiculización del negocio a través de un fideicomiso, figura que dotará al beneficiario y a el dador de la renta de seguridades especiales, que son las que derivan del patrimonio de afectación, o patrimonio fiduciario.

Los interesados deberán transmitir el dominio fiduciario del bien a un fiduciario, y suscribir un contrato con el financista que les proveerá de fondos mensuales, hasta que lo beneficiarios decidan vender el bien o fallezcan.

El encargo fiduciario va a incluir cláusulas tales como que en caso de incumplimiento del dador en integrar las cuotas, el dominio del inmueble retornará a los beneficiarios, generando a su favor un crédito que deberá ser tasado, y que no será exigible sino hasta que los benefi-

ciarios decidan la venta del bien o hasta que se produzca su fallecimiento. Por otro lado, podrán los beneficiarios vender y gravar el bien, con la intervención del fiduciario, quien en ese acto deberá desinteresar a los acreedores, entregando el remanente a los beneficiarios, o a quienes ellos hayan designado en el contrato de fideicomiso. El acreedor para recuperar lo prestado con más sus intereses, nunca deberá recurrir a la ejecución de la garantía, pues al producirse la muerte de los beneficiarios de la renta, solo debe notificar al fiduciario para que realice el patrimonio fiduciario (la casa), en forma privada, y por el mecanismo previsto en el contrato, pague al acreedor, perciba su remuneración y efectúe el reintegro de los gastos incurridos, y el remanente se lo entregue a los herederos de los beneficiarios de la renta.

Nótese que quien presta el dinero no deberá analizar la capacidad crediticia de quien solicita los fondos, puesto que, al no estar obligados a realizar desembolsos periódicos de dinero, no existe riesgo alguno en este sentido. El riesgo en tal caso se limita a las oscilaciones del valor de las propiedades, que en una economía estable debería crecer a través del tiempo, acompañando la inflación en moneda constante; y a las posibilidades de sobrevida de los beneficiarios de la renta, circunstancia que, debido a las abundantes estadísticas y mediciones existentes, es posible de neutralizar con seguros que cubran longevidades superiores a las normales que impidan recuperar lo prestado con la venta del bien.

Potenciales Oferentes de crédito

Las asignaciones jubilatorias, tienen en el mundo cada vez más trascendencia con relación al producto bruto, y esa crisis se va agudizando por el achicamiento de la base de la pirámide poblacional, por la cada vez más temprana jubilación, y por una longevidad que supera con creces la que el sistema jubilatorio tuvo en cuenta cuando realizaron los aportes quienes hoy se encuentra jubilados.

Los posibles interesados en efectuar la presente operatoria en carácter de dadores, acreedores, o financistas prestamistas, son posiblemente las mismas empresas de Fondos jubilatorios o de seguros de retiro, puesto que ellos reciben de sus clientes los fondos de la misma forma en que se propone la paguen a los beneficiarios en el esquema de análisis. Obtienen de esta forma una renta nada despreciable, con un riesgo normalmente ligado al caso de que el valor de los inmuebles que se entregan en garantía –por la desvalorización de su precio en plaza- sean insuficientes para que a través de una venta privada, alcancen para satisfacer las sumas entregadas con más sus intereses. Pero por otro lado, el posicionamiento en activos físicos neutraliza la alta volatilidad que los bonos que componen su activo representan. Dentro del universo de adultos mayores de 65 años estos dadores seguramente tendrán un mercado potencialmente cautivo, pues los beneficiarios serán en gran parte seguramente los mismos jubilados que, por el sistema de capitalización imperante, está cobrando una magra jubilación.
Un adecuado tratamiento fiscal podría fortificar la figura, pues eliminando impuestos de la operatoria, dotaría a los jubilados de un haber extra, que redundaría no solo en mayor

consumo, sino en una menor protección asistencial hacia ese sector de jubilados que podrían cubrir de forma más holgada sus necesidades básicas.

Importantes son las apreciaciones, por similitud con el mecanismo propuesto, por los trabajos sobre hipoteca revertida, en especial el desarrollado por Alberto Guido Servente[226], que se denomina "La Hipoteca Revertida" publicado en 1995 por la Editorial Abeledo-Perrot.

Elementos a considerar:

a) **Edad:** mientras que las hipotecas tradicionales establecen normalmente una edad máxima para su otorgamiento, en este procedimiento, la edad mínima es fundamental. Como estamos proponiendo que el límite de la garantía sea el valor del inmueble, y que en ningún caso los beneficiarios deban abandonar el inmueble hasta su muerte, es importante analizar la edad mínima del beneficiario, para lograr que la ecuación funcione correctamente. La ponderación de la edad tendrá relación directa con el valor de la renta que se pacte, y del valor del inmueble entregado. Cuanto mayor sea el valor del inmueble entregado en fiducia, y mayor sea la edad inicial, mayor podrá ser en consecuencia la renta que se abone. De todas formas los beneficiarios pueden limitar el monto de la renta a lo que consideren que es estrictamente lo necesario, para no pagar intereses por dinero que no utilizarán, y que comprometerán el remanente para los herederos.-

b) **Tenencia:** Los beneficiarios continuarán habitando el inmueble, manteniéndolo en condiciones, y abonando tasas e impuestos (en caso de atraso, el fiduciario informará al dador para que descuente los fondos necesarios para cubrir tales gastos). Este elemento es esencial, puesto que permite a quien al decir americano es "House Rich – Cash Poor" (rico en bienes pero pobre en efectivo) acceder al efectivo mensual, sin perder el placer de vivir en la casa de sus sueños.-

c) **Plazo:** El mecanismo propuesto prevé una renta hasta la muerte del o de los beneficiarios, pero la existencia de esta alea encarece notablemente el crédito, y por consiguiente disminuye la renta mensual. La renuncia por parte de los beneficiarios, estableciendo un límite temporal máximo al derecho de percepción de la renta, podría resultar una alternativa para obtener en un beneficio a una renta mayor. La resolución del contrato operará al vencimiento del plazo pactado, y es a partir de ese momento que el fiduciario tendrá que cumplir con el encargo de venta, abonar el crédito al dador, y entregar el remanente al beneficiario en este caso, pudiendo en caso de así desearlo adquirir otra vivienda y hasta repetir el mismo procedimiento por otro plazo menor, entregando el nuevo inmueble como garantía fiduciaria. También alargará el plazo, el hecho de que se pacte una renta hasta el fallecimiento de dos personas, pero podrá amortiguarse su impacto, reduciendo en caso de fallecimiento de uno de ellos la

[226] La hipoteca Revertida. Alberto Guido Servente. Ed. Abeledo Perrot pag. 21

renta en forma proporcional. La tercer alternativa, sería la de asegurar la posibilidad de que la sobrevida del tomador, y los importes solicitados mensualmente superen los límites previstos como máximos de garantía de acuerdo a los cálculos actuariales.-

d) **Pagos:** En este caso de análisis, los pagos se realizarán periódicamente, pero no encontramos obstáculos para que se efectúen en un solo desembolso inicial, p.ej.: para efectuar una operación, o el viaje largamente soñado, o para pagar una deuda. Tampoco vemos obstáculos para que en algún momento, además de la renta periódica, los beneficiarios soliciten un refuerzo especial, siempre que la garantía y la naturaleza del contrato lo permitan.-

e) **Función Social:** Históricamente ha sido la familia la que se ha ocupado de asistir a los ancianos. La evolución de la medicina, y del contexto social, hizo que la perspectiva de vida se alargara notablemente en el siglo XX, y nació y se desarrolló fuertemente la asistencia social por parte del estado, que en la mayoría de los países con el transcurso del tiempo, fue mutando en sistemas de autoprotección a través de ahorros capitalizados en cuentas de ahorro de pensión. Pero evidentemente los interesados no dedican todos sus ahorros a engrosar sus cuentas de pensión o seguros de retiro, por lo que esta alternativa, que creemos obtendrá en el mundo gran desarrollo con el transcurso del tiempo, permitirá dedicar una porción de sus "otros ahorros" a engrosar la mensualidad que perciben, sin perder el derecho de ocupar y disfrutar de esos bienes.-

f) **Potenciales interesados:** De acuerdo a los datos de los censos que mencionamos en la introducción, y como consecuencia lógica del magro sistema jubilatorio, los adultos de más de 65 años son ampliamente demandantes de soluciones financieras para cubrir sus necesidades más elementales.-

g) **Valor de la propiedad:** Más allá de los vaivenes económicos, la densidad poblacional, y la concentración demográfica hacen que el valor de los inmuebles haya crecido en forma sostenida en los últimos 100 años, analizado en moneda constante, y dejando a salvo períodos especiales de crisis puntuales, o devaluaciones que alteran provisoriamente su tasación. Esto permitirá en el transcurso del tiempo neutralizar los efectos de los intereses que deberá pagarse una vez realizado el mismo, y por consiguiente el valor del remanente será también mayor.-

En el anexo del presente trabajo y con efecto didáctico se presenta un proyecto de escritura del contrato de fideicomiso sugerido, con el objetivo de realizar un aporte práctico a esta investigación, sobre la herramienta jurídica puesta a disposición de adultos mayores o personas con discapacidad.

V. Movimiento asociativo.
Nada sobre nosotros sin nosotros. Actividad notarial

Not. Spina, Marcela Viviana

En otro parte de este trabajo nos referimos a la del empoderamiento de estos colectivos en situación de vulnerabilidad. "La importancia palabra proviene del inglés *empowerment* y su significado es potenciación apoderamiento. El verbo *to empower*, significa dar o conceder poder, facultar, habilitar, capacitar, autorizar, potenciar, permitir...."[227]

La importancia de la participación, de la resiliencia (capacidad de superar las adversidades y seguir proyectando hacia el futuro) para superar las barreras y las situaciones de vulnerabilidad, de la importancia de la contención de la red de apoyos de pares, en fin, el movimiento asociativo de las personas en situación de vulnerabilidad, para hacerse más fuertes, para hacer oír sus voces también colectivamente y convertirse en actores sociales para poder luchar por sus derechos.

Importantes estudios realizados en Francia [228] demostraron que las personas mayores que no se sienten útiles tienen más posibilidad de generar discapacidad. Y en el mismo sentido en Japón [229] se demostró que los mayores de 65 años que no se sienten útiles o no realizan voluntariado social u otras actividades sociales, tienen dos veces más de posibilidades de morir en los siguientes 6 años.

Un estudio realizado en Mar del Plata, Argentina en 2005[230] demostró la importancia de la amistad en las personas mayores, la socialización, los grupos de amigos, la participación e integración comunitaria y por último la formación de redes e integración de grupos organizados de adultos mayores, ayuda a resolver conflictos, problemas que los involucran, tomar decisiones y mejorar sus condiciones de vida.

Existen a nivel nacional e internacional numerosas organizaciones algunas con fines reivindicatorios y luchas por sus derechos y otras simplemente para generar espacios de reunión, de esparcimiento con fines sociales, culturales, deportivos, turísticos y recreativos. Estas organizaciones son CAUSA Y CONSECUENCIA DEL EMPODERAMIENTO, amplían su capacidad de participación política y social y se proyectan como grupo de presión y de poder.

---

[227] Iacub Ricardo . Capitulo 2" El poder en la vejez" en Grossman, Cecilia P. Directora. *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el Derecho de Familia.* Rubinzal Culzoni. Editores. Santa Fé. Argentina 31 de marzo de 2015.

[228] Grand, Grosclaude, Bocquet, Pous y Albarede 1988, citado por Iacub, Ricardo en la obra citada.

[229] Okamoto y Tanaka 2004 citado por Iacub Ricardo. En la obra citada.

[230] Soliverez, también citado por Iacub.

Eso es importante para los apoyos y para el proyecto de vida de cada persona mayor, y se puede encarar una etapa de puro deseo sin ya obligaciones, y poder hacer en la medida de sus posibilidades aquellas cosas que lo apasionen.

La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, primera del siglo XXI, se caracteriza especialmente por la participación de personas con discapacidad en su proceso de conformación, y en definitiva redacción, ratificación, aplicación y seguimiento en tal sentido.
En la reciente observación general 27 de noviembre de 2018, el comité de los DPD enfatiza acciones para fomentar, financiar y organizar dichas asociaciones.

Es importante el movimiento asociativo y las organizaciones de la sociedad civil que colaboren, apoyan y promuevan los derechos de las personas con discapacidad, pero se debe distinguir asociaciones *para personas con discapacidad* y directamente *de personas con discapacidad.*

Ya que es fundamental la participación directa de las personas en asociaciones formadas, organizadas, dirigidas y representadas directamente por las personas con discapacidad para poder tomar decisiones, y ser oídas y poder ser la voz, esta vez colectiva, de estos grupos vulnerables.

El notario es el profesional de derecho que deberá redactar los estatutos y reglamentos y dar el formato de las personas jurídicas, que signifique la organización de estos grupos, para poder tener el máximo de virtualidad a través de su forma jurídica, su organización bajo determinados objetivos, su patrimonio, su representación y por último la registración, que es lo que habilita para poder actuar como actor social, participar en los debates públicos, obtener reivindicaciones, e inclusive acompañar y realizar el seguimiento del cumplimiento inter-nacional de las Convenciones de derechos humanos.

Es fundamental para que las personas con discapacidad puedan asociarse, organizarse, representar a dichas organizaciones, el reconocimiento de su capacidad jurídica en los términos del art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. En modo alguno, esta participación podrá perjudicarlos.

En nuestro medio las formas de organización podrán ser Asociaciones civiles (art. 168 a 186 CCCN), simples asociaciones (art. 187 a 192 CCCN) y las fundaciones (art. 193 a 224 CCCN).

Todas requerirán para su conformación la redacción de un instrumento público; en la mayoría escritura pública.

Las asociaciones civiles deben ser redactadas en escritura pública obtener autorización estatal para luego inscribirse en los registros públicos.

Las asociaciones civiles se reúnen en entidades de segundo grado: federaciones, confederaciones y cámaras. Las mismas también se pueden reunir internacionalmente.

Las asociaciones civiles y las fundaciones tienen que tener fines de bien común. Es imprescindible que sea **socialmente útil,** en los términos del art. 14 de la CN y los tratados internacionales[231]. No pueden perseguir el lucro como fin principal, ni para sus miembros o para terceros. Deben responder a principios democráticos, no contrarios al orden y la moral pública, no perjudicar bienes o intereses de terceros.

En las fundaciones, el bien común debe ser más calificado, debe proyectarse hacia la comunidad en su conjunto, y expresarse a través del objeto en finalidades que coincidan con las del Estado. Sus actividades deben incidir en el bien común.

Las asociaciones civiles y fundaciones pueden pedir exención de sus tasas de inscripción en el caso de que su objeto sea la promoción de derechos económicos, sociales, culturas y de personas vulnerables, minorías étnicas o de extrema pobreza.

Se inscriben en los registros públicos la constitución, reglamentos, reforma, designación y cambio de órganos de administración, modificación de sede, transformación, fusión o liquidación, prórroga y cancelación. Los bienes deben distribuirse entre los destinatarios finales entidades de bien público. Y requieren de fiscalización y controles.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, suscribió el 6 de noviembre de 2018, un Convenio con el Ministerio de Justicia provincial para colaborar en la constitución de asociaciones barriales.

No pueden integrar asociaciones civiles o fundaciones las personas que estén en la lista de terroristas u otros delincuentes internacionales que figuren en registros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Las simples asociaciones deben constituirse en instrumento público o como mínimo en instrumento privado con firmas certificadas ante notario.

En conclusión, la ingeniería asociativa de estas instituciones es también tarea del Notariado, donde cumplirá un rol trascendente como asesor y redactor de estatutos de entidades de bien público en defensa de las personas más vulnerables.

---

[231] Declaración Universal de los derechos Humanos. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. Convención Americana de los derechos humanos. Convención de los derechos de las personas con discapacidad. (Art. 29 inc i y ii) Convención interamericana de los derechos de las personas mayores. (Art. 28.)

VI. Protección de las personas vulnerables en el derecho sucesorio

Not. Moreyra, Javier Hernán

1. PROTECCION DEL CONYUGE Y CONVIVIENTE SUPERSTITE EN EL DERECHO SUCESORIO ARGENTINO

Conceptos generales

Antes de ingresar en el marco normativo de protección de los derechos del cónyuge y del conviviente supérstite en el marco de la legislación sucesoria de nuestro país, debemos precisar el concepto de ambas figuras.

Aludimos al cónyuge supérstite o sobreviviente como aquel de los esposos que sobrevive al otro, sin importar si el matrimonio se encuentra regulado desde el punto de vista patrimonial por el régimen de comunidad de ganancias o el novísimo sistema de separación patrimonial.
Denominamos conviviente supérstite al integrante de la pareja que sobrevive al otro, pero siempre considerando los conceptos que definen a la unión convivencial, y que los encontramos reseñados en los artículos 509 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación:
"Articulo 509. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo".

"Artículo 510. Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años".

Claramente y como se analizara, el objetivo de estas protecciones sucesorias no será otro que el de procurarle una vivienda al cónyuge o conviviente supérstite impidiendo actos de partición por parte de los restantes herederos que se traduzcan en la necesidad de abandonar lo que hasta el fallecimiento del otro integrante del matrimonio o la pareja, era su centro de vida.
Y como característica general y común a todos ellos, es de destacar que durante el tiempo en que el cónyuge o conviviente supérstite habiten el inmueble, los restantes coherederos no podrán pretender cobrarle ningún concepto en compensación por el uso exclusivo de la vivienda ni canon locativa alguno.

Protección sucesoria del cónyuge supérstite
El Derecho Real de Habitación

El Código Civil y Comercial de la Nación retoma un instituto que se encontraba en el anterior régimen civil, y lo modifica sustancialmente en cuanto a su oponibilidad, efectos y extinción.
El artículo 2383 establece que "*El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante*", marcando grandes diferencias en su regulación con la norma vigente hasta el 31 de Julio de 2015.

Mediante esta nueva protección, el cónyuge que sobreviva al otro va a poder gozar de un Derecho Real de Habitación, con todas las características de este tipo de derechos, el cual no será constituido como resultado de una convención entre partes, sino que está establecido como de fuente legal: es el propio ordenamiento jurídico el que lo crea. Y además, se gozará de pleno derecho, desde el instante mismo del fallecimiento del cónyuge titular de la vivienda que se pretende afectar al objeto, y ya no será necesario, como sucedía anteriormente, peticionarlo en forma expresa.

Por ende, el cónyuge supérstite puede estar a salvo de cualquier intento de partición del bien o del hecho fáctico de pretender desalojarlo de su vivienda, ya que no se le requiere una manifestación de voluntad que pueda ser considerada de oposición a la partición. Es mas, solo será imprescindible su conformidad para el caso que quiera renunciar a este derecho, peno no, repetimos, para gozar de él.

El cónyuge supérstite no necesita acreditar pobreza o necesidades acuciantes de vivienda para entrar en el beneficio; por supuesto, entendemos que, si posee una vivienda o fondos suficientes para acceder a ella, aunque no esté contemplado expresamente, podría ser obligado judicialmente a aceptar la partición hereditaria, ya que estaría abusando de su derecho, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a la extinción del derecho, la norma no establece, como si sucedía anteriormente, que el mismo se pierda por contraer nuevas nupcias o configurar una unión convivencial, lo que pone de manifiesto lo tuitivo del instituto y se reconoce claramente cuál es el bien tutelado, y la necesidad de proteger la eventual nueva familia del supérstite, en desmedro del derecho hereditario de otros sucesores.

Este derecho aplica aunque el bien haya sido de carácter propio del cónyuge fallecido, o ganancial de titularidad de cualquiera de los integrantes del matrimonio o sólo del fallecido, y claro está, siempre que existan otros herederos que concurran o desplacen, según el orden sucesorio, al cónyuge supérstite.

Protección sucesoria del conviviente supérstite
El Derecho Real de Habitación

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación no reconoce derechos de tipo sucesorio al conviviente supérstite, de manera novedosa y recogiendo lo resuelto en foros y congresos y atento a una realidad social, la que es el desalojo intempestivo por parte de los herederos del fallecido de la vivienda común al conviviente, en el artículo 527 se establece un Derecho Real de Habitación a su favor.

Las características de este derecho tienen puntos en común con el anteriormente analizado y también discordancias. Así se asemejan en que:

- Ambos constituyen derechos reales de habitación
- Son gratuitos
- Reconocen fuente legal
- Son oponibles a los herederos del fallecido

Pero se diferencian en que:

- El derecho del conviviente es temporario, por el plazo de dos años
- Debe ser solicitado por éste
- Debe carecer de vivienda propia habitable o fondos para acceder a ella
- Se pierde en caso de contraer nupcias, formar una nueva unión convivencial, adquirir una vivienda propia habitable o fondos para acceder a ella

Indudablemente, este derecho no hace más que reconocer una situación desventajosa para el conviviente que sobrevive al otro integrante de la pareja, y pone el foco en que esta pérdida no acreciente más su situación de vulnerabilidad.

Entendemos asimismo, como incumbencia notarial, que es posible realizar dentro del pacto de convivencia a que se refieren los artículos 513 y siguientes del Código Civil y Comercial, un acuerdo entre los integrantes de la unión, por el cual se extienda el plazo de dos años, el que debe ser considerado como *un piso mínimo de derecho reconocido*, y no uno máximo, al que ellos consideren adecuado, sin perjuicio de las acciones de los herederos legitimarios forzosos del conviviente fallecido.

Otras formas de protección sucesoria del cónyuge supérstite

Las nombradas no son las únicas formas de protección sucesoria del cónyuge supérstite a la hora de asegurarle una vivienda de manera vitalicia o temporal.

De este modo, el artículo 2332 regula y establece la posibilidad de su oposición al acto de partición de la vivienda que constituyó la residencia habitual de los cónyuges, cuando esta ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, y siempre y cuando no pueda ser adjudicada en su hijuela. Este derecho a oponerse a la partición es de carácter vitalicio y solo cesa si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permitan procurarse una vivienda.

Complementariamente, los artículos 2381 y 2382 consagran el derecho del cónyuge supérstite a solicitar en el acto de la partición, la atribución preferencial, respecto del resto de los coherederos, de ciertos bienes que componen el acervo sucesorio; y específicamente la última de las normas citadas, establece la posibilidad de requerir la atribución de la propiedad o el derecho a la locación del inmueble que le sirve de morada, con sus muebles indispensables.
Desde el punto de vista notarial y nuestro ejercicio profesional, es fundamental el conocer estos institutos, no sólo para cumplir con nuestro deber de asesoramiento, sino también para, en nuestras escrituras de partición de herencias, establecer claramente en que concepto y carácter se realizan las adjudicaciones de bienes.

2. INDIGNIDAD SUCESORIA

Conceptos generales

En el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación, no existen las incapacidades o inhabilidades genéricas para recibir *mortis causa,* en el caso de que la transmisión se produzca por imperio de la ley. Las únicas restricciones se encuentran en el caso de la Indignidad para adquirir una herencia y son consideradas de manera unánime, por la doctrina y jurisprudencia, como una sanción legal, por haber realizado el sucesor determinados actos o acciones que la norma considera como disvaliosos y merecedores de tal consecuencia.

El fundamento de tal sanción gravísima está dado en la existencia de vínculos de orden afectivo y solidario los cuales son incompatibles con las acciones realizadas por el que pretende suceder al causante.

En general, todas las causas que determinan la indignidad sucesoria son anteriores a la muerte de la persona cuya sucesión se trata; sin embargo, existen algunas que son motivadas por hechos posteriores al fallecimiento.

El artículo 2281 del Código Civil y Comercial de la Nación establece las siguientes causales de indignidad sucesoria:

"*Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal*".

Asimismo, el artículo 1571 establece las siguientes causales de revocación de las donaciones: "*Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal*".

Tal como puede apreciarse con una lectura rápida de ambas normas, se establece claramente que, a pesar de lo que puede sostenerse, no basta con ser pariente en grado sucesible del causante para recibir una herencia: es necesario a su vez que, de algún modo, este pariente haya *merecido* la misma, no ya realizando determinados actos de carácter positivo, sino *no realizando* actos que configuren un reproche por parte del causante, si este los hubiera podido conocer.

Consideración de las personas vulnerables

Acertadamente, a las nociones clásicas de las causales de indignidad que tipificaban la misma en caso de delitos contra la vida o la propiedad del causante, se agregan actos tipificados que reconocen los conceptos de la solidaridad familiar. Claro ejemplo de esta aseveración es la mención en el inciso a) del artículo citado, a los "delitos contra la integridad sexual" no solo

del futuro causante sino también de su familia, considerando como tal no solo a la unida por lazos sanguíneos, sino también a la que nace de los afectos, siendo un gran ejemplo de esto la incorporación del conviviente a este respecto.

Adicionalmente, y como forma de protección a las personas más vulnerables, la legislación introduce en el inciso b) el grave maltrato al causante y en el inciso e) a la falta de alimentos debidos o el no recogerlo en un establecimiento adecuado si no pudiese valerse por sí mismo. Estas precauciones que se establecen, claramente muestran el camino que se ha elegido al legislar esta figura; y que no es otro que la tutela y cuidado que deben dar y brindar aquellas personas que pretenden suceder, al causante.

Claramente, hoy en la República Argentina, un hijo que no se preocupa por sus padres en la ancianidad, que se desentiende de sus obligaciones familiares, que no honra los lazos y principios de la solidaridad familiar, que no respeta a sus mayores, que los agrede ya sea física o moralmente, no puede estar en condiciones de ser considerado un heredero.

A pesar de la amplitud de las causales reseñadas, debemos sin embargo mencionar que esta indignidad sucesoria requiere, para su sustanciación procesal, un legitimado activo que la impulse. Y es por eso qué el artículo 2283 del Código Civil y Comercial de la Nación sostiene que la indignidad debe ser solicitada por todo aquel que pretende los derechos atribuidos al indigno, dando a entender que es necesaria la presencia de un sucesor con vocación hereditaria para instarla.

Dificultades para el ejercicio de la acción. El rol del notario

Por supuesto, las preguntas lógicas se imponen. ¿Y qué sucede en caso de no haber más parientes vivos? ¿Y si estos parientes vivos no instan, por motivos privados, como por ejemplo el temor, esta acción? ¿Puede el estado a través del Fisco presentarse en el sucesorio del causante y ejercer esta acción? ¿Puede la persona en su vida dejar plasmado en un testamento su deseo de excluir al heredero de la herencia?

Las respuestas a estas preguntas no están claramente plasmadas en el ordenamiento jurídico vigente. pero, si bien excede el marco de esta ponencia el análisis pormenorizado del derecho sucesorio argentino, debemos contestar, basados en los principios rectores de la Constitución Nacional que nos rige, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el propio Código Civil y Comercial de la Nación que los menciona en su artículo número 1, que en caso de no haber más parientes vivos o si estos no instan la prosecución de la acción, el Fisco puede, estando legitimado para ello, promoverla, ya que es repugnante al ordenamiento jurídico de una sociedad civilizada que un heredero que, por ejemplo, sometía a torturas físicas y psicológicas al causante, sea el recipiendario de sus bienes.

Respecto de la posibilidad de que el futuro causante en un Testamento recoja pormenorizadamente y relate los hechos a los que se ve sometido a los fines de la pre constitución de la prueba y que servirá de base a la futura demanda de indignidad, nos pronunciamos asimismo por la afirmativa, ya que respetamos y ponemos en primer término a la autonomía de la voluntad de la persona humana y la necesidad de que sea escuchada, aun después de fallecida. La preconstitución de la prueba también podrá tener lugar también por otros documentos notariales: un acto de autoprotección o incluso a través de un acta notarial de manifestación-
Lamentablemente, el Código Civil y Comercial de la Nación derogó la figura jurídica de la desheredación.

En un sistema de Herencia forzosa, con porciones legítimas cerradas y de asignación obligatoria para los distintos coherederos, resulta innegable la importancia del instituto de la Desheredación, justificándose su inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Este procedimiento es un medio idóneo por el cual el Testador, al fin y al cabo, aquella persona que mejor conoce las relaciones familiares de su entorno, puede evitar que un heredero que ha realizado ciertos y graves actos, concurra a su sucesión en un pie de igualdad con el resto.

Es por ello, que sostenemos la posibilidad de este Testamento a redactar por el causante, que servirá no solo a sus herederos, sino también al Fisco, eventualmente, para promover y tener por probada la indignidad de uno de los pretensos herederos.

Desde el punto de vista notarial, sostenemos, entonces, que es fundamental la difusión al notariado de esta posibilidad como medio de proteger al causante, el que puede encontrarse en una situación de abandono y vulnerabilidad.

3. MEJORA ESTRICTA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD.

Conceptos generales

A la hora de establecer una protección a favor de ciertos sucesores que pueden presentar características de discapacidad, y a los fines de fomentar los lazos de la solidaridad familiar y vincularla con los principios del derecho sucesorio, el Código Civil y Comercial de la Nación instituye una nueva figura de protección a las personas vulnerables de este colectivo, que se denomina “mejora estricta”, la que, tomando como base a la mejora del derecho español, estipula que una determinada porción de los bienes comprensiva de las porciones legitimas de los herederos forzosos, serán utilizadas para favorecer a herederos discapacitados.

Ámbito de aplicación

De este modo, el nuevo artículo 2448, expresa: *"El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".*

En los considerandos de la nueva legislación se indica que con esta novedad se trata de armonizar el ordenamiento jurídico interno con Documentos Internacionales suscriptos por la República Argentina, como por ejemplo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006 y que posee ratificación nacional por la Ley 26.378.

Este Documento Internacional adopta el denominado *"modelo social"* considerando que las causas que originan la discapacidad son preponderantemente de tipo social y no científicas, entendiendo además que las barreras impuestas por la sociedad son las que impiden su verdadera inclusión y la aceptación tal como son.
Se ha discutido en la doctrina nacional si el texto final del artículo citado responde cabalmente al criterio imperante en el tratado Internacional mencionado o si en verdad, no se trata de un ejemplo mas de adoptar un sistema de tipo "medico-rehabilitador".

Por otro lado, es dable destacar que los beneficiados por esta disposición no pueden serlo todos los herederos del causante, sino solo sus descendientes y ascendientes, excluyendo de entre los parientes con derecho a gozar de este beneficio al cónyuge, lo que también ha llevado a plantearse si no existiría una omisión de tipo constitucional violentando el principio de igualdad ante la ley ante esta falta de reconocimiento para gozar de la mejora estricta.

Análisis practico

Lo fundamental desde el punto de vista jurídico es la instrumentación llevada al terreno de la práctica notarial de este instituto, y para ello debe recordarse que en el sistema sucesorio argentino no existe la libertad absoluta de testar, sino que encontramos una organización basada en las porciones legítimas a favor de ciertos familiares del causante.

El artículo 2448 bajo análisis claramente establece que debe distinguirse la porción disponible de las porciones legítimas.

De este modo, habiendo descendientes:
Porción Disponible: 1/3

Porción Legitima: 2/3

La porción disponible puede utilizarse para mejorar al heredero con discapacidad o a otro beneficiario.

La "mejora estricta" se calculará tomando como monto máximo la 1/3 de las porciones legítimas, es decir 2/3 divido por 3.

A los fines didácticos y de mejor comprensión, se propone el siguiente ejemplo de cálculo, tomando un caso básico de mejora estricta y de porción disponible a favor de un hijo con discapacidad existiendo otro no discapacitado:

Porción Disponible: 1/3 = 3/9
Porción Disponible: 2/3 = 6/9
Mejora Estricta (un tercio de 6/9 es decir 2/9)
Restan 4/9 a distribuir entre los dos hijos (2/9 a asignar a c/u)
Resultado final:
Hijo discapacitado: 3/9 (porción disponible) + 2/9 (mejora estricta) + 2/9 (cuota de legitima individual) = 7/9
Hijo no discapacitado: 2/9 (cuota de legitima individual)

Por supuesto, existen infinitas combinaciones posibles, teniendo en cuenta la cantidad de hijos, y su concurrencia o no con el cónyuge; y en caso de existir ascendientes, si estos heredan en soledad o concurriendo con el cónyuge, todo ello de acuerdo a las normas del derecho sucesorio argentino.

Lo fundamental es destacar y aplaudir, más allá de las discrepancias y reparos posibles que puedan hacerse sobre la norma, la incorporación de regulaciones de este tipo a las normativas internas de los distintos países, a los fines de dar respuesta y proteger a los grupos y personas vulnerables.

CONSIDERACIONES FINALES

Nos planteamos en la introducción del presente si se aplica también al Notario el deber de otorgar "una garantía de prioridad" en favor de las personas vulnerables, como lo tiene el estado, en un sistema democrático en que las políticas públicas deben atender a estos colectivos de manera preferencial, en condiciones de igualdad con las demás personas, con acciones positivas concretas, y la sociedad aceptar las diferencias como parte de la diversidad humana, sin discriminación y prejuicios, contribuyendo de esta manera a su plena inclusión social.

En la República Argentina, el Código Civil y Comercial, vigente desde 2015, produjo la expansión de las normas internacionales en materia de derechos humanos, incorporadas a la carta

Magna, en su reforma de 1994, a través del artículo 75 inc. 22 y 23.[232] De ella surge claramente el nuevo paradigma común, el reconocimiento de los derechos de las personas vulnerables (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad) como sujetos de derecho, y del respeto del principio de autonomía de la voluntad y de autodeterminación.

La intervención notarial en todas las etapas del negocio jurídico, proveyendo seguridad jurídica, coadyuva al Estado Argentino, para el cumplimiento efectivo y operativo de la protección de los derechos humanos a los cuales se comprometió a través de la incorporación de los tratados internacionales.

El resultado del presente trabajo científico, lejos de agotar todas las posibilidades, pretende bucear en todo el ordenamiento jurídico (corpus iuris internacional, normas, reglas, principios, jurisprudencia) para reconocer las directivas en protección de las personas más vulnerables de la sociedad, identificar las alternativas que nos ofrece y proyectarlas en documentos notariales concretos en favor de las personas (contratos, planificación personal o sucesoria). Esta tarea es propia del notario, en cuanto profesional de derecho, a cargo de una función pública, quién debe seleccionar, proponer y elaborar las herramientas jurídicas más acordes a la situación de estas personas, y con ella se convierte en promotor de esos derechos, ejecutando la referida "garantía de prioridad" cumpliendo su rol conforme la ética y la responsabilidad social que implica su investidura.

---

[232] 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...

El notario como profesional de derecho y en ejercicio de una función pública, tiene el deber de garantizar el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos fundamentales de **todas las personas** sin distinción alguna, cualquiera sean sus condiciones y circunstancias. Por esta razón, hoy el desafío es **ratificar** esta responsabilidad de ser la "garantía de prioridad" en favor de las personas en situación de vulnerabilidad, que es esencial en la actividad notarial del sistema latino, que confiere seguridad jurídica cualquiera sea el ámbito de su actuación, personal, familiar o patrimonial. Con su actuación el notario se constituye como un factor de equilibrio entre los intereses individuales y los intereses colectivos de la sociedad.

Esta garantía que brinda el notario es integral, sea en el ejercicio de los derechos personalísimos o relacionados con intereses económicos, cumpliendo un rol importante de asesoramiento, información y consejo, con las características de imparcialidad e independencia ética, en cada caso particular, ponderando las alternativas posibles y las consecuencias de realizar o no determinado acto. Involucrar a las personas en la opción elegida - ya que más derechos pueden conllevar mayores responsabilidades - en un marco de buena fe y solidaridad, siempre bajo las condiciones de confidencialidad, de secreto profesional y de protección de los datos personales de las personas requirentes.

Asimismo, la actuación notarial debe ser *flexible* en cuanto a la aplicación de una u otra normativa, la que sea más justa y más favorable a los derechos de las personas, en base al principio "*pro personae*" y a la concreción notarial documental, también adaptada al caso concreto, con eficacia probatoria y ejecutiva. En este proceso previo, el notario debe realizar los ajustes razonables a su proceder habitual, conforme las particularidades y necesidades de su requirente, otorgando más tiempo a las audiencias previas, utilizando vocabulario simple y comprensible que facilite la comunicación y el conocimiento certero de la voluntad de la persona, pudiendo incorporar si fuere necesario, lenguaje de señas, elementos tecnológicos, y los apoyos que la persona requiera, para facilitar la expresión de su voluntad.

En este marco, el notario podrá proponer, evaluar y controlar los sistemas de apoyo extrajudicial de asistencia, o la necesidad de actuación de apoyos o curadores designados judicialmente - conforme lo determine la sentencia que restringe su capacidad - y la participación de otras personas que contribuyan para conocer la voluntad y preferencias de la persona, que pueden convertirse en verdaderas "salvaguardas" en el ejercicio de los derechos de personas vulnerables.

Conforme lo expresado, el notario se perfila frente a requirentes en situación de vulnerabilidad, en especial personas mayores y personas con discapacidad, como un **apoyo eficiente** para brindar una protección jurídica especial, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos. Evalúa la capacidad de los requirentes y su intervención es determinante para que las personas tengan o no acceso al ejercicio de su capacidad jurídica. En tal sentido, el notariado es un **apoyo institucional** relevante para permitir el ejercicio de tales derechos; su negativa, por el contrario, significaría un verdadero obstáculo o restricción a tales fines. Asimismo, el notariado, como autoridad de control, puede resultar una salvaguarda de acuerdo a la CDPD, en

un doble sentido, positivo, cuando controla que el acto responda a los deseos, la voluntad y preferencias de la persona y negativo, impidiendo los abusos y el conflicto de intereses. (Conf. Art.12.4 de la CDPD).

En consecuencia, es dable analizar la viabilidad de establecer **mecanismos de protección y su control en sede notarial,** a través de sistemas de apoyos diseñados por la PCD, en el ejercicio de su autonomía personal y libertad para tomar sus propias decisiones, que actualmente se exteriorizan por vía jurisdiccional.

La competencia notarial no contenciosa facilitaría el procedimiento, por su sencillez, celeridad, inmediatez con el interesado, asesoramiento personalizado, efectividad y garantía de legalidad que brinda la participación de un notario del sistema latino, que es depositario de la fe pública, dando autenticidad a los hechos sucedidos en su presencia y a los documentos que resulten de su actuación. El notario garantizará, asimismo, que las medidas de apoyo propuestas por la PCD para el ejercicio de su capacidad jurídica, estén acompañadas de las salvaguardias adecuadas y efectivas.

Proponemos un *sistema alternativo*, que brinde a los interesados la posibilidad de optar por instar el procedimiento en sede judicial o hacerlo en el marco de la jurisdicción voluntaria con intervención notarial.

La normativa en protección de las personas vulnerables debe ser aplicada por los jueces, conforme la legislación vigente, y los principios elaborados especialmente para asegurar el *acceso a la justicia* de las personas en situación de vulnerabilidad, a nivel nacional e internacional; pero lamentablemente la actuación jurisdiccional llega tarde, cuando ya se produjo el daño moral y/o económico que suele ser irreparable para la persona. La actuación notarial se presenta como un camino certero para evitar estas situaciones al brindar asesoramiento jurídico, en especial en el ejercicio de los derechos en forma integral, y como artífice de su función creadora de derecho, recepta la voluntad de las partes, y le da forma en una adecuada redacción contractual. Esta labor es transcendente para evitar las consecuencias negativas de la situación de vulnerabilidad; es el ejercicio de una verdadera justicia preventiva.

El notario, como creador de derecho, es el primero en tener que aplicar las nuevas leyes, es el que recoge directamente las inquietudes de los requirentes, puede ofrecer y elaborar documentos jurídicos, que respondan a las nuevas realidades sociales y permitan avanzar en la protección de los derechos, contribuyendo a una sociedad más justa y más inclusiva de todas las personas en situación de vulnerabilidad, como algunas de las propuestas realizadas a lo largo del presente trabajo.

Cuando hablamos de función creadora de derecho, siguiendo a Vallet de Goytisolo[233] nos referimos a **la tarea profesional característica del notario**, la que lo hace un artífice del dere-

[233] Juan B. Vallet de Goytisolo, Discurso en la inauguración del Congreso del Notariado Latino, Paris 1977 en su carácter de presidente de la UINL. Revista de Derecho Notarial Mexicano Nro. 78

cho vivo, o sea en la práctica del arte de lo justo. Todo arte requiere el conocimiento de la *theoria*, o sea el conocimiento profundo de la realidad, un sentido *poético,* adecuado al propio arte y una *praxis* que facilite la realización de la obra encomendada. Sin el dominio de su correspondiente *theoria, poisesis y praxis,* no hay artista, ni artífice debidamente capacitado. Nuestro arte es configurar y redactar negocios jurídicos, dentro del derecho que es "el arte de lo justo". Nuestro arte notarial, *ars notariae,* requiere de conocimientos científicos, con nuestras escrituras, se concretan nuevos derechos; se conforma la costumbre notarial, que inspira a otros notarios; se adelanta al legislador, con sugerencia de soluciones, nuevas formulaciones y nuevas instituciones, inspirando las necesarias reformas legales.

Reivindicamos para el Notariado Latino **la función social** de ser protagonista, comprometido con los cambios y las necesidades sociales. Para ello es indispensable la capacitación permanente, un fuerte compromiso ético con los valores que inspiran el sistema latino, la participación en los procesos de renovación legislativa, promoviendo y creando todas las herramientas a su alcance para poner en ejercicio esos derechos fundamentales. Esta función social debe ser desarrollada tanto por el notario en forma individual, como por sus instituciones notariales organizadas, nacionales e internacionales.

El notariado debe estar involucrado también en la educación, difusión y aplicación de los nuevos paradigmas en la sociedad de su tiempo, y en su proyección como un colaborador eficaz para la protección de los más vulnerables.

Si el notariado cumple acabadamente con esa función social al servicio de las necesidades de las personas más vulnerables, no tenemos dudas que se convertirá en **esencial** e **irreemplazable** en la vida de las personas, además de otorgar con su actuación el plus de certeza: con fuerza probatoria y ejecutiva, conservación y seguridad jurídica. De esta forma seguiremos siendo, el profesional de confianza por excelencia, reconocido por la sociedad como históricamente: "Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios. Esta Institución es el Notariado" (Ley del 25 del Ventoso (1805), pero adaptada a nuestros tiempos y a las necesidades actuales.



Esperamos haber hecho a través de esta investigación
un pequeño aporte a la función social del notariado en relación,
a las personas en situación de vulnerabilidad.

ANEXO

AL ÚNICO EFECTO DIDÁCTICO SE PRESENTAN POSIBLES PROYECTOS ESCRITURARIOS

I. ACTO DE AUTOPROTECCION DE AMPLIO CONTENIDO.[234]

NUMERO . ACTO DE AUTOPROTECCION. TOLEDO, ROSA.-----

En ..., a ... días del mes ... del año ..., ante mí, Notaria autorizante, comparecen ...***ROSA TOLEDO*** *Datos personales y justificación de identidad conforme art. 306 del CCyC)* ***SILVINA QUIROGA*** *(apoderada)* ***SANDRA PEREZ Y MARINA GOMEZ*** *(testigos)*[235] *(datos personales y justificación de la identidad conforme art. 306CCCN.* ***ROSA TOLEDO.-INTERVIENE POR SI Y EXPRESA*** I) Situación personal y familiar, convicciones y sentimientos. 1. Que se llama como queda dicho, que nació en La Falda. en la Provincia de Córdoba. Que tiene 85 años y que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. 2. Que es casada desde hace 63 años con Osvaldo Quiroga, que tienen dos hijas: SILVINA Y ROMINA QUIROGA que constituyen su familia más cercana. 3. Que su hija ROMINA vive en los EEUU desde hace más de 20 años y la visita casi todos los años. 4. Que hasta el presente vive sola con su mencionado esposo OSVALDO QUIROGA[236], quién se encuentra delicado de salud y

---

[234] Situación imaginaria elaborada en base al proyecto de escritura de los autores Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz. Un acto de autoprotección, publicado en Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fé Segunda Circunscripción. Revista número 11. Año 7, página 321. Rosario 2015.
Difundida también en la página del CFNA. http://www.cfna.org.ar/documentacion/comision-de-autoproteccion/el-derecho-de-autoproteccion-_-una-incumbencia-notarial-indelegable.pdf
Para más variantes en aplicación práctica sugerida por Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia Beatriz, en comentario al artículo 60 en el Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado. Página 246. Clusellas, Eduardo Gabriel. Coordinador. Astrea- Fen, Buenos Aires, 2015.

[235] Los dos testigos son obligatorios únicamente porque contiene directivas de salud, para cuyo caso, existe esta exigencia de forma que surge de la ley 26529 de derechos del paciente art. 11 y su decreto reglamentario 1089/2012.-

[236] A diferencia de los testamentos, el otorgamiento de estos actos en forma conjunta por varios requirentes, no se encuentra prohibido. Todo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Si su esposo posee discernimiento, podría llegar a otorgar un acto de autoprotección, en igual sentido o participar del mismo, si sólo contuviera directivas anticipadas para la vida cotidiana y fueran del mismo tenor. Por ejemplo: Ingreso a la misma residencia geriátrica.
No existe una disposición normativa que lo prohíba. Así lo sostiene la mayoría de la doctrina

dependiente de cuidados, y su amada perrita NEGRITA[237] (que constituyen su actual núcleo familiar), en el departamento sito en Avenida Urquiza 4527, Piso 6 A de la localidad de Caseros, Partido de Tres de Febrero y a pesar de su avanzada edad, atiende sin dificultades sus necesidades diarias y sus cuestiones personales y patrimoniales. 5. Que su hija SILVINA la visita día por medio, la acompaña en sus trámites y gestiones, en sus controles médicos, y en todo cuanto requiera. Que tiene una persona que la ayuda con los quehaceres domésticos RITA. II. Supuesto de aplicación. Que viene por el presente acto a otorgar disposiciones para el caso de que, en el futuro, por una ineptitud psíquica o física, permanente o transitoria, por enfermedad, accidente o simplemente por vejez, se encuentre imposibilitada de dirigir su persona o administrar sus bienes y quiere organizar su última etapa de la vida de acuerdo a sus deseos, preferencias y preocupaciones que indica en la presente. III. Fundamentación: Que fundamenta el derecho a efectuar las siguientes disposiciones en el pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad y de sus derechos personalísimos, reconocidos por los principios generales del Derecho, por nuestra Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales a ella incorporados (art. 19, 33 y 75 inciso 22 C.N.), la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país por ley 26.378, con rango constitucional a partir de la ley 27044, los artículos 1, 2, 60, 61 y 139 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.529 (modificada por ley 26742), y la ley 26.657 y la Convención Interamericana de los derechos de las personas mayores, receptada por ley 27.360.IV. Disposiciones. Que son sus deseos y voluntad lo siguiente:

PRIMERO: Residencia y vida cotidiana: Que desea continuar viviendo con su esposo: Osvaldo, con quien se casó para toda la vida y hasta que la muerte los separe y con su perrita, que es la alegría de ambos, en el departamento en el que habitan. Que desea cuidar personalmente de su esposo, como hasta ahora con la ayuda de la cuidadora Rita. Y si hiciera falta podría contratarse algún otro cuidador gerontológico más especializado. Que quiere seguir leyendo a su esposo sus textos preferidos de Jorge Luis Borges y haciendo escuchar sus tangos predilectos. Que quiere seguir siendo como hasta ahora vegetariana, por lo que solicita se le respete tal alimentación. Que llegado el caso de que no pueda atenderse a sí misma y a su esposo y/ o algunos de los dos requieran cuidados y apoyo intensivo en su vida cotidiana. Es su voluntad: no ser separada de su esposo y de su perrita. Por lo que solicita que en el caso que tengan que ser ingresados en una residencia geriátrica, sería de su preferencia el Hogar San José, de la asociación civil Mensajeros de la Paz, sito en la localidad de Ciudadela, en este Partido, institución, que admitiría a los tres juntos. O en otra, a condición que se arbitren los medios necesarios para que los tres puedan residir juntos.

[237] Los animales de compañía son muy importantes para las personas, en especial para las personas mayores. Es tendencia en el derecho nacional y comparado comenzar a otorgarles protección jurídica a estos "sujetos de derechos "no humanos que poseen sentimientos".

SEGUNDO Designación de la persona en quien deposita su confianza para que la represente y haga cumplir su voluntad aquí expresada: Que, para el supuesto de encontrarse imposibilitada de decidir por sí misma y de expresar su voluntad por alguna de las razones señaladas y sea necesario tomar decisiones con respecto a su persona, atinentes a internaciones transitorias o permanentes, tratamientos médicos o alternativos o a cualquier tema de salud u otra cuestión relativa a su situación personal y/o sobre la administración de su patrimonio, es su voluntad que dichas decisiones sean tomadas por su hija **SILVINA QUIROGA**; quien es la persona que está siempre a su lado, la acompaña con afecto, se ocupa de sus necesidades cotidianas y en ella deposita toda su confianza. Que su otra hija ROMINA QUIROGA, por la simple circunstancia del impedimento que significa la distancia, ya no la ve a diario, ni la conoce tanto. Por lo que en caso de diferencias de criterio entre ambas, prefiere que las decisiones en su nombre sean tomadas por SILVINA. Al efecto la faculta para representarla ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, en defensa de su voluntad aquí expresada, y para ejercer todos y cada uno de los actos procesales a que tenga derecho según la ley. Deja constancia de que en la fecha ha otorgado a favor de su hija SILVINA QUIROGA, **un poder de administración**[238] a fin de que colabore con ella en la administración de sus bienes, pago de impuestos, cobro de alquileres y haberes previsionales, y demás gestiones administrativas, judiciales y extrajudiciales si las hubiere. **Que es su voluntad que dicho poder subsista aún ante la pérdida de sus aptitudes de autogobierno, y así lo solicita a las autoridades y funcionarios que deban intervenir.**

TERCERO: Nombramiento de apoyo o curador: Que en el supuesto de que se le inicie algún tipo de proceso judicial de determinación de la capacidad, cualquiera fuera la causa, designa como apoyo y/ o curadora de ser necesario, a su hija **SILVINA QUIROGA**, cuyos datos obran ut supra, cuyo nombramiento solicita desde ya a las autoridades judiciales que deban decidir en dicho proceso.

CUARTO: Disposiciones sobre salud. Que, para el caso de sufrir una enfermedad terminal, irreversible e incurable, o haya sufrido lesiones que la coloquen en igual situación, es su deseo no ser sometida a tratamientos invasivos, rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital[239] cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; y que se evite a ultranza el encarnizamiento terapéutico. Que sí admite toda medicación para tratamiento del dolor, aunque acelere su

[238] Poder preventivo de acuerdo al art. 60 CCCN , solicita que siga vigente porque fue otorgado en miras de su autoprotección, no aplicarían art. 380 y 1329 del Código Civil y Comercial, que complementará la protección de la otorgante.

[239] Preferimos utilizar la fórmula llamada de "muerte digna" que surge del art. 59 del CCCN para no incurrir en erróneo uso de tecnicismos médicos y dejar claro el sentido de evitar un ensañamiento terapéutico.

proceso de muerte y también cuidados paliativos que alivien su sufrimiento. Que designa a **SILVINA QUIROGA,** para que la represente y actúe como interlocutora ante los equipos médicos, consientan o rechacen tratamientos quirúrgicos, clínicos y de cualquier otra especie, a fin de hacer respetar de manera irrestricta su voluntad aquí expresada, y para que adopte toda decisión atinente a su salud que deba tomarse.

QUINTO Disposiciones para después de su fallecimiento: [240]Que tras su fallecimiento no desea ser velada ni expuesta a la vista de nadie, que desea ser cremada y sus cenizas llevadas a la pequeña capilla de San Roque en su pueblo natal.

SEXTO Disposiciones patrimoniales: Que es propietaria de dos inmuebles sitos en calle..., que se encuentran locados y que desea que continúen en alquiler mientras viva. Que es beneficiaria de una jubilación número.... y su esposo beneficiario de la jubilación número.... Que ambos beneficios pueden ser percibidos por su hija SILVINA en su carácter de apoderada previsional. Es su voluntad que dichos fondos sean administrados al efecto por **SILVINA QUIROGA**, por lo cual la autoriza a realizar las gestiones necesarias para cobrarlos en su nombre y representación y para aplicarlos a solventar los gastos generados por el cumplimiento de estas disposiciones, así como los necesarios para su subsistencia y salud**.**

SÉPTIMO: Publicidad: Que a efectos de garantizar el conocimiento oportuno del presente otorgamiento y la eficacia de sus disposiciones, solicita a la escribana autorizante: a) Que se inscriba en el Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, y autoriza expresamente que se publiciten las disposiciones relacionadas con su salud. b) Que, además de la primera copia que le corresponde de la presente escritura, se expida otra primera copia para ser entregada a sus hijas **SILVINA y ROMINA QUIROGA**. c) Que autoriza a **SILVINA Y ROMINA QUIROGA y a sus amigas SANDRA PEREZ Y MARINA GOMEZ**[241]**,** a quienes interiorizó del contenido de las presentes a requerir informes al Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias de la presente, cuando lo consideren conveniente, a **quienes encomienda que supervisen el cumplimiento de estas directivas anticipadas, inclusive recurriendo a la Justicia**. **ESTIPULACION:** Presente en este acto **SILVINA QUIROGA,** toma conocimiento y acepta las mandas encomendada en la presente. Todo ello en presencia de las testigos relacionadas quienes afirman que les consta la competencia y discernimiento de la otorgante para este acto y que en la presente se plasma la plena y deliberada voluntad de la otorgante.**LEO,** a las comparecientes quienes firman de conformidad, doy fe.

---

[240] El CCCN se refiere al derecho personalísimo de tomar decisiones sobre sus restos mortales y sobre la inhumación del cadáver.

[241] Se autoriza a una o más personas, con facultad para solicitar primera o ulteriores copias del acto de autoprotección. Y también por ser personas de confianza de la otorgante, significan un mecanismo de control y una salvaguarda tendiente a fiscalizar del cumplimiento de la voluntad, los deseos y la preferencia de la otorgante.

II. CONTRATO DE FIDEICOMISO: RENTA POTENCIAL

[Epígrafe] ***ESCRITURA NÚMERO DOSCIENTOS.CONTRATO DE FIDEICOMISO (Partes...).*** *En la ciudad y partido ... (1)*

(1) Se ha adoptado la forma escritura pública, pero el contrato de fideicomiso puede celebrarse bajo la forma de instrumento privado, al que recomendamos dotar de certificación de las firmas. Vale aclarar que de cualquier modo, que en el caso de que el bien ofrecido en garantía sea un inmueble como en este caso, será necesario con posterioridad formalizar la escritura de transferencia del dominio fiduciario y la protocolización del contrato y su inscripción en el registro público que corresponda (Art. 1669 CC y CN).Dado que optamos por la forma de escritura pública, a continuación del epígrafe, con número de escritura, partes e identificación del negocio, debe consignarse la data (lugar y fecha), identificación del registro notarial y del notario.

[Comparecencia] *comparecen: Por una parte, como deudor tomador del beneficio y fiduciante, 1)* ***Diego GRANDE****, argentino, ...; por otra parte en carácter de acreedor o dador del beneficio 2)* ***Fabián ACREEDOR****, argentino,... y por una tercera parte como fiduciario 3)* ***Imparcial BUENAFE****, argentino,...; (2) los comparecientes personas capaces para este otorgamiento y a quienes identifico en los términos del artículo 306 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación, quienes intervienen por sus propios derechos y* (2) Se redacta la comparecencia en los términos de la técnica notarial. Recordamos que serán enunciados todos los sujetos instrumentales, y acreditada la legitimación de su intervención, para dejar claramente establecida la identificación de los sujetos del contrato. Ellos son el fiduciante y el fiduciario. La justificación de la identidad es privativa de las escrituras públicas, y debe ser consignada por el notario. Va de suyo que si se opta por el instrumento privado las firmas deberán certificarse, identificando a las partes por los mismos medios. Este proyecto de fideicomiso presenta la particularidad de que el beneficiario (que no es parte del contrato) comparece en el otorgamiento a los fines de prestar su consentimiento en el contrato del que surge la obligación garantizada y para aceptar la garantía fiduciaria. El fiduciante (titular actual de dominio) recibirá del beneficiario (acreedor) una renta periódica, y se compromete a transmitir el dominio fiduciario del bien a favor del fiduciario, para que realice el bien, una vez cumplida la condición impuesta en este contrato -

[Enlace] *DICEN: Que pasan a celebrar los contratos de Mutuo y Fideicomiso de Garantía a que se refieren los siguientes artículos:*

I. CONTRATO DE MUTUO

[Objeto. Monto] ***PRIMERO:*** *Fabián Acreedor, adelante llamado el acreedor, otorgará a Diego Grande, en adelante llamado el deudor, en forma vitalicia y en calidad de préstamo, mensualmente la suma de Mil Dólares Estadounidenses Billetes (U$S 1.000), (3) con vencimiento el primer pago dentro de los treinta días de suscripto el presente instrumento.-*

(3) Las entregas de capital se podrán pactar libremente, pudiendo contemplarse la posibilidad de que el deudor tomador del dinero solicite anticipos o sumas de emergencia hasta determinado monto. También podrá establecerse un tope de tiempo, en lugar de pactarse su vigencia vitalicia, eliminando el alea del contrato consistente en que el valor total prestado supere al valor de realización del bien, supuesto que puede neutralizarse con seguros que operarán en plaza.-

[Interés] ***SEGUNDO:*** *A partir del día de la fecha y hasta su efectivo pago, el préstamo devengará un interés compensatorio mensual vencido sobre saldos pagadero conjuntamente con el capital, a la extinción del presente contrato. La tasa de interés del préstamo será del ..... por ciento (..%) nominal anual, excluido el Impuesto al Valor Agregado o cualquier otro Impuesto vigente o futuro, que en caso de corresponder, será a cargo de la parte deudora y se cancelará conjuntamente con el capital. Los intereses se capitalizarán anualmente, de acuerdo a lo previsto por el artículo 770 del Código Civil y comercial de la nación.*

[Restitución del Capital] ***TERCERO:*** *El capital con más sus intereses no será exigible en vida al deudor. Una vez producido el fallecimiento del fiduciante, el fiduciario tendrá a su cargo iniciar el proceso de liquidación del bien objeto de la garantía, en base al procedimiento que más adelante se describirá, abonando al acreedor el capital con más sus intereses, los gastos de la administración fiduciaria, y demás gastos realizados en ocasión de este contrato, restituyendo el remanente a los herederos del deudor, o a favor de quien este hubiese designado. Podrá el deudor redimir la deuda en forma anticipada, mediante la cancelación total de la misma, en cuyo caso se producirá la extinción del mutuo, y la consiguiente restitución del bien al deudor; o bien solicitar al fiduciario la realización anticipada de la garantía por los mismos mecanismos, para que luego de cancelados los pasivos se le restituya el remanente.*

[Gastos y Comisiones. Retenciones Impositivas] ***CUARTO:*** *Todas las sumas de dinero que deba reintegrar el deudor por el presente contrato, serán abonadas libres de gastos, y exentas sin retención o deducción de cualquier impuesto, tasa o gravamen de cualquier índole, presente o futuro, aplicado, gravado, cobrado o retenido por cualquier autoridad. En tal caso, corresponderá al Deudor pagar los importes adicionales necesarios para que los montos netos que perciba el Acreedor (luego de tomar en cuenta la retención o deducción) sean iguales a los montos que el Acreedor hubiera recibido de no haberse requerido la retención o deducción de dichos impuestos o derechos.*

[Moneda de pago] ***QUINTO:*** *Todos los pagos estipulados en el presente contrato deberán efectuarse en dólares estadounidenses de libre disponibilidad y no en otra moneda, reconociendo el deudor en forma expresa, irrevocable e incondicional que la totalidad de las obligaciones de pago a su cargo emanadas del presente préstamo se mantendrán vigentes exigibles hasta tanto el acreedor hubiere recibido la exacta cantidad de dólares estadounidenses que correspondiera ser abonada bajo el préstamo que por el presente se instrumenta. Si de la realización del bien objeto de la garantía no se obtuvieran valores suficientes para*

hacer frente a la totalidad de los importes adeudados, el valor obtenido por dicha venta será el límite de la deuda, renunciando el acreedor a perseguir el cobro mediante la ejecución de otros bienes del deudor. Para el supuesto de que a través de la puesta en vigencia de una norma legal o por cualquier otra razón, el mercado libre de cambios existente al día de la fecha dejara de existir, o por cualquier otro medio se prohibiera la libre compra y venta de dólares estadounidenses en casas de cambio, y/o entidades financieras, o por cualquier motivo no fuese posible obtener dólares estadounidenses en la plaza de Buenos Aires, la parte que debe recibir el pago a su sola opción podrá optar entre: a) Mantener vigente la obligación de cancelar sus obligaciones bajo el presente contrato solamente a través de la entrega de dólares estadounidenses, o bien b) exigir que se abonen los importes adeudados mediante la entrega de la cantidad de Pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, o de Montevideo, una cantidad tal de Bonos Externos de la República Argentina, de cualquier serie y valor, o cualquier título público nominado y pagadero en dólares estadounidenses emitido por el Gobierno de la República Argentina, de cualquier serie o valor, a elección del acreedor, que vendidos en el mercado de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, equivalga a los dólares estadounidenses adeudados por el deudor bajo el presente contrato. En todos los casos a fin de determinar el valor de las transacciones se deberán agregar los importes correspondientes a los gastos, comisiones e impuestos de las mismas, los que estarán a exclusivo cargo de la parte que debe abonar. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de cualquiera de los procedimientos antes descriptos sólo tendrá efectos cancelatorios en la medida en que como resultado de los mismos se hubiese recibido la exacta cantidad de dólares estadounidenses que correspondiere ser abonada en la fecha de que se trate. Las partes declaran haber examinado detallada y cuidadosamente la actual situación de los mercados involucrados, especialmente el inmobiliario, el financiero y el cambiario, y manifiestan que han tenido en cuenta la posibilidad de fluctuaciones en dichos mercados y en la cotización de la moneda de pago definida en este contrato, por lo que renuncian expresa e irrevocablemente a invocar imprevisión, onerosidad sobreviniente, lesión enorme, abuso de derecho, en orden a cancelar cualquiera de sus obligaciones de pago bajo el presente contrato con una moneda distinta o con una cantidad menor de aquella a cuyo pago se ha obligado, o cualquier otra causal que tenga por objeto la revisión de lo pactado, o la revisión de las pautas de equivalencia previstas. Consecuentemente, las partes asumen y toman a su cargo cualquier circunstancia presente o futura (incluyendo especialmente circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor) que pudiera afectar el mercado de cambios o mecanismos para la obtención de dólares estadounidenses o impida o haya más onerosa la adquisición de la especie de moneda extranjera debida bajo el presente contrato, obligándose en cualquier supuesto a cancelar la totalidad de sus obligaciones entregando la exacta cantidad de dólares estadounidenses que adeuda por todo concepto.

[Domicilio de Pago] ***SEXTO:*** *Los pagos de las mensualidades al deudor deberán efectuarse en el domicilio del Acreedor Avenida de los Incas 201 de la Capital Federal, o donde este lo indique por escrito en el futuro al deudor, mediante la entrega de dólares estadounidenses billete o transferencia de dólares estadounidenses a la cuenta que indique el deudor sin necesidad de aviso previo o requerimiento de ninguna naturaleza. En caso de optarse por el pago mediante transferencia, todos los gastos involucrados en la misma estarán a cargo del deudor. En caso que las fechas de pago de capital o intereses bajo el presente contrato vencieran en días inhábiles bancarios, los pagos correspondientes deberán efectuarse el*

día hábil bancario inmediato posterior. El pago final del capital con más los intereses, se producirá en el mismo domicilio que el indicado como del acreedor, y se regirá por las misas cláusulas de esta cláusula.-

[Los gastos] ***SEPTIMO:****. Los gastos originados en las eventuales operaciones de cambio serán a cargo de la parte que deba abonar.*

[Mora] ***OCTAVO.*** *El deudor no incurrirá en mora dado que no se encuentra en la obligación de restituir el importe recibido con más sus intereses, mientras viva. La mora se producirá a su fallecimiento, si los sucesores, intimados a satisfacer las deudas no lo efectivizaran en un plazo máximo de 180 días corridos, y en ese caso la mora se producirá de pleno derecho sin necesidad de requerimiento o interpelación alguna.*

[Cesión del crédito] ***NOVENO:*** *El deudor-fiduciante no podrá transferir el presente crédito por ser un contrato vitalicio, en donde la persona del fiduciante es considera relevante para la formación de la voluntad negocial.*

[Cancelaciones anticipadas] ***DÉCIMO:*** *En la presente operación, el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, dejando a salvo la facultad del deudor de precancelar el crédito en cualquier momento abonando la totalidad de la deuda, incluyendo los intereses devengados hasta la fecha de la precancelación. Asimismo el deudor deberá hacerse cargo de todos los gastos y costos inclusive, aunque no limitado a, los impuestos que dicha precancelación originare, y los que la restitución del bien a su nombre genere. A los efectos del ejercicio de esta opción el deudor deberá comunicar al acreedor su decisión de cancelar el crédito en forma anticipada de manera fehaciente, con una anticipación no menor a cinco días hábiles a la fecha de precancelación.*

[Gastos, comisiones] ***DÉCIMO PRIMERO:*** *Todos los gastos, comisiones, honorarios o impuestos actuales o futuros que graven las operaciones instrumentadas bajo la presente, incluyendo la constitución y cancelación de la garantía fiduciaria que se constituye por este acto, serán a cargo del deudor.*

II. FIDEICOMISO de GARANTIA. *En este estado el señor Diego Grande y el señor Imparcial Buenafe, convienen en celebrar el contrato de fideicomiso de garantía que se regirá por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, y las demás normas que le resulten de aplicación, y por las siguientes cláusulas y condiciones:*

TÍTULO PRIMERO
PARTES

[Partes] ***ARTICULO PRIMERO: Diego Grande*** *adquiere en este acto el carácter de fiduciante (3), y así serán llamado en lo sucesivo. Imparcial Buenafe adquiere en este acto el carácter de fiduciario, (4) y así será llamado en adelante.*

(3) El fiduciante es el propietario del inmueble que asume la obligación de transferir el dominio fiduciario. Podrá ser una persona física que tenga capacidad de disposición de sus bienes. El constituyente de la garantía en este caso es el deudor, pero podría ser un tercero, propietario del inmueble, que garantice la obligación del deudor.

(4) El fiduciario es un tercero que goza de la confianza de acreedor y deudor. Recibe la propiedad del inmueble, y su única función será la de garantizar. No conserva la tenencia de los bienes, ni debe administrarlos.

[Beneficiario] ***ARTICULO SEGUNDO:*** *Fabián Acreedor asume, en este contrato de fideicomiso, el carácter de BENEFICIARIO, (5) aceptando expresamente las estipulaciones que en tal carácter se realicen en este contrato a su favor.*

(5) Es el acreedor, beneficiado con la garantía, que le permitirá recuperar los valores entregados, con más sus intereses, mediante la realización del bien una vez producido el fallecimiento del deudor.

[Fideicomisario] ***ARTICULO TERCERO:*** *Asimismo, y por convención expresa, serán fideicomisarios -del remanente que quede luego de vender el bien y abonar al acreedor el capital y los intereses prestados, y los gastos y honorarios del presente fideicomiso, y del fiduciario- los que resulten herederos del fiduciante-deudor (6). El fiduciante-deudor adquiere a su vez el carácter de fideicomisario, o destinatario final –por restitución del bien entregado- para el supuesto en el que extinga el crédito garantizado; o fideicomisario del remanente, en el caso de que voluntariamente instruya al fiduciario para que inicie el proceso de realización de los bienes saldando las deudas, y gastos originados en ocasión de este contrato.*

(6) También se podrá pactar que en este supuesto el fideicomisario sea una persona determinada, con mecanismos de sustitución vulgar para el supuesto de que los designados no existan, o no quieran aceptar dicho carácter al producirse el deceso del fiduciante.-

[Patrimonio de Afectación] ***TÍTULO SEGUNDO. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. ARTICULO CUARTO:*** *El fiduciante transfiere simultáneamente en este acto, a favor del fiduciario, el bien consistente en: Una finca, terreno, casa y demás accesorios que contiene, ...(6). Nomenclatura Catastral: ... El inmueble transmitido como consecuencia de este contrato constituye el patrimonio fideicomitido, que queda sujeto a la afectación prevista por el Código Civil y Comercial de la Nación.*

(6) Aquí se aconseja la determinación clara, y de acuerdo a títulos, del inmueble que se transferirá para afectarlo al patrimonio fiduciario. Recordamos que una de las ventajas del

fideicomiso de garantía en la posibilidad de utilizar con esta finalidad activos no tradicionales para ello.Así, podrán transferirse en fideicomiso bienes que no sean cosas, créditos, títulos valores, facturación futura, etc.

[Fianza - Finalidad exclusiva de garantía] ***ARTICULO QUINTO:*** *El patrimonio de este fideicomiso queda afectado al cumplimiento de la garantía que más adelante se expresa, quedando relevado el fiduciario de administrar y explotar comercialmente los bienes, entendiéndose que la única y especifica función que cumplirá será la de asegurar el cumplimiento del fiduciante, en su carácter de deudor, con relación a las obligaciones que ha asumido en este acto como deudor del beneficiario. A tales fines, y en su carácter de fiduciario, se constituye en fiador de las obligaciones que garantiza este fideicomiso, entendiéndose que la fianza que otorga no es personal, sino en su carácter de administrador fiduciario, quedando obligado al pago como fiador con todos los bienes fideicomitidos. Queda expresamente establecido que la garantía nunca podrá afectar el patrimonio personal del fiduciario.(7)*

(7) La fianza que otorga el fiduciario en este acto puede no consignarse, y se la incorpora en el contrato a los fines de comprometer en extensión de la garantía a todo el patrimonio de afectación. Así, no se extiende al patrimonio personal del fiduciario, pero la garantía comprenderá a los acrecimientos o indemnizaciones o a los bienes que ingresen por subrogación real a los bienes del fideicomiso.

ARTICULO SEXTO: *La tenencia, administración y explotación del inmueble que se transfiere fiduciariamente, queda en manos del fiduciante, quien en consecuencia, se constituye a partir de la fecha en tenedor del inmueble en forma vitalicia, sirviendo la presente escritura de suficiente contrato de comodato. Dicha instrumentación implica la realización de la tradición del bien a favor del fiduciario, con los alcances que establece el Código Civil y Comercial de la Nación, operándose la misma mediante constituto posesorio.(8)*

(8) El fiduciario asciende al carácter de poseedor del inmueble, ya que adquiere el dominio del mismo; el fiduciante, que transmite el dominio desciende a la calidad de tenedor en la relación con el inmueble. Es conveniente que el título de la tenencia quede expreso, a los fines de no generar conflictos acerca de la adquisición de dominio del fiduciario, que requiere de título y modo.

[Objeto del Contrato] ***TÍTULO TERCERO. OBJETO DEL CONTRATO. ARTICULO SÉPTIMO: El presente contrato de fideicomiso tiene por objeto GARANTIZAR las deudas asumidas por el fiduciante, señor Diego Grande y a favor del acreedor garantizado con este contrato señor Fabián Acreedor, cuya acreencia resulta del contrato de mutuo celebrado simultáneamente con este fideicomiso.***

[Selección del Fiduciario] ***ARTICULO OCTAVO:*** *Declaran fiduciante y beneficiario, que la elección del fiduciario ha sido realizada conjuntamente y en razón de la solvencia moral y personal del mismo, para el cumplimiento de las funciones especificas para las que es designado en este contrato,*

gozando de su confianza, así como que por su calidad moral se trata de una persona cuya imparcialidad es la necesaria para el cumplimiento de los fines de este fideicomiso.(10)

(10) Téngase en cuenta que la confianza que el deudor pone en la figura del fiduciario es importante, y que en este fideicomiso, más que en otros, la imparcialidad es necesaria para dar transparencia al uso de la figura, teniendo en cuenta que en caso de incumplimiento, es el fiduciario quien deberá realizar los bienes, ajustándose al procedimiento de venta que establezcan.

[Cesión] ***ARTICULO NOVENO:*** *El acreedor podrá ceder o transferir de cualquier modo sus derechos, subrogando su lugar, grado y prelación el tercero que resulte cesionario, de lo que notificará expresamente por escrito al fiduciario y al fiduciante, sin que esto implique desobligarse de la obligación de seguir prestando las mensualidades previstas en el presente, salvo autorización expresa del deudor.(11)*

(11) Es conveniente prever las cesiones de derechos de los beneficiarios. Consideramos que no pueden prohibirse, por lo tanto, es mejor regular su forma y oponibilidad.-

[Plazo] ***TÍTULO CUARTO. PLAZO.ARTICULO DÉCIMO:*** *El plazo de duración de este contrato queda establecido en el máximo legal, es decir treinta años, ó: a) hasta el fallecimiento del deudor; b) hasta la satisfacción total del crédito por parte del deudor; c) hasta que el deudor dé instrucciones al fiduciario de iniciar el procedimiento de realización del bien y el consiguiente pagos de los importes adeudados; o d) que se produzca la mora del acreedor en el pago de las mensualidades; lo que ocurra primero.(12)*

(12) Al tratarse de un contrato vitalicio, encontramos la limitación legal del tope de 30 años, el que podrá extenderse en el supuesto de que el beneficiario del cobro de las sumas periódicas sea un incapaz o una persona humana con capacidad restringida, supuesto en el que se podrá extender hasta el cese de su incapacidad. Por otro lado opera una variedad de hechos resolutorios que están descriptos en las cláusulas. Los hechos resolutorios consisten fundamentalmente en la muerte del deudor o en la extinción de la obligación garantizada. En consecuencia, se establece un plazo que es igual al del crédito garantizado.

ARTICULO DÉCIMO PRIMERO: *El fiduciante declara conocer la circunstancia, y así aceptarla, que al producirse su fallecimiento, el fiduciario procederá a la enajenación onerosa de los bienes, conforme las condiciones que más adelante se establecen, extinguiéndose el contrato en consecuencia, continuando sus efectos para dar cumplimiento a la garantía ofrecida.*

[Obligaciones del Fiduciante] ***TÍTULO QUINTO.OBLIGACIONES DE LAS PARTES: ARTICULO DÉCIMO SEGUNDO: OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE:*** *Conforme resulta del contrato de mutuo que este fideicomiso garantiza, y como obligación especial aquí convenida, el fiduciario transfiere el dominio del inmueble relacionado, quedando a su cargo todos los gastos que dicha transmisión origine; además, el fiduciante deberá: 1) Aceptar la deducción de los importes que deba recibir las sumas que el fiduciario hubiera debido desembolsar en cumplimiento de su función, o que se*

hubieran devengado en cumplimiento del fideicomiso.-2) No intentar la revocación judicial o extrajudicial del presente contrato, ni demandar la reivindicación de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitido, mientras subsista la deuda que garantiza.3) Mantener al día todos los impuestos, tasas y contribuciones que graven a los bienes fideicomitidos, lo que por ser un acto de administración de los bienes, queda a su exclusivo cargo, asumiendo además dicha obligación en su carácter de comodatario. Si el fiduciario comprobara el incumplimiento de dichos pagos, procederá a deducir dichos importes de las sumas que debe abonar como mensualidad.4) No podrá el fiduciante realizar ningún acto de disposición material con relación a los bienes del patrimonio fideicomitido sin la previa y expresa conformidad por escrito del fiduciario. En caso de que los actos referidos pudieran generar una disminución del valor de los bienes, deberá contar además con la conformidad del beneficiario. No podrá operarse la retransmisión de los bienes por el fiduciario al fiduciante, si la expresa conformidad del acreedor-beneficiario que este contrato garantiza.

[Derechos del Fiduciante] ***ARTICULO DÉCIMO TERCERO: Derechos del fiduciante:*** *1) Verificar el estado de dominio de los bienes fideicomitidos, así como ser notificado de cualquier medida cautelar o agresión que dichos bienes sufrieran mientras se mantenga el domino fiduciario, así como ser notificado de cualquier actividad judicial o extrajudicial desarrollada por el beneficiario con relación a este contrato.2) Solicitar como tercero interesado las medidas judiciales que crea convenientes a los efectos de ejercer la defensa de los bienes fideicomitidos.3) Cancelado el crédito que se garantiza, en tiempo y forma debidos, exigir extrajudicial o judicialmente la retransmisión de la propiedad de los bienes, en su carácter de fideicomisario, si el fiduciario no la operase por su propia voluntad.4) El fiduciante podrá incorporar al patrimonio fiduciario otros bienes que vea convenir, sea cual fuere su naturaleza, inmuebles, muebles, semovientes y locomóviles, créditos y derechos, con el objeto de aumentar la garantía sin necesidad de autorización alguna, pudiendo cambiar la garantía ofrecida, mediante la restitución y reemplazo, o permutación de los bienes que componen el patrimonio de afectación, si expresamente es autorizado por acreedor-beneficiario.*

[Derechos del Fiduciario] ***ARTICULO DÉCIMO CUARTO: Derechos del Fiduciario:*** *1) Verificar el normal cumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor, con relación al contrato de mutuo garantizado, así como con relación a las demás obligaciones garantizadas con este contrato. 2) Repetir mediante retención de las sumas que el acreedor debe abonar al deudor- fiduciante los importes que hubiera desembolsado para la conservación de los bienes, o los gastos en que hubiera incurrido en el cumplimiento de su función. Mientras eso no suceda, dichos importes generarán un interés igual al establecido por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos. Los importes que le sean debidos, estarán garantizados además con los bienes que constituyen el patrimonio fiduciario. 3) Designar a los profesionales que estime convenientes para proceder al ofrecimiento público en venta de los bienes, martilleros, corredores o intermediarios, determinando a su solo arbitrio los honorarios que percibirán los mismos. Designar a los profesionales que crea convenientes en la celebración de los contratos necesarios para proceder a la venta de los bienes, abogados, notarios, agrimensores y demás profesionales que intervengan en la preparación y celebración del contrato de compraventa de los bienes fideicomitidos, determinando a su solo arbitrio los montos de su retribución y la forma de pago. Realizar las publicaciones y publicidades que crea convenientes a los efectos de la enajenación de los*

bienes, en caso resultar menester su enajenación para la realización del pago al acreedor.4) Cumplido el plazo, o verificada alguna de las condiciones resolutorias, deberá, ya sea transferir el dominio al fideicomisario –en el caso de que se abone totalmente los importes adeudados-, o iniciar el proceso de realización previsto en este mismo contrato, entregando el remanente a los fideicomisarios, siendo los gastos que dicha transmisión genere, soportados por el adquirente de los bienes. En caso de negativa por parte del fideicomisario designado a readquirir el dominio pleno en su carácter de destinatario final de los bienes, por renuncia a ese derecho, podrá el administrador fiduciario hacer abandono de los bienes fideicomitidos, o realizarlos, deducir los gastos incurridos y consignar judicialmente el remanente a nombre del fideicomisario.

[Obligaciones del fiduciario] ***ARTICULO DÉCIMO QUINTO: Obligaciones del fiduciario:*** *1) Arbitrar los medios necesarios para que el dominio de los bienes fideicomitidos no se vea limitado, restringido o afectado por acción de terceros, ajenos a este contrato. 2) Ejercer las acciones legales que corresponden al propietario para la defensa del dominio de los bienes fideicomitidos. 3) Enajenar los bienes en caso de fallecimiento del deudor, o de verificarse algunas de los supuestos de extinción del contrato, de conformidad con el procedimiento de venta que mas adelante se establece. 4) Verificada la venta de los bienes, pagar los importes que adeude el fiduciante al beneficiario, dentro de las cuarenta y ocho horas de percibido el precio de la venta. 5) Entregar el remanente del precio de venta percibido al fideicomisario. 6) Dar fiel cumplimiento al procedimiento de venta de los bienes establecido en este contrato. 7) No renunciar a su carácter de fiduciario en forma intempestiva, y sin la previa conformidad de fiduciante y beneficiario, expresada en forma escrita. En caso de convenirse la aceptación de su renuncia, operar los medios necesarios para la transmisión de los bienes al fiduciario sustituto.8) Realizar los bienes que componen el patrimonio fiduciario, de acuerdo con las formas y prioridades que mas adelante se establecen.*

[Obligaciones de los beneficiarios] ***ARTICULO DÉCIMO SEXTO: DEBERES DEL BENEFICIARIO:*** *1) Acreditar periódicamente al fiduciario acerca de la forma de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contrato de mutuo.2) No iniciar acciones judiciales tendientes al cobro del crédito que con este contrato se garantiza.*

[Derechos del beneficiario] ***ARTICULO DÉCIMO SEPTIMO: DERECHOS DEL BENEFICIARIO:*** *1) Exigir al fiduciario la realización de los bienes fideicomitidos, una vez verificado el vencimiento del plazo, o el acaecimiento de algún hecho resolutorio, de conformidad con el procedimiento de venta pactado. 2) Percibir los importes que se le adeuden por el mutuo garantizado con este contrato, en concepto de capital, intereses y accesorios, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la venta de los bienes, y percibido el precio por el fiduciario. 3) Solicitar judicialmente todas aquellas medidas conservatorias y acciones que correspondan al fiduciario, y que tenga por objeto la conservación de los bienes fideicomitidos, en caso de que las mismas no sean ejercidas por el fiduciario.*

ARTICULO DÉCIMO OCTAVO: *La gestión del fiduciario será remunerada con el cinco por ciento (5%) del importe de la venta del bien entregado en garantía, que a los efectos impositivos se estima en*

pesos cien mil ($1.000.000).Tendrá además derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la realización de la garantía, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos, los gastos en que el fiduciario incurriera al realizar los trámites de la administración.(13)

(13) En este caso, la actividad del fiduciario es onerosa. Las partes pueden pactar libremente la forma de retribución del fiduciario y su cuantía. Puede ser un porcentaje determinado de la deuda, o del monto que se obtenga en caso de venta, estableciendo claramente la forma de valuación de la base de retribución; podría también convenirse una suma fija.-

[Cesación del Fiduciario] ***DÉCIMO DECIMO NOVENO:*** *El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación, de las cuales, especialmente se reglamenta acerca de: Por renuncia, la que deberá ser aceptada por fiduciante y beneficiario, quienes de común acuerdo designarán al fiduciario substituto. La renuncia será presentada con una anticipación no menor de tres meses. La renuncia sólo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando como consecuencia de la misma haya transferido los bienes cuyo dominio fiduciario se encontrare inscripto a su nombre. En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá en primer término conforme lo normado en este contrato, y supletoriamente como lo establecen los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación.*

[Sustitución del Fiduciario] ***ARTICULO VIGESIMO:*** *En caso de producirse alguna de las causales de cesación del fiduciario, las partes designaran un fiduciario sustituto. A partir de la aceptación del carácter de fiduciaria, será transferido a su nombre el patrimonio fideicomitido, titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiere producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato. De ser necesario el reemplazo del administrador nuevamente, el sustituto será designado a propuesta de beneficiario y fiduciario, conjuntamente.*

[Procedimiento de realización de los bienes] ***ARTICULO VIGESIMO PRIMERO:*** *El fiduciante y el fiduciario dejan expresamente establecido la realización de los bienes fideicomitidos se hará del siguiente modo: Los bienes solo podrán y deberán ser enajenados a título oneroso por el fiduciario, una vez acreditado en modo fehaciente las causales de extinción del contrato consistentes en: a) el cumplimiento del plazo máximo previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación de 30 años; b) la muerte del deudor; ó c) el expreso pedido del deudor de anticipar el mecanismo de realización de los bienes. En los restantes supuestos de extinción del contrato de satisfacción total de la deuda, interese, honorarios del fiduciario y gastos; procederá e restituir el bien a cabeza del fiduciante deudor. En el restante supuesto de extinción causado por el incumplimiento de 3 períodos de pago de cuota mensual por parte del acreedor, restituirá el bien al deudor, previa constitución de gravamen hipotecario por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento de los importes nominales abonados por el acreedor al deudor, sumas que el deudor deberá reintegrar dentro del plazo de cinco años sin interés.(14) En los casos que corresponda, el administrador fiduciario quedará facultado a vender los bienes conforme a los parámetros que seguidamente se convienen: a) La venta se realizará por oferta privada, con la intervención de las inmobiliarias titularidad de los Martilleros José Manuel SEGURO con domicilio en Avenida de los*

Negocios 33, de la Capital Federal, cuya intervención es dispuesta por el fiduciario, y María Teresa SOLVENTE, con domicilio en Belgrano 225 de la Ciudad de San Isidro, cuya intervención ha sido dispuesta por el fiduciario. En caso de que alguno de estos martilleros rehúse su intervención, deberá designarse otro por la parte que ha designado al rehusante. Constatada la mora y la falta de pago previa intimación, el fiduciario indicará a los martilleros designados la puesta en venta de los bienes. La venta se realizará con una base de CIEN MIL DÓLARES BILLETE ESTADOUNIDENSES (u$s 100.000), que deberá abonar el comprador en dinero efectivo, no pudiendo transcurrir en el proceso de la transacción mas de cuarenta y cinco días. A la firma del boleto de compraventa, se requerirá el pago de al menos el veinte por ciento del precio, y el saldo no podrá diferirse en más de los cuarenta y cinco días previstos para la finalización de la operación de venta. La base aquí convenida se mantendrá durante el plazo de dos meses contados desde la fecha de iniciación del procedimiento de venta. En caso de no obtenerse la venta, a partir del primer día del tercer mes del procedimiento, la base disminuirá en un cinco por ciento, quedando en la suma de Noventa y cinco mil Dólares Billete Estadounidenses (u$s 95.000); en caso de no haber obtenido la venta, trimestralmente se operará una disminución del cinco por ciento de la base. El fiduciario asegurará la debida publicidad de la oferta mediante avisos que se publicarán en portales digitales, y en el Diario La Nación, al menos dos veces a la semana, desde que se inicie el procedimiento de venta. e) El fiduciario deberá intimar la restitución de la tenencia de los bienes a su tenedor, dentro de los cinco días de producida la mora que faculta la venta de los bienes. En caso de que el tenedor no restituyera los inmuebles al dueño fiduciario, procederá al demandar la restitución judicialmente, quedando facultado para exigir el lanzamiento. f) Una vez obtenido el mejor postor, se procederá a celebrar el boleto de compraventa, en el que no podrá financiarse el pago del saldo de precio por mas de treinta días, contra el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, o mediante la transmisión de dominio de los bienes fideicomitidos conforma a su naturaleza. g) percibido el precio, el fiduciario procederá a cancelar las deudas que existieran a favor del beneficiario. Desinteresado el acreedor, el remanente tendrá el destino aquí establecido.

(14) En el fideicomiso de garantía es importante establecer claramente como se verificará la mora (en este caso del acreedor).Optamos por objetivizar la mora en la persona del fiduciario, quien para constatar el hecho, debe intimar de pago al acreedor. Consideramos que en caso de dudas, el fiduciario debe abstenerse de realizar los bienes. Por eso, también es importante que la obligación garantizada tenga claramente establecido el plazo, para no tener que acudir a un incidente judicial de fijación de plazo.

(15) La selección del procedimiento de venta es libre. Aquí se designan dos martilleros para realizar la venta y se establece una base, para proceder a una venta privada. Puede optarse por otros procedimientos, a cuyo efecto, remitimos al procedimiento de venta establecido en los otros modelos; puede hacerse una licitación por sobre cerrado; establecerse publicidad mínima; determinar la base de venta, etc.

[Liquidación] ***ARTICULO VIGESIMO CUARTO: LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO:*** *El patrimonio fiduciario se liquidará conforme su resolución reconozca como causa: 1) el pago total de la obligación garantizada; 2) el vencimiento del plazo, o el cumplimiento de la condición. En el primer*

supuesto, desinteresado el administrador fiduciario habiéndosele reembolsado los gastos en que hubiera incurrido, este transferirá el dominio a los fideicomisarios designados, o a favor del mismo fiduciante deudor. En el segundo supuesto, realizados los bienes en cumplimiento de este pacto de fiducia, deducidos los reembolsos de gastos al fiduciario, el remanente se entregará a los fideicomisarios, conforme lo aquí establecido.

[Jurisdicción y Domicilios] ***ARTICULO VIGESIMO QUINTO****: Para todos los efectos derivados del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios del departamento judicial la Ciudad de Buenos Aires, constituyendo domicilios especiales en los enunciados al inicio de este contrato, en los que se tendrán como válidas las notificaciones judiciales o extrajudiciales cursadas.*

CONSTANCIAS NOTARIALES: *Y yo el autorizante hago constar: Que el presente contrato de fideicomiso reviste el carácter de oneroso en virtud de que la función del fiduciario es remunerada.*

LEO a los comparecientes, quienes así la otorgan y firman ante mi, doy fe.

Nota: Los espacios en blanco han sido dejados al solo fin didáctico, y no se corresponden con la técnica notarial.

Bibliografía

Se especifican únicamente obras completas consultadas, el resto de la bibliografía y materiales digitales consultados, constan en notas aclaratorias a pie de página.

- ARAZI, RONALD, "Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y a los procesos en trámite en el derecho de familia", Revista de Derecho Procesal, 2015-2, p.31.
- AREÁN, Beatriz, "Bien de Familia", Hammurabi, 2001.
- ARMELLA, Cristina, "Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario" Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. Editorial: Ad-Hoc. Año: 1998 (Primera Edición).
- ARMELLA, Cristina, ESPER, Mariano, "Summa Notarial Registral e Inmobiliaria" 6 tomos. Ed. Abeledo Perrot.
- ARMELLA, Cristina (Directora) Esper Mariano (Investigador) Maximos referentes jurisprudenciales CSJN. Contratos. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2014
- ARMELLA, Cristina N. COSOLA, Sebastián J. Abordaje teórico y Práctico de la Ley 26. 579 de mayoría de edad. Ed. Ad. Hoc Buenos Aires 2011.
- BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, 9° ed. Act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- BIDAU, José F., "El derecho de ambos cónyuges de exigir el reintegro del valor no invertido de sus bienes", p. 445, núm. 3, Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1946.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1991.
- BOSSERT, Gustavo "Alimentos de hijo menor: asignación de uso de un inmueble del alimentante" LL 1992-A-789.

- BUERES, Alberto J, CAUSSE, Federico, PETTIS, Christian. Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales. Ed. Hammurabi. 2015.

- BUERES, Alberto J. Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Tomo 1 y 2. Ed. Hammurabi, 2014.

- CALO, Emanuele, “La planificación patrimonial internacional del derechos de familia y sucesiones”. FEN.

- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. RdN 927 (enero-marzo 2017).

- CIFUENTES, Santos, “El bien de Familia”, LL 108-1050.

- CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado Anotado y Concordado”. Modelos de redacción sugeridos. Ed. Astrea. Fen. Buenos Aires 2015.

- DAVOBE, María Isolina. Derechos Humanos de las personas Mayores. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2017. 2da. Edición.

- DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La restitución de los bienes propios del marido, cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", J. A., t. 75, p. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., Manual de Derecho de Familia, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

- DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Arial, Barcelona, 1984, traducción de Guastavino, M., p.26.

- FAMÁ, María Victoria, “¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista por el art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales? RDF, N °15, 1999.

- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. Editorial Astrea. Buenos Aires 2015. 5ta. Edición actualizada.

- GROSMAN, Cecilia P., “Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio” en Enciclopedia de Derecho de Familia, Lagomarsino, Carlos A. R y Salerno, Marcelo U, T. II. Universidad. BA 1994, ps.458 y 459.

- GROSMAN, Cecilia P. Directora. Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de Familia. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 31 de mayo de 2015.

- GURFINKEL de WENDY, Lilian N. (directora) Summa de Derechos Reales. Varios Tomos. 2012. Abeledo-Perrot.

- JAVIER, Francisco y MOLINS, Canal, Atribución del derecho de uso de vivienda familiar en procesos de separación, nulidad y divorcio.

- JORNADAS NOTARIALES ARGENTINAS 1944-2008. FEN. Primera Edición. 2010.

- KEMELMAJER de Carlucci, Aída, La Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte. Análisis de Doctrina y jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 136 y ss.

- KEMELMAJER de Carlucci, Aída, "Protección de la vivienda familiar" Hammurabi, BA, 1995, p.385.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa (coord.) La familia en el nuevo Derecho. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2009.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia, según el código civil y comercial de 2014, 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni. Editores. Santa Fe, 2014.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, MOLINA DE JUAN, Mariel, Alimentos. 2 Tomos, Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2013.

- LASARTE, Carlos. Prácticticum de Derecho Civil. Derecho de personas y Familia, Segunda Edición. Marcial Pons. Barcelona. 2011.

- LEVY, Lea y Bacigalupo de Girard, María "La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil" en Revista de Derecho de Familia N° 57, octubre de 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A. Código Civil anotado. Tomo III A.

- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil - Parte General", t. I, núm. 128.

- LLORENS, Luis Rogelio. TAIANA de BRANDI, Alicia. Estipulaciones y Disposiciones para la propia incapacidad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1996.

- LLORENS, Luis Rogelio. RAJMIL, Alicia Beatriz. Derecho de Autoprotección. Editorial Astrea. Buenos Aires 2010.

- LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Buenos Aires, 2009.

- LOPEZ de ZAVALIA, Fernando. Teoría de los contratos. Tomo I. Parte General. Ed. Víctor P. de Zavalía. Bs. As. 1984.

- LORENZETTI, Ricardo, Las normas fundamentales de derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 308.

- LORENZETTI, Ricardo L. Código Civil y Comercial Comentado. Rubinzal Culzoni. Editores. Santa Fé 2015.

- MAZEAUD, Henri, León y Jean, "Lecciones de derecho civil". Parte IV, t. 1, Nº 412.

- MAZZINGHI, “Derecho de Familia”, T II.

- MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia" Nº 189 b) y 194.Ed. Abeledo Perrot. Bs. As.

- MEDINA, Graciela, “El orden público en el derecho de familia”, LL 10/11/2015.

- MUSTAPICH, “Bien de Familia”, JA, 1956-I-153.

- NERI, Argentino I. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 2. Instrumentos. Vol. 3. Escrituras y Actas. Vol. 4. Protocolo. Títulos. Ed. Depalma. Buenos Aires ,1969.

- NUÑEZ LAGOS, Rafael. Los esquemas conceptuales del instrumento público. La Plata: Universidad Notarial Argentina, 1967.

- PALACIOS AGUSTINA. Directora. Capacidad Jurídica. Discapacidad y Derechos Humanos. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2012.

- PECES-BARBA MARTINEZ y otros. Lecciones de Derechos Fundamentales. Dykinson. Madrid. 2005.

- PEREZ RINCON, Socorro y TELLO i ROBIRA, Rosa (eds.), ¿Derecho a la vivienda? Miradas críticas a las políticas de vivienda. Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012.

- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil", sobre el tratado de Planiol, Ed. LA LEY, t. IX, Nº 889

- RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela (directores) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Varios Tomos. La Ley 2014.

- SAUX, Edgardo, “Conflicto entre derechos fundamentales”, LL 2004-A-1078.

- SCATOLINI, Luciano, Hábitat, Hacia un nuevo paradigma urbano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. 2014.

- ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, 5° ED. Act. Astrea, Buenos Aires, 2006.

- ZANNONI, Eduardo A. Ineficacia y nulidad de lo Actos Jurídicos. Astrea. Buenos Aires 1986.

- ZITO FONTAN, Otilia del Carmen. (coordinadora) Hacia un nuevo Concepto de Capacidad Jurídica. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2014

UNIVERSIDAD DEL NOTARIADO MUNDIAL
PLATAFORMA EDUCATIVA VIRTUAL
Y LAS ACADEMIAS

Capacitación continua en la UINL



UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

1



UNIVERSIDAD DEL NOTARIADO MUNDIAL (UMN)

JEAN PAUL DECORPS

DISCURSOS. EXPOSICIONES ABREVIADAS. SEMINARIO WEB DE CLAUSURA
MODALIDAD VIRTUAL

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO



NOT. CRISTINA ARMELLA, PRESIDENTA DE LA UINL

PALABRAS DE BIENVENIDA

UNIVERSIDAD DEL NOTARIADO MUNDIAL - *JEAN PAUL DECORPS* - UMN 2020-2022

Les doy la bienvenida a esta nueva edición de la "Universidad del Notariado Mundial" que organiza la UINL bajo la designación del Profesor Jean Paul Decorps.

Hoy 16 de julio de 2020 es otro día histórico para nuestra organización internacional.

Nuestra oferta de capacitación presencial anual destinada a los notarios más jóvenes de cada uno de los ochenta y nueve notariados que integran la Unión, que viene desarrollándose desde el año 2012 con sede primero en Roma y al año siguiente en Buenos Aires (solo suspendida durante el año 2019), tuvo que adaptarse a la nueva realidad que vivimos.

La declaración de pandemia el 11 de marzo de 2020 por parte de la Organización Mundial de la Salud, Agencia de las Naciones Unidas, a partir de la aparición del COVID 19, ha modificado nuestras vidas y nos ha acercado mucho más a los medios tecnológicos.

Los Gobiernos han tenido que dictar medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio para evitar la circulación de personas y de esa forma evitar también el contagio.

Esto impactó fuertemente en el ejercicio de notariado en cada uno de los países afectados.

La expansión del virus de este a oeste ha provocado que las experiencias que se vivieron en el continente asiático se replicaran luego en Europa, África y América.

Ello originó que mientras algunos países ya están saliendo del aislamiento o entrando en un nuevo rebrote de la enfermedad, otros estamos viviendo la etapa más dura de expansión del virus.

Este es un golpe a la humanidad sin precedentes. Lamentamos los contagios, las muertes y lamentamos también las pérdidas económicas.

Inicié la Presidencia de la Unión en enero de 2020. En marzo se declaró la pandemia global. Esta situación inédita me inspira la siguiente reflexión.

Uno de los puntos fundamentales de mi plan de acción para período 2020-2022 fue la incorporación de las nuevas tecnologías en la gestión de la Unión, con la finalidad de la difusión, la comunicación y la capacitación.

Por entonces planteaba tan solo un proyecto de gestión. No era posible ni siquiera imaginar que ese proyecto se convertiría en una realidad por cuestiones ajenas a la propia voluntad de todos quienes integramos la actual conducción de la UINL.

La pandemia hizo lo suyo y nosotros lo nuestro.

Frente a la preocupación, la angustia, la desazón, tenemos la capacidad humana de la resiliencia, que nos permite adaptarnos a las nuevas circunstancias. Pudimos habernos paralizado. Sin embargo, seguimos adelante con más energía que antes.

Administramos una encuesta dirigida a todos los notariados miembros para conocer las medidas implementadas frente al aislamiento, realizamos visitas virtuales a los diferentes notariados para poder conversar directamente con sus autoridades, celebramos la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos y la reunión del Consejo de Dirección, on line, creamos la plataforma virtual educativa, cuya primera etapa ya está construida como repositorio de información científica para todos los notarios del mundo cuyo lanzamiento lo esperamos para setiembre de este año, estamos fortaleciendo el rol de las Academias Notariales continentales, creando las que faltan para África y Asia, participamos en "webinar" compartiendo opiniones sobre temas de actualidad, todo ello con la ayuda de la tecnología.

Y también realizamos esta nueva edición de la Universidad del Notariado Mundial, ahora "on line".

Así, nuestra capacitación presencial tuvo que reconvertirse en capacitación virtual.

Este es un enorme desafío que supimos abordar. Quisimos asegurar la continuidad educativa.

No fue nuestro deseo interrumpir una vez más nuestra edición de la Universidad.

Por eso todos quienes protagonizamos esta oferta educativa, el Director Científico, nuestro inspirador Jean Paul Decorps, los profesores y el equipo de gestión institucional, todos decidimos vivir esta experiencia y los convocamos a ustedes, los alumnos, que han sabido, también, aceptar y afrontar este nuevo desafío. Por eso digo, sin temor a equivocarme, que estamos construyendo una nueva etapa en la UINL.

Experimentamos una realidad en continua evolución y los resultados que obtengamos, quizás se modifiquen más adelante. Por ahora podemos sostener una primera conclusión. Hemos podido con la adversidad y entendemos que esa misma adversidad nos ha brindado un escenario propicio para impulsar el uso de los avances tecnológicos.

Así, creamos un nuevo espacio virtual de estudio y reflexión.

Salir del aislamiento será tan difícil como transitarlo. Por ello debemos vivir esta experiencia como un nuevo aprendizaje. La oportunidad de utilizar esta plataforma para comunicarnos nos permite estar cerca a partir de la distancia.

Tratemos todos de desarrollar en la vía virtual los mismos valores de la actividad presencial. Reúnanse virtualmente para preparar sus investigaciones, generen un sólido compañerismo y consoliden una red de pertenencia como alumnos de la Universidad del Notariado Mundial. Profundicen sus estudios, interésense por el derecho que rige en otros países, sean observadores críticos de los aspectos prácticos de los requerimientos notariales y agudicen sus habilidades al tiempo de redactar los actos auténticos. Sus profesores los estaremos acompañando.

Tengamos la esperanza que pronto podremos experimentar un nuevo encuentro con inmediatez, con la felicidad de haber podido continuar profundizando los conocimientos científicos. El "lei motiv" de mi Presidencia es *"innovar, sin perder la esencia"*. Y es lo que estamos haciendo.

Ahora los agradecimientos.

Gracias.

A quien fuera el inspirador de esta oferta educativa que sabemos mantener vigente, a nuestro querido Presidente Honorario Jean-Paul Decorps.

Al Director Científico el Profesor Thierry Vachon, por enunciar las directrices de investigación.

A nuestros Profesores Christine Morin, Michel Grimaldi y Luc Weyts, por brindarnos todos sus saberes.

A nuestros alumnos, en tanto sin su entusiasmo, no existiría la Universidad del Notariado Mundial.

Y a todo nuestro sostén administrativo de la Secretaría de Roma, Elena Bevilaqua, Rita Caffelli y Elodie Letouche por su esfuerzo incondicional.

Gracias a todos nuevamente.

Doy así por iniciada esta nueva edición de la Universidad del Notariado Mundial para el período 2020-2022 que abordará el tema de:

"El notario: un actor importante de seguridad en el Derecho Continental: Protección del ciudadano - Protección de la sociedad."

Les deseo el mayor de los éxitos.

Not. Dra. Cristina N. Armella
Presidenta de la UINL



UNIVERSIDAD DEL
NOTARIADO MUNDIAL (UMN)



EXPOSICIONES ABREVIADAS

PROFESORES:
CRISTINA ARMELLA. CHRISTINE MORIN.
MICHEL GRIMALDI . LUC WEYTS. JEAN-PAUL DECORPS

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

EL NOTARIO: un actor importante de seguridad en el Derecho Continental

Protección del ciudadano - Protección de la sociedad

ENFOQUE: RESPUESTA Y ADAPTABILIDAD
DE LA FUNCIÓN NOTARIAL TRAS LA PANDEMIA

PR. CRISTINA ARMELLA



LA FAMILIA

Introducción

El abordaje propuesto del notario en su rol de hacedor de la seguridad jurídica dentro del sistema del notariado de tipo latino, como protector del ciudadano y en consecuencia de la sociedad toda, con respecto al tema de "familia" lo circunscribiremos de los subtemas de matrimonio, divorcio, convivientes, filiación, régimen patrimonial del matrimonio y protección de la vivienda familiar y convivencial.

Sabemos que el contenido propuesto es profuso, pero nuestro foco de atención lo debemos direccionar hacia el desarrollo de estas figuras jurídicas, primero dentro del ámbito notarial y luego circunscripto a esta etapa de pandemia y de la utilización de las herramientas tecnológicas.

Los alumnos deberán confeccionar las respuestas de acuerdo al ordenamiento jurídico que rige su lugar de origen.

Como ya hemos expresado la declaración de la pandemia el 11 de marzo de 2020 por parte de la Organiza-

ción Mundial de la Salud, ha generado un nuevo escenario a nivel mundial. Ninguno de los ochenta y nueve países cuyos notariados integran la Unión Internacional del Notariado es ajeno a esta circunstancia. Por tanto, tampoco lo son los treinta y cinco países a los cuales pertenecen nuestros alumnos.

Ello significa que todos los asistentes y partícipes de esta oferta educativa virtual son protagonistas de esta nueva realidad, que los puede situar en el peor momento de la enfermedad o ya saliendo del aislamiento, como sucede en algunos países europeos.

Todos, entonces, deberemos analizar las normas nacionales que se dictaron a consecuencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio y su impacto en el derecho de fondo de cada uno de los países, en el ejercicio de la función pública notarial y en la utilización de los avances tecnológicos a los que se ha tenido que acudir a los efectos de paliar las consecuencias del aislamiento de las personas humanas o del distanciamiento social que sobrevino después.

Encontramos un común denominador con respecto a considerar al ejercicio de la función pública notarial como un servicio esencial. Consecuencia de ello es que, como tal, podía estar, bajo ciertas circunstancias, exceptuado del aislamiento. Ello implica abastecer requerimientos que se califiquen especialmente de "fuerza mayor" o de "impostergabilidad".

Es así, como el notariado tuvo que adoptar nuevas modalidades frente a los requerimientos. En especial, las pautas que tienen que ver con las normas de salubridad o sanidad. La atención por turnos predispuestos, evitar reuniones de personas, implementar todas las medidas necesarias para impedir el contagio o la propagación de la enfermedad. Todas son normas de orden público, de cumplimiento imperativo. Su violación implica la comisión de delitos penales. El bien jurídico protegido es la salud pública.

Dentro de este marco legal se desarrolla la vida de los habitantes de un determinado territorio. Su seguridad jurídica depende en un alto grado de la forma en que se preste el servicio notarial. Y la seguridad individual construye la seguridad de toda la comunidad. Consecuentemente el notariado representa un servicio esencial, razón por la cual ha existido y existe esta calificación que debemos honrar.

La doctrina inveterada sostiene que la familia es la célula de toda sociedad. Como también es cierto que el concepto de familia en nuestros tiempos dista mucho de aquel concepto originario. Hoy se reconocen matrimonios de igual o distinto sexto, familias mono o pluriparentales, ensambladas, entre muchas otras clasificaciones. No obstante, el matrimonio es la institución jurídica que dispara una serie de efectos tanto personales como patrimoniales.

El matrimonio

Así nos interesa que los alumnos analicen la celebración del matrimonio en sede notarial, sus requisitos, sus formalidades, su inscripción, su eficacia. Esta competencia material notarial no se reconoce en todos los países. Ello fundamenta su análisis pormenorizado con la finalidad de poder expandir su aplicación en los ordenamientos jurídicos que aun hoy no lo aceptan. Como así también conocer acabadamente los efectos transfronterizos de un matrimonio bajo formalidades notariales, celebrado en un país y su oponibilidad en otro. Es importante también la calificación documental de la justificación de la existencia del matrimonio, cuando el soporte documental es digital. Recoger, además, la experiencia en la celebración de matrimonios en aislamiento enriquecerá nuestra experiencia.

El divorcio

Otro tema es el divorcio en sede notarial. Nos preguntamos si las normas del aislamiento por la pandemia ¿impactaron sobre el trámite del divorcio? ¿Si existen más o menos divorcios? ¿Si se pudieron tramitar notarialmente como antes del aislamiento o hubo que adoptar nuevas conductas?

El abanico de posibilidades nos permite abordar esta incumbencia notarial, en toda su extensión. La competencia del notario que le permite intervenir en el divorcio puede o no ser concurrente con la competencia judicial o aun, de cualquier otra autoridad pública.

Se debe destacar cuál es el procedimiento para poder decretar o determinar el divorcio vincular o cualquier otra clase de divorcio en sede notarial, como así también cuales son sus efectos o consecuencias, tanto personales como patrimoniales.

La formalidad por escritura pública o escritura acta de notoriedad debe ser estudiada en su contenido y alcances, como así también su registración a los efectos de la publicidad inscriptoria y oponibilidad.

Los convivientes, concubinos o parejas de hecho

Si analizamos el régimen del matrimonio no podemos dejar de estudiar el tema de la convivencia y el rol fundamental que desarrolla el notariado ante esta situación de hecho.

Los distintos ordenamientos jurídicos le han reconocido más o menos efectos a la figura jurídica de la convivencia. Es casi excepcional que no exista sistematización y que en consecuencia, se le aplique el régimen de alguna figura jurídica afín, como la sociedad de hecho, específicamente para los efectos económicos.

Causa suficiente para que el notariado se mantenga presente ante la situación de dos personas humanas de igual o distinto sexo que deciden tener un proyecto de vida en común a partir de una vinculación afectiva o no. El asesoramiento notarial en estos casos es fundamental. Como así también la instrumentación de los acuerdos convivenciales, sus modificaciones y aun en casos de extinción.

Los principios de igualdad y libertad que rigen al matrimonio en este siglo, fundado ello en la constitucionalización del derecho privado y la raigambre constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, obligan a sostener que aun en la convivencia, este régimen de la autonomía de la voluntad adquiere una mayor presencia.

Es el notario el que debe asistir a estas personas humanas con un asesoramiento completo acerca de cuáles son los derechos y obligaciones que tienen, más allá del propio régimen jurídico imperante.

Y aun al tiempo de la extinción de la convivencia es fundamental que los convivientes traten de evitar el conflicto. La intervención notarial, puede coadyuvar a la celebración de un acuerdo extrajudicial que los coloque en un pie de igualdad como resultado de la imparcialidad notarial. La propia condición de perito en derecho le proveerá al notario las habilidades en derecho para la correcta interpretación y aplicación de cuál puede ser el resultado más conveniente para el caso concreto.

La filiación

El notariado también está presente en los casos de filiación tanto sea como fruto de una procreación por naturaleza, como en la adoptiva o en la reproducción humana asistida.

Vale aquí analizar los diferentes actos jurídicos que se pueden celebrar ante notario y que tienen que ver con la relación personal de una persona humana con su descendencia, aun en supuestos de filiación por subrogación de maternidad o de filiación postmorten, pudiendo recoger en un documento notarial manifestaciones fehacientes.

Son posibles el reconocimiento de hijos por escritura pública o testamento y las declaraciones de guardas en sus distintas modalidades, aun entre progenitores y progenitor afín. Un punto fundamental es el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con relación a su interés superior, al grado de madurez suficiente, al

derecho a ser oído y de participar siendo adolescente en aquellos actos de su interés.

Todos estos derechos se pueden ejercer en el ámbito notarial.

Nos parece fundamental analizar cómo impactaron las normas del aislamiento con respecto a los hijos menores de edad en caso de progenitores que no conviven, frente a la prohibición de circular y las autorizaciones puntuales al efecto.

Por último, el notario puede intervenir en la confección de la preconstitución de la prueba en caso de la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este es una competencia irrenunciable.

El régimen patrimonial del matrimonio

Una de las calificaciones más importantes que realiza el notario en el ejercicio de su función en la cotidianeidad es la determinación de la naturaleza jurídica de los bienes que integran el patrimonio de las personas humanas casadas, divorciadas o viudas. Para ello es imprescindible conocer acabadamente cuáles son los regímenes patrimoniales matrimoniales regulados en el ordenamiento jurídico de cada país y sus características tipificantes.

La pluralidad de regímenes se impone mayoritariamente en el derecho comparado. Razón por la cual es fundamental analizar las posibles intervenciones notariales en la materia.

Las convenciones matrimoniales antes o durante el matrimonio generan un interés particular y más precisamente sus alcances, contenido y registración.

También el notario puede intervenir en la liquidación, partición y adjudicación de la indivisión postcomunitaria al tiempo de la extinción del régimen de comunidad, bajo ciertos recaudos, a veces de ausencia de conflicto.

Pero lo más importante es analizar cómo afectaron las normas del aislamiento en el régimen patrimonial del patrimonio. En especial porque al tiempo de la salida del aislamiento existirán graves problemas económicos que impactarán sobre los bienes de los cónyuges. En estos casos el asesoramiento notarial será vital. Razón por la cual se impone su análisis.

La protección de la vivienda familiar o convivencial

Como consecuencia de lo anterior se impone el abordaje de las figuras jurídicas que integran el estatuto de la protección de la vivienda familiar o convivencial en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Nuevamente el asesoramiento que el notario pueda brindar a los cónyuges o convivientes en esta época de aislamiento social y para su salida es fundamental. Inembargabilidad, inejecutabilidad, limitaciones a la libre disponibilidad y el juego de los derechos de terceros frente a los de los propios cónyuges o convivientes, son los puntos principales a tener en cuenta.

Not. Dra. Cristina N. Armella
Profesora Titular por concurso de las materias "Contratos Civiles y Comerciales" y "Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Rectora de la Universidad Notarial Argentina. República Argentina.

LES PERSONNES

PRÉPARÉ PAR ME CHRISTINE MORIN. PROFESSEURE AU CANADA ET NOT. E.



Introducción

Bonjour à tous,
Je suis heureuse d'être parmi vous aujourd'hui grâce à la technologie pour cette édition virtuelle de l'Université du notariat mondial, même si j'aurais évidemment préféré vous rencontrer en personne. Étant donné que je suis une personne optimiste, j'ose croire que j'aurai le bonheur de discuter avec vous tous, en personne, d'ici le Congrès en 2022.

Comme Me Vachon et Me Armella l'ont mentionné avant moi, le thème de l'Université du notariat mondial pour le triennat 2020-2022 est « Le notaire : un acteur majeur de la sécurité dans le droit continental : Protection du citoyen – Protection de la société ».

C'est connu, dans les pays de tradition civiliste, le notaire est appelé à jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de la protection des personnes, mais aussi de leur famille et de leurs proches, tant en ce qui a trait à leur bien-être personnel qu'à la préservation de leur patrimoine.

C'est de ce rôle du notaire dans la protection des personnes dont il va être question dans mon cours.

L'objectif de l'édition 2020-2022 de l'Université du notariat mondial en droit des personnes va être double. Il va s'agir:

• De mieux connaître l'état du droit à propos du rôle du notaire dans la protection des personnes dans le pays de chacun d'entre vous;

• D'échanger sur les meilleures pratiques notariales dans chacun de vos pays.

Je vais attendre vos contributions écrites sur deux thèmes principaux, soit :

• Le rôle du notaire dans la protection de la personne inapte, incapable ou en situation de vulnérabilité, ainsi que dans la protection de son patrimoine (à l'exclusion des questions de droit familial, successoral et des sociétés (entreprises) qui sont traitées dans les autres cours).

• Le rôle du notaire dans la protection de la personne ou de ses volontés en matière de soins.

Pour les étudiantes et étudiants qui vont devoir répondre à mon questionnaire, vous allez remarquer que les questions qui vous sont proposées ont pour objectif d'entamer un dialogue sur les normes, mais aussi sur les pratiques qui sont en place dans votre pays lorsqu'il s'agit de la protection des personnes et de leurs proches.

On va aussi avoir l'occasion de réfléchir ensemble à l'opportunité de rechercher un certain équilibre dans la mise en place de mesures destinées à protéger les personnes. Si le désir et la volonté de protéger semblent louables, qu'est-ce que ça signifie, concrètement, de « protéger » une personne? Est-ce qu'une personne doit être protégée malgré elle ou malgré ses volontés? Est-ce qu'une personne doit être protégée même au détriment de sa liberté?

En cette période de pandémie du coronavirus, il apparaît également nécessaire de porter une attention spéciale au rôle du notaire dans la protection des personnes depuis le début de la pandémie.

Est-ce que le rôle du notaire dans la protection des personnes a évolué depuis le début de la pandémie dans votre pays? Est-ce que ce rôle devrait évoluer, notamment en raison des nouvelles contraintes en matières sanitaires, sociales et juridiques?

Je vous donne un exemple. On sait maintenant que les effets du coronavirus semblent plus virulents ou plus importants chez les personnes âgées que dans le reste de la population et que le coronavirus semble entraîner un plus grand nombre de décès chez les personnes âgées. Face à ces constats, certains gouvernements à travers le monde ont adopté des lois ou des mesures particulières pour protéger les personnes de plus de 60, 65 ou 70 ans.

Cela a été le cas entre autres, chez moi, au Canada. Plus particulièrement dans ma province, le Québec, des mesures de confinement particulières ont été adoptées dans le but de protéger les personnes âgées, particulièrement celles qui vivent dans des résidences pour personnes âgées ou dans des centres d'hébergement et de soins de longues durées.

Toujours dans mon pays, il y a aussi des entreprises qui se sont adaptées pour protéger leurs clients. Par exemple, certains commerces ont établi des plages horaires spécifiques réservées exclusivement à l'usage de leurs clients plus âgés, pour favoriser la distanciation physique et pour essayer de limiter la propagation du virus entre les clients. Certains commerces ont aussi remis gratuitement des masques ou des couvre-visages à leurs clients.

Des bureaux de notaires se sont aussi adaptés au Québec. Certains bureaux de notaires ont modifié leur mode de fonctionnement pour signer des actes notariés à distance ou encore pour recevoir leurs clients en prenant davantage de mesures de précaution. Par exemple, certaines études de notaires ont veillé à ce que les clients plus âgés ou aux prises avec problèmes de santé qui devaient se rendre à leurs bureaux n'entrent pas en contact physiquement avec d'autres personnes, que ce soit dans le bureau du notaire ou encore dans la salle d'attente.

Ensemble, j'aimerais qu'on voie ce qui en est chez vous. Est-ce que votre pays prévoit des mesures particulières

destinées à protéger la population plus à risque ou les personnes plus âgées? Est-ce que la pratique de votre notariat s'est adaptée ou a changé depuis le début de la pandémie? Est-ce que vous croyez que la pratique du notariat devrait évoluer, à court ou à moyen terme dans cet objectif de mieux protéger?

De façon plus générale, on va aussi, bien entendu, discuter du rôle des notaires dans la mise en place des régimes de protection des personnes inaptes, dans la rédaction des mandats de protection future et dans d'autres mesures de protection des personnes en situation de vulnérabilité dans votre pays.

On va également parler de la possibilité pour une personne de prévoir ses volontés en matière de soins de santé de façon anticipée et du rôle du notaire dans la consignation de ces volontés en matière de soins.

On va essayer de voir ensemble si, depuis le début de la pandémie, on peut observer une augmentation du nombre des documents légaux signés devant notaire qui visent à « protéger » les personnes et leur patrimoine.

C'est sur tous ces sujets et plusieurs autres qu'on aura l'occasion d'échanger prochainement.

À travers ce cours, on va apprendre les uns des autres et l'on va être en mesure de s'inspirer mutuellement afin de contribuer à mieux protéger les clients qui font appel aux services d'un notaire, que ce soit en période de pandémie ou non, et ce, partout à travers le monde.

J'ai déjà hâte de vous lire! À bientôt!

Christine Morin

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

SUCCESSIONS

PROFESSEUR MICHEL GRIMALDI. UNIVERSITÉ PARIS II



Presentation generale du theme

1. Le notaire est un **officier public** délégataire d'une double mission de service public : mission d'**authentification** et mission de **conseil**.
D'une part, il authentifie les conventions des particuliers en les constatant dans un acte qui est doté d'une force probante particulière et du privilège de la force exécutoire, et dont la conservation est assurée.

D'autre part et en amont, il doit aux parties – et à toutes les parties – avant qu'elles ne consentent un conseil absolument impartial qui les éclaire sur le sens et la portée de leurs engagements.

2. Cette double mission est sans nul doute d'une importance particulière en **matière successorale**. Le devoir de conseil et le devoir d'authentification – pour prendre les choses dans l'ordre chronologique – y revêtent une importance particulière :

Le devoir de conseil

• En premier lieu, lorsque, par une disposition à cause de mort, tel un testament ou institution contractuelle, une personne entend régler sa succession pour le jour où elle s 'ouvrira, elle s'exprime en contemplation de sa propre finitude et souvent à un moment proche du terme de sa vie.

Or cette perspective peut, sur le fond, troubler son discernement, conduire à des exclusions ou des élections

déraisonnables. Aussi est-il bon qu'un professionnel accoutumé à la réception des dernières volontés lui fasse prendre une claire conscience de la portée de celles-ci au fil d'un dialogue conduit avec tact et délicatesse.

En outre, cette même perspective peut, en la forme, troubler l'expression de sa volonté, formulée en des phrases obscures, confuses voire contradictoires (qui ne connaît l'inépuisable contentieux de l'interprétation des testaments olographes). Aussi est-il utile que ce même professionnel l'aide à formuler clairement ses volontés, celles-ci une foi arrêtées.

• En second lieu, celui qui règle sa succession – que ce soit pour l'heure de sa mort (par des dispositons de dernière volonté) ou par anticipation (par des dispositions entre vifs : donations ou pactes successoraux) le fait pas des actes dont les effets sont d'une grande complexité et d'une technicité parfois redoutable : le rapport à fin d'égalité, la réduction pour atteinte à la réserve, la libéralité transgénérationnelle supposent une compétence juridique qui ne relève pas de la culture générale... L'assistance d'un professionnel est nécessaire à une bonne compréhension de tels actes.

Ajoutons que ce devoir de conseil, au fond et en la forme, est d'autant plus important que le règlement successoral ne sort ses pleins effets qu'après la mort du de *cujus* : à un moment, donc, où celui-ci n'est plus là pour corriger ou expliquer ce qu'il a voulu... L'injustice ou l'incertitude du règlement qu'il a maladroitement aménagé alimentent alors un contentieux d'autant plus redoutable que, derrière les intérêts patrimoniaux, ce sont des rancœurs et des rancunes familiales qui s'expriment : le patrimoine est l'exutoire de frustrations personnelles, le ressentiment affectif l'emporte sur la rationalité économique. C'est ce contentieux à rebonds que l'intervention notariale permet de prévenir. Ici plus qu'ailleurs, le notaire est l'agent d'un service public de la prévention des litiges, grâce auquel les tribunaux, chargés du service public de la résolution des litiges, sont pour une large part désencombrés.

Le devoir d'authentification

Si, en matière successorale, le devoir d'authentification est particulièrement précieux, c'est principalement pour la raison qui vient d'être dite à propos du devoir de conseil : à l'heure du règlement successoral, le de *cujus* n'est plus là pour dire s'il est ou non l'auteur du testament brandi par un soi-disant légataire ou encore pour départager ses enfants sur l'existence controversée d'un don manuel qu'il aurait fait à l'un d'eux. Il est donc particulièrement opportun que le règlement successoral soit constaté dans un acte dont la force probante soit suffisante et la conservation assurée : deux qualités qui sont celles de l'acte notarié.

Songeons au testament. S'il est olographe, il n'est qu'un acte sous signature privée : comme tel, il ne fait pas foi de son origine (les héritiers pourront dénier la signature de leur auteur et ce sera au légataire d'établir que le testament est bien l'œuvre du de *cujus*), et il est exposé au risque de perte fortuite par le testateur lui-même (qui l'égare parmi ses paires domestiques et le supprime par inadvertance) ou de destruction frauduleuse par les héritiers auxquels il préjudicie. Si, en revanche, il est authentique, il fait foi de son origine jusqu'à inscription de faux et il est conservé par le notaire au rang de ses minutes.

3. La crise sanitaire de ces derniers mois a replacé au centre de la vie sociale la mission de l'Etat. L'utilité des services publics – que de bons esprits contestaient au nom d'un libéralisme sans limites qu'ils vantaient comme étant la source d'une prospérité universelle – a été amplement démontrée. Les exigences de santé publique ont été réaffirmées et la *sécurité sanitaire* est apparue comme relevant, pour une large part, de l'Etat. Or ce renouveau de l'intérêt porté aux services publics est évidemment de nature à rehausser l'utilité du Notariat. Si la santé publique à un sens, les actes publics (*i.e.* authentiques), que reçoivent les notaires, ont le leur. Et si la sécurité sanitaire est une exigence légitime, la *sécurité juridique*, à laquelle le Notariat contribue amplement, l'est aussi.

Ce rapprochement entre la crise sanitaire et la fonction notariale est d'autant plus légitime que les périodes de crise sont celles où l'imagination des juristes est mise à l'épreuve : tout comme les guerres, les révolutions et les catastrophes naturelles, les épidémies appellent un accompagnement juridique (sait-on que les mesures de droit civil qui ont été prises en France en raison de la crise sanitaire ont été directement inspirées de celles qui avaient été prises lors de la crise politique de mai 1968 ?). De cet accompagnement juridique, les manifestations sont diverses. Ainsi (et c'en est la manifestation la plus visible), des *législations de circonstances* sont adoptées, que justifie l'urgence : ces textes, qui sont d'exception par leur origine, sont le plus souvent temporaires, mais les bienfaits qu'ils révèlent à l'usage peuvent les rendre pérennes. Ainsi encore, des *législations existantes* sont sollicitées, redécouvertes, et s'avèrent d'une utilité qui n'apparaissait pas dans le temps ordinaire. Ainsi enfin les professions sont conduites à *adapter leur pratique*, à bousculer leurs habitudes pour répondre à des besoins... inhabituels.

Il n'est donc pas inutile de rechercher si, en cette période de pandémie, le Notariat a été mis en mesure et s'est lui-même mis en position de répondre aux attentes des citoyens ?

Cette recherche sera, pour ce qui nous concerne, conduite en droit des successions.

4. Présentation du questionnaire. Le questionnaire vise à mesurer l'importance de l'intervention du notaire en matière successorale : d'une part, dans la préparation d'une succession future (III) ; d'autre part, dans le règlement d'une succession ouverte (IV).

Mais, d'une part, il élargit la recherche aux suites non patrimoniales de la mort, qui en cette période de pandémie ont attiré l'attention des *media* et dont le notaire peut avoir à connaître : quid du corps et de l'âme du défunt (I).

D'autre part, il tend à mettre en lumière l'impact de la pandémie sur la pratique notariale des successions. Or ces derniers mois, le « service successions » d'une étude notariale a pu se trouver confronté à deux difficultés pratiques : – d'une part, l'accroissement du nombre d'ouvertures de dossiers de successions et, peut-être aussi, du nombre d'actes d'anticipation successorale : conséquence de l'accroissement de la mortalité ; – d'autre part, l'impossibilité de recevoir des actes en présentiels : conséquence du confinement imposé par les autorités sanitaires. C'est pourquoi les premières questions portent sur l'organisation matérielle du travail dans votre étude ces derniers mois (I). Et c'est aussi pourquoi la seconde donnée mérite une attention particulière lors des réponses aux questions posées sur la préparation d'une succession future comme sur le règlement d'une succession ouverte.

En appendice, une réflexion – facultative – sur le notaire et le médecin...

MICHEL GRIMALDI

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

LE PATRIMOINE

Virtual Meeting 2020

WEBINAR ON THURSDAY THE 16 TH OF JULY 2020
L. WEYTS



Introduction

Hello dear friends. This is the leader of the English group speaking. Our English group has that inconvenience that for nobody of us this language is our mother tongue, also not mine. From one side that makes our discussions a little more difficult; but from the other side we can communicate with each other in easy English, like all politicians do so during their meetings of the United Nations.

In our commission we organize the debate about estate, and during the first meeting we will discuss about the deed of sale or purchase of an immovable, about clients selling or buying a house, apartment, a buil-ding land. I made an introduction video that you can see on you tube. In your documents you will find the access to that video. In that video, made for this virtual meeting, I introduce myself very briefly, my country with on the

background the dunes of the Belgian coast, Tomorrowland and of course the subject of today.

First of all I try to emphasize why this deed of sale is so important in men's and family live.

1. this deed concerns for most of us the most important belonging. 95% of our estate concerns that immovable.

2. it is since the corona outbreak not only the place where we live but for many of us where we work and from where we do our job.

3. many times the signing of this deed of sale is the first, certainly the most important and sometimes even the only contact a notary office has with his client. Happy moment for the buyer while it opens a new period in his live, sad for the seller because it means the end of a long story in his live.

4. this deed is such a crucial document for our clients because thanks to this, they receive a good title, a real prove of their property, making them capable to start for example a commerce and get a loan with a mortgage on it. It opens new horizons for them.

5. with this deed a notary as a lawyer encounters different kinds of law ; not only provisions regarding pure contract law, but also some aspects of family law such as the question if the client shall buy the house on his own name or together with someone else, perhaps on the name of their children, reserving an usufruct for themselves, or on the name of a company Then we have to do with corporate law. Items of urban development and environment are rising up. Exceptionally tax problems and procedure law intervene, and so on.

That about the importance of that deed.

Secondly, I explain on that introduction video, how we tackle this first subject. What method we use to examine this deed of sale.

1. our approach is of course an informative one. Every participant let us know how in their country they act in this field. We want to learn from each other and hope by doing so to ameliorate our national notarial service in this domain. How can we improve our service in this domain? How to produce better deeds and provide better advices? That is the aim of this international confrontation.

2. to broaden our visons on this matter, I prepared a questionnaire of 4 pages with an amount of questions. I hope you can answer them all, even some participants of the French and Spanish group. At the end I will draw up a summary of all your reactions on the different questions of the questionnaire. We will not be able to discuss every problem, I fear, during the debate. We shall have to select up the most relevant ones. You will also find in your documents a power point presentation with an outline, a scheme of the different points we treat and that in the three official languages.

3. our attitude versus the new technologies is a positive one. We embrace them. Thanks to them we were able to continue our work during corona time. The new instruments are not our enemies, but extra instruments to help us and do our work much faster and more precisely, to concentrate us more on the variety of all so extremely important advices we have to give our clients. Especially I want to know with kind of technology you use until now due to that corona virus.

Third and last item you will notice on my introduction video, is the purpose, the aim of that study that we do together. One day we hope to use all over the world the same procedures when drawing up a deed of sale, provide the same services and giving the same necessary advices to our clients, when selling or buying a house or land.

You are the future of our profession. Innovations have to be found, discovered and tried out by you. You are the ones who will put that remarkable step forward to achieve a greater harmonization on estate regulations in our different countries, with respect to each own specific culture. In that spirit we start to work.

While reading your papers and watching your eventual videos, I will certainly notice your extreme motivation and admire your inspiring ideas. Don't be afraid to intervene, and I thank you already for that. It will certainly be of great benefit for you to have participated at this event. Never - as they say -, you may miss in life low-hanging fruit. Catch it and you will feel much better afterwards.

I do hope we will meet each other next year in real live in Buenos Aires. Meanwhile you will have one year more now to improve your style when dancing the tango and I am looking forward to perform it with one of my talented girl students, without having to respect the social distancing of 1,5 meter and wearing a mask.

SOME WORDS IN OTHER LANGUAGE

Je salue les participants francophones. J'espère qu'ils puissent intervenir activement dans les débats. N'hésitez pas le cas échéant de me contacter en français, le français étant ma deuxième langue.

Espero también que mis amigos hispanófonos puedan mezclarse en las discusiones sobre este tema. Como el inglés es su segundo idioma, estoy casi seguro que ustedes (vos por los argentinos) se lanzaríais activamente en los debates.

LUC WEYTS
13TH OF JULY 2020

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

LA CIRCULATION TRANSFRONTALIERE
DES ACTES NOTARIES DANS LEMONDE

PAR JEAN PAUL DECORPS, PRÉSIDENT D'HONNEUR DE L'UINL
ET DU CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS



Pourquoi le choix d'un tel sujet ?
C'est un domaine d'une très grande actualité :

Au plan économique, la mondialisation est un phénomène inéluctable, même si la pandémie créée par le Covid 19 en freine, à juste titre, certains aspects. Mais les échanges internationaux demeurent indispensables, quand bien même ils mettent en jeu des questions de souveraineté et d'indépendance nationale. Dès lors les juristes sont concernés dans la mesure où ils sont amenés à rédiger les contrats qui sont le support de ces activités.

Au plan juridique, le notaire est au cœur des problèmes posés par la circulation des actes qu'il reçoit. Comment en effet concilier deux impératifs apparemment contradictoires, celui de respecter sa compétence nationale à raison de son statut d'officier public qui authentifie des actes au nom de l'Etat, et celui de vouloir faire circuler de tels actes au-delà des frontières, au mépris de la souveraineté de l'Etat d'accueil besoin aujourd'hui exacerbé par la mobilité de la population mondiale et la transmission en temps réel de tous les documents quelle qu'en soit la nature.

Au plan pratique, c'est un sujet également très important pour le notariat mondial, qui se doit de faciliter ces relations juridiques transfrontalières. Il faut donc veiller à s'adapter à ces nouveaux besoins des usagers, grâce aux nouvelles technologies bien sûr, mais aussi au moyen de pratiques simplifiées et innovantes, à inventer et à mettre en œuvre. La réponse à ces besoins est en effet le fondement de notre rôle social partout dans le monde, donc celui de notre rôle pour l'avenir.

Pour répondre à de tels besoins, l'acte authentique doit pouvoir circuler le plus facilement possible, quel que soit le notaire qui l'a établi, afin de produire ses effets lorsque c cela s'avère nécessaire en dehors de l'Etat dans lequel il a été régularisé.

Pour parvenir à ce résultat, il convient de se placer à trois niveaux différents, complémentaires les uns des autres s'agissant de la circulation des actes notariés, le premier relatif aux aspect internes, le deuxième aux aspects internationaux et le dernier aux aspects pratiques de cette circulation.

I. LES ASPECTS INTERNES DE LA CIRCULATION TRANSFRONTALIERE DES ACTES NOTARIES

Lorsque qu'un acte notarié est amené à s'appliquer au-delà des frontières de son pays d'origine, se pose immédiatement la question de savoir dans quelles conditions et selon quelles modalités. Y répondre, c'est évoquer le domaine, capital, de la reconnaissance de l'acte dans le pays d'accueil.

On peut définir la reconnaissance d'un acte juridique comme le fait par un pays d'accueil d'admettre l'application d'un acte en provenance d'un pays étranger.

Ce principe de la reconnaissance est directement lié à celui de la souveraineté d'un Etat, en vertu duquel il n 'entend pas se voir imposer un instrument juridique sur lequel il n'a aucun contrôle, ni de l'origine, ni de son contenu, ni de sa validité dans la forme ou dans le fond, ni des effets qu'il peut produire sur son territoire.

Pour permettre ce contrôle, et le cas échéant admettre la reconnaissance de l'acte, deux étapes doivent être bien distinguées, celle concernant les formalités relatives à la préparation de l'acte qui doit circuler au-delà des frontières de son pays d'origine, et celle relative aux conditions de l'application de l'acte dans le pays d'accueil.

1ent LA PRÉPARATION DE L'ACTE DANS LE PAYS D'ORIGINE

Pour être applicable à l'étranger, un acte notarié doit répondre à un certain nombre de critères destinés à en permettre la reconnaissance ultérieure par le pays d'accueil.

A) Le premier est le choix de la langue de rédaction de cet acte

Mieux vaut pour le notaire rédacteur choisir la langue du pays dans lequel l'acte doit être appliqué pour en faciliter les effets, mais cela implique deux conditions :

La première, c'est qu'il doit pouvoir rédiger l'acte dans une langue étrangère, ce qui n'est pas autorisé dans tous les pays membres de l'UINL, et notamment en France parmi d'autres pays dans le monde,

La seconde, c'est que lui-même comme ses clients connaissent et pratiquent cette langue étrangère, le tout devant être mentionné dans l'acte. A défaut, le notaire devra se faire assister d'un traducteur agrée par les tribunaux qui devra également signer l'acte

Si ces conditions ne sont pas remplies, le notaire devra faire effectuer la traduction après la signature de l'acte, ce qui implique des délais supplémentaires pour obtenir sa reconnaissance à l'étranger.

B) Le deuxième critère est de veiller à la parfaite identification des personnes qui comparaissent à l'acte

C'est une question d'efficacité pour l'application de l'acte à l'étranger. Il faut s'assurer qu'un élément d'identification ne fasse pas défaut par rapport aux exigences de la loi du pays d'accueil.

Ainsi, pour une personne physique, l'exigence du nom, de tous les prénoms, de ses date et lieu de naissance, de sa nationalité, de son régime matrimonial, de ses dates et leu de mariage, de son lieu de résidence sont des éléments indispensables à faire figurer dans un acte destiné à l'étranger.

Pour une personne morale, devront être mentionnés sa dénomination, son capital, son siège, les références de son immatriculation au registre concerné, l'identité de la personne qui la représente, sa fonction dans la société et ses pouvoirs pour la représenter.

C) Le troisième critère est de respecter le formalisme imposé par les conventions internationales pour la reconnaissance des actes notariés dans un pays étranger

La question qui se pose à ce stade est celle de la preuve de l'origine de l'acte notarié, autrement dit du caractère authentique de l'acte à destination du pays d'accueil. Elle découle d'une formalité qu'on appelle aujourd'hui l'apostille de l'acte, autrefois appelée « légalisation ». On peut la définir comme la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature du document par l'officier public, de sa qualité et de son sceau.

Cette formalité, qui peut aujourd'hui être effectuée par voie électronique, c'est l'e-apostille, ne concerne que l'identité du notaire signataire de l'acte. Elle n'a aucune incidence sur la validité de l'acte qui par ailleurs peut être frappé de nullité quant à son contenu. C'est l'un des problèmes qui se pose au moment de l'application de l'acte dans le pays d'accueil.

2ent L'APPLICATION DE L'ACTE DANS LE PAYS D'ACCUEIL

Deux problèmes méritent d'être abordés dans le cadre de ce développement : celui de la vérification de la régularité de l'acte et celui des modalités d'application de l'acte.

A) La vérification de la régularité de l'acte

Il s'agit ici pour le notaire qui doit utiliser l'acte authentique venu d'un pays étranger d'avoir la certitude qu'il est valable dans son pays d'origine, à la fois quant à la forme de l'acte et quant à son contenu, c'est-à-dire au fond.

a) Quant à la forme, c'est la notion de sincérité du caractère authentique de l'acte qui est en question.

* Dans les pays de droit latin qui possèdent par définition des notaires dont la mission est d'assurer l'authenticité des actes qu'ils reçoivent, la sincérité de l'acte résultera de l'apostille apposée par l'autorité judiciaire qui certifie l'identité du notaire, sa qualité d'officier public compétent et la véracité de sa signature et de son sceau.

Mais comment s'assurer que le formalisme lié à l'acte authentique a bien été respecté que le client s'est bien présenté devant le notaire, que ce dernier a bien vérifié son identité, sa capacité, s'est bien assuré de son consentement éclairé, et qu'il lui a lu l'acte ? Rien en droit ne peut permettre de le contrôler d'une manière certaine. C'est pourquoi en ce domaine il est nécessaire d'avoir une relation de confiance par rapport à ce qui est indiqué dans l'acte notarié, ou sa copie authentique produite à l'étranger. Elle est fondée sur la présomption d'authenticité qui s'attache à tout acte notarié. A défaut de cette confiance, aucun acte notarié ne pourrait circuler à travers les frontières puisqu'il est impossible de garantir sa validité absolue, même à l'intérieur des frontières de son pays d'origine.

Dans les pays de Common Law, le problème de la vérification de l'authenticité de l'acte se pose de manière capitale puisque ces pays ne connaissent pas la profession notariale. Dès lors, si dans le pays d'accueil l'acte à réaliser implique un acte authentique à peine de nullité, par exemple une donation ou une constitution d'hypothèque, il est impossible de régulariser une procuration notariée, le notary public ou le solicitor en Angleterre, comme le lawyer aux USA n'ayant aucune capacité pour authentifier un acte. Dans cette hypothèse, l'intéressé devra s'adresser à l'Ambassade du pays d'accueil, les Consuls dans certains pays ayant conservé des fonctions notariales. Si ce n'est pas ou plus le cas, comme en France désormais, il devra impérativement se rendre dans le pays où le notaire doit instrumenter, ce qui représente un inconvénient majeur pour le client, impliquant que le notariat, dans cette hypothèse trouve une solution innovante en la matière. C'est tout l 'intérêt de la signature à distance, à laquelle plusieurs notariats réfléchissent, notamment depuis la crise du Covid et l'obligation de confinement qu'elle a imposée.

b) quant au fond, il s'agit pour le notaire qui utilise un acte authentique venu de l'étranger de vérifier un certain nombre d'aspects susceptibles de remettre en , cause l'efficacité de l'acte qui lui est transmis.

Il doit tout d'abord s'assurer de la régularité de l'acte par rapport aux règles juridiques le concernant dans le pays d'où il provient. A ce titre, on connait l'adage : « locus regit actum », c'est la loi du lieu ou est signé l'acte qui est applicable. Mais comment être certain que la loi a bien été respecté ? Pour s'en assurer, ou en cas de doute, le notaire du pays d'accueil peut se faire produire un document précis, un certificat de coutume, encore appelé ''Affidavit'', délivré par un confère ou un autre juriste du pays d'origine, qui pourra être utile pour s'assurer du respect de telle ou telle disposition de la loi de ce pays.

Il doit aussi vérifier que l'acte venant de l'étranger n'a pas été établi dans le seul but d'échapper à la loi du pays d'origine, ce qui constituerait une fraude à la loi.

Il doit encore vérifier la conformité de l'acte par rapport aux règles d'ordre public international ou interne du pays d'accueil. Par exemple la constitution d'un trust dans un pays de Common Law pour échapper à la réserve héréditaire dans un pays de droit latin peut poser des difficultés d'application dans le pays de droit latin ou vivait la personne décédée.

B) La vérification des modalités d'application de l'acte.

Il convient ici de distinguer selon que l'acte authentique utilisé dans le pays d'accueil est seulement destiné à être appliqué purement et simplement comme un instrument de preuve, sans autre formalité que sa production au notaire qui reçoit l'acte ou s'il implique l'exécution consécutive d'une formalité spécifique dans ce pays d'accueil.

a) l'acte authentique importé n'implique pas de formalités spécifiques dans le pays d'accueil.

Cette hypothèse concerne en réalité le plus souvent des documents notariés annexés à l'acte principal, dont le notaire du pays d'accueil a besoin pour vérifier l'identité, la capacité et les pouvoirs des clients concernés par la régularisation de l'acte.

L'apostille, lorsqu'elle est nécessaire, constitue dans ce cas en quelque sorte le passeport indispensable au notaire du pays d'accueil pour l'accepter et ainsi régulariser son acte sans crainte d'une remise en cause du fait d'un document irrégulier en la forme. Par exemple, le notaire du pays d'accueil utilisant une procuration se fera justifier des pouvoirs du représentant ou appliquera les effets d'un contrat de mariage au seul vu d'une copie authentique de ce document, revêtu si nécessaire de l'apostille.

b) l'acte authentique étranger implique des formalités spécifiques dans le pays d'accueil.

Dans cette hypothèse, la simple apostille ou même une légalisation lorsqu'elle est nécessaire n'est plus suffi-

sante pour permettre l'application de l'acte dans le pays d'accueil, à raison des procédures spécifiques à mettre en œuvre.

- S'il s'agit d'autoriser une exécution forcée, par exemple de permettre une saisie sur un compte bancaire ou sur un immeuble du débiteur, en vertu d'un titre exécutoire émis à l'étranger au profit d'une banque étrangère, il est nécessaire d'obtenir un exequatur de l'acte constitutif de la créance, c'est-à-dire de la copie exécutoire de l'acte notarié signé dans le pays d'origine entre la banque et l'emprunteur.

On peut définir l'exequatur comme la procédure judiciaire rendant exécutoire sur le territoire d'un pays une décision judiciaire ou un acte notarié revêtu de la formule exécutoire adéquate et émanant d'un autre Etat.

Cette procédure doit être intenté à l'initiative du créancier qui doit saisir le tribunal du lieu d'exécution pour obtenir le droit de poursuivre un débiteur défaillant. Par exemple un banquier belge ne pourra poursuivre un débiteur espagnol qu'après avoir saisi un tribunal civil espagnol pour faire reconnaître la validité de sa créance et la possibilité d'appliquer l'acte exécutoire en Espagne.

- S'il s'agit de procéder à des formalités de publications foncière ou commerciale suite à un acte régularisé dans un pays étranger, on se heurte dans certains pays comme l'Allemagne ou l'Autriche à une impossibilité de l'effectuer lorsque ce domaine d'activité fait l'objet d'une compétence réservée à certains professionnels locaux. C'est le cas par exemple des formalités de publicité foncière ou commerciale qui dans la plupart des pays de droit à latin sont réservés aux notaires ou aux registradores dans les pays d'Amérique latine.

Ainsi un notaire espagnol ne pourra pas publier un acte de vente immobilière concernant un bien situé en Argentine, pas plus qu'un notaire italien ne pourra le faire en Allemagne ou un notaire sénégalais au Cameroun.

Pour tenter de résoudre ces difficultés ou ces blocages et de simplifier ces règles souvent complexes, un certain nombre de traités internationaux ont été mis en place.

II. LES ASPECTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX DE LA CIRCULATION TRANSFRONTALIERE DES ACTES NOTARIES

Il existe en effet des conventions destinées à simplifier les formalités à accomplir en vue de permettre la circulation des actes notariés. Certaines sont multilatérales d'autres sont bilatérales.

1ent LES CONVENTIONS MULTILATERALES

A) Au niveau mondial il faut citer parmi les plus importantes :

- La convention de Washington du 26 octobre 1973 sur le testament international, qui permet à un particulier de choisir de rédiger son testament selon les règles soit de sa nationalité soit du pays de sa résidence, sachant qu'il peut être rédigé de manière conjonctive et écrit à la machine.

- Les conventions de La Haye.

• Celle du 5 octobre 1961 qui remplace la légalisation des actes publics étrangers au profit de l'apostille (103 états sont adhérents à cette convention).

• Celle du 14 mars 1978 sur l'application des régimes matrimoniaux décidant du principe de l'autonomie de la volonté pour le choix d'un régime matrimonial, en rapport avec la nationalité ou le lieu de résidence.

• Celle du 30 juin 2005 sur les règles de choix du tribunal compétent pour intenter une action en justice, précisant que c'est le choix du contrat qui l'emporte et qu'à défaut sera retenue soit la compétence du domicile de l'une des parties, soit celle de la nationalité ou soit celle encore de l'une d'entre elles du lieu d'exécution du contrat.

La convention de Bâle du 16 mai 1972 sur l'inscription des testaments dans un fichier central.

B) Au niveau continental :

Il y a bien entendu l'ensemble des conventions signées dans le cadre de l'Union Européenne parmi lesquelles on peut citer :

• Le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 qui remplace la convention de Bruxelles de 1968 sur la circulation des jugements et des actes publics exécutoires. Ce règlement prévoit une dispense d'apostille pour les décisions judiciaires et les actes authentiques, sauf pour les actes relatifs au droit de la famille (Etat, capacité des personnes, Régimes Matrimoniaux, successions). S'agissant de la pratique notariale, elle est essentiellement applicable en matière de vente ou de constitution d'hypothèque.

• Le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 sur l'exécution des décisions de justice concernant l'autorité parentale.

• Le règlement du 21 janvier 2005 créant le titre exécutoire européen pour les créances incontestées dont celles résultant d'un acte notarié, ce qui permet d'éviter la procédure d'exequatur pour leur exécution dans le pays d'accueil.

• Le règlement Bruxelles III du 12 décembre 2012 sur la compétence du juge en matière de recouvrement des créances et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : cette convention supprime l'exequatur pour tous les pays de l'Union Européenne sauf du nord de l'Europe (Danemark, Suède, Finlande).

• Le règlement européen sur la les successions du 4 juillet 2012 qui pose le principe de l'unité de loi applicable sur la succession et créé le certificat entrant en vigueur le 17 Août 2015.

• Les règlements européens sur les régimes matrimoniaux du 24 juin 2016 sur les partenariats enregistrés du même jour qui privilégient la règle de l'autonomie de la volonté en matière de choix de régime matrimonial ou de régime de partenariat, entrés en vigueur le 29 janvier 2019.

En revanche, les conventions continentales hors Europe ne contiennent, semblet-il, aucune disposition sur la circulation des actes et notamment des actes notariés et leur reconnaissance dans le pays d'accueil.

C'est le cas en Amérique pour les conventions concernant les relations économiques au sein du MERCOSUR et de l'ALENA, en Asie pour l'ASEAN et en Afrique pour le droit OHADA.

2ent LES CONVENTIONS BILATÉRALES

Existant essentiellement en matière fiscale, elles concernent le plus souvent l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés, plus rarement les droits de succession ou de donation.

Elles sont importantes à connaître pour la pratique notariale car elles peuvent créer des inégalités fiscales selon le domicile ou la nationalité des clients concernés.

Exemple : un donateur de nationalité américaine règle un impôt sur la valeur des biens qu'il donne, quelle que soit sa résidence et la situation des biens donnés. D'où l'éventualité d'une double imposition celle du donataire et celle du donateur.

Autre exemple : deux enfants de nationalité française, l'un vivant en Espagne, l'autre en Suisse, héritent de leur père décédé en France, de nationalité française. L'enfant vivant en Suisse sera soumis à une double imposition, l'une en France pour l'ensemble des biens hérités, l'autre en Suisse pour les biens qui s'y trouvent, puisqu'il n'y a plus de convention fiscale entre ces deux pays. L'héritier vivant en Espagne bénéficiera lui de la convention fiscale franco espagnole et ne paiera qu'une fois les impôts de succession.

III. LES ASPECTS PRATIQUES DE LA CIRCULATION TRANSFRONTALIERE DES ACTES NOTARIES

La circulation transfrontalière des actes notariés reste un domaine complexe à mettre en œuvre sur un plan pratique.

L'UINL, ces dernières années, a cherché à créer des outils ou des moyens destinés à faciliter cette circulation.

Trois d'entre eux méritent d'être présentés, même s'ils ne répondent pas toujours, encore aujourd'hui, aux attentes des notariat membres.

- Le Sceau Notarial Sécurisé (SNS)
- Le système « EUFIDES »
- Le Réseau Mondial Notarial (RMN).

1ent LE SCEAU NOTARIAL SÉCURISÉ (SNS)

A) La raison d'être du seau notarial sécurisé

Son objectif est de répondre aux besoins de sécuriser le contenu de l'acte notarié, et non pas seulement, comme l'apostille, la forme authentique de l'acte.

Pourquoi une telle nécessité ?

Il s'agit de lutter contre les risques de falsification du texte de l'acte ou même de substitution de pages dans l'acte authentique dont la copie est transmise au confrère dans le pays d'accueil.

Ce n'est hélas pas une hypothèse d'école, comme on l'a vu dans certains pays : des actes de notoriété avec fausse dévolution successorale revêtues du sceau d'études étrangères ; une procuration régularisée pour louer un bien transformée en une procuration pour vendre au profit du mandataire disparu ensuite avec le prix de la vente...

Ce Sceau Notarial Sécurisé est important pour le futur de notre profession : le notaire est le garant de la sécurité juridique de l'acte qu'il régularise, aussi bien dans la forme authentique qu'il confère au document, que dans le fond de l'acte, pour le respect et l'application des règles juridiques du pays d'origine. L'acte authentique qu'il rédige est incontestable. Il doit être aussi infalsifiable. C'est une question de crédibilité de la profession notariale.

B) La mise en œuvre du sceau notarial sécurisé

Il s'agit d'identifier chaque page de l'acte notarié destiné à circuler, certes à l'étranger bien sûr, mais aussi, il faut le rappeler à l'intérieur d'un même pays où cette circulation peut être encore plus dense.

Ce sceau est représenté par un timbre spécial, non falsifiable, affecté d'un numéro d'ordre, timbre apposé par le notaire rédacteur au recto et au verso de chaque page de l'acte concerné.

Le notaire destinataire peut contrôler l'intégrité matérielle de l'acte qu'il reçoit par une consultation à partir de son téléphone portable des caractéristiques du sceau qui y figure. Il vérifie par le numéro d'identification du timbre qu'il correspond bien à celui apposé par le notaire rédacteur de l'acte.

La création de ce sceau notarial sécurisé s'est inspirée de ce qui existe déjà dans certains pays, notamment en Espagne ou en Argentine.

Sa généralisation au sein de l'UINL doit se faire dans le cadre d'une charte d'adhésion par chaque notariat membre qui le souhaite, charte dont le modèle a été adopté par une assemblée générale de notre Union en 2012.

On note cependant que son utilisation pratique s'est trouvé freinée par le développement des transmissions par voie électronique alors pourtant que les risques de falsifications ne font que s'accroitre pour les transmissions dématérialisées.

D'où l'intérêt de poursuivre et de développer cette pratique qui doit désormais s'adapter aux actes dématéria-

lisé. Une étude en ce sens est d'ailleurs en cours en Espagne, pays pionnier en cette matière.

2ent LE RÉSEAU « EUFIDES »

Il consiste en une collaboration entre notaires européens pour la préparation, la rédaction et la régularisation d'actes notariés impliquant des relations juridiques transfrontalières, le plus souvent des ventes.

Par exemple, un allemand qui achète une maison en Espagne ou un italien qui emprunte auprès d'une banque néerlandaise pour financer un achat en Belgique.

Quelle est la justification de ce réseau ? Comment est-il mis en œuvre ?

A) La justification d' « EUFIDES »

La mise en place de ce réseau de notaire et la réponse au développement croissant des investissements transfrontaliers, notamment en Europe, s'agissant de l'achats de résidences secondaires dans les pays du sud. En outre, dans ce type d'opérations souvent complexes, apparait une triple nécessité pratique :

• celle pour le client d'avoir une relation personnelle avec son notaire,

• celle pour le notaire de pallier aux risques liés à la méconnaissance des droits étrangers,

• celle enfin de contourner le formalisme lié à la publicité foncière d'un acte notarié réservé le plus souvent au notaire du lieu de situation du bien.

B) La mise en œuvre

Ce mécanisme de collaboration entre notaires européens répond à un processus bien établi que chacun s'oblige à respecter.

Le notaire du pays d'origine, par exemple allemand, dont le client achète un immeuble en Italie, collecte les renseignements relatifs à ce dernier, puis contacte son confrère italien pour obtenir les renseignements sur le bien vendu. Le notaire italien répond à son confrère en indiquant les documents dont il a besoin et les formalités qu'il doit accomplir pour régulariser l'acte. Le notaire de l'acheteur transmet ces documents à son confrère qui lui adresse un projet d'acte. Le notaire de l'acquéreur valide le contrat et adresse au notaire local une procuration pour régulariser cet acte. Ces échanges préalables se réalisent dans le cadre d'une plateforme sécurisée appelée BARTOLUS.

Cette procédure est évidement séduisante, mais pose le problème du renchérissement du coût de la transaction, les clients étant amenés à régler un honoraire à chacun des notaires intervenants.

3ent LE RÉSEAU MONDIAL DU NOTARIAT (RMN)

Le développement des activités transfrontalières est la complexité croissante des formalités juridiques nécessaires pour assurer la circulation des actes notariés, ont conduit l'UINL à réfléchir à la constitution d'un vaste réseau mondial des notaires pour répondre aux besoins de nos clients.

Quelle est sa justification ? Quels en sont les objectifs ?

A) La justification du réseau mundial

Il y a quatre bonnes raisons de créer ce réseau mondial.

C'est tout d'abord le fait que le notariat est physiquement présent dans plus de 120 pays dans le monde, chacun de ces notariats ayant un statut très voisin, des activités similaires et une déontologie comparable. Nous avons donc une implantation professionnelle planétaire qui permet d'accompagner nos clients sur tous les continents.

Parallèlement le développement des activités économiques transfrontalière conduit à la multiplication des actes notariés amenés à s'appliquer à l'étranger, l'exemple européen étant spectaculaire à ce titre puisqu'on es-

time qu'aujourd'hui en France plus de 20% des actes notariés contiennent un élément d'extranéité.

En outre, les personnes concernées sont de plus en plus souvent des particuliers ou de petites entreprises qui n'ont pas nécessairement les connaissances requises pour réaliser leurs opérations à l'étranger. La recommandation nominative d'un notaire local facilitera sans doute la réalisation de leur projet.

On constate enfin que les formalités nécessaires à l'application d'un acte notarié au-delà des frontières reste complexe et qu'on peut en simplifier quelques-unes, en se fondant sur un principe de confiance réciproque, indispensable dans les relations internationales.

B) La mise en place de ce réseau

L'initiative en revient à l'UINL qui se doit de sensibiliser l'ensemble des notariats membres à la nécessité de créer ce réseau, c'est-à-dire de développer des relations personnelles et professionnelles entre notaires des différents pays membres. Cette université du notariat mondial répond à cet objectif et y contribue sans aucun doute lorsqu'on observe la densité des liens qui se créent à travers le monde entre anciens étudiants.

Ce réseau pourrait être constitué à partir de la signature d'une Charte d'adhésion entre le notariat concerné et l'UINL, visant à s'engager à simplifier les procédures transfrontalières, par exemple à supprimer l'apostille lorsque cela est possible, à fournir des certificats de coutume pour un notaire étranger et même, le cas échéant, à recevoir des actes par procuration si le client ne peut se déplacer.

CONCLUSION

Faire circuler les actes notariés dans des conditions juridiques les plus souples possibles est une priorité de notre profession au niveau international. Nous devons en effet accompagner les évolutions de la société en ce début du XXIe siècle pour justifier de notre utilité sociale donc de notre raison d'être.

Il nous appartient de rechercher des solutions concrètes et pragmatiques pour simplifier autant que faire se peut le formalisme particulièrement lourd et quelque peu désuet lié à la circulation transfrontalière des actes et notamment des actes notariés.

N'oublions pas que si de tels actes ne circulaient plus, ce sont alors les notaires qui le feraient, notamment en Europe, en application du principe de la libre circulation des hommes, des services et des marchandises.

Et cela ne manquerait pas créer bien d'autres difficultés pour la profession… À moins que la signature à distance dont on parle beaucoup depuis la crise du COVID puisse être une solution pour résoudre ou tout au moins simplifier les problèmes posés par la circulation transfrontalière des actes notariés

Jean-Paul Decorps
Juillet 2020

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

WEBINAIRES DE CLÔTURE

UNIVERSITÉ DU NOTARIAT MONDIAL 2020
SYNTHÈSE

MERCREDI 21 OCTOBRE ET JEUDI 22 OCTOBRE 2020

Mercredi 21 Octobre 2020

Après l'appel des délégations, la Présidente **Cristina ARMELLA** ouvre la session.

Elle expose les conséquences de la pandémie dans le monde et plus spécifiquement pour les notaires. Elle souligne l'importance de cette Université du Notariat Mondial pour la communauté des notaires du monde.

Thierry VACHON se félicite de voir 84 étudiants de 35 pays participer à l'Université. La technologie aura permis d'accueillir un plus grand nombre d'étudiants qu'en présentiel. La protection est au cœur du métier de notaire et c'est également un thème central aujourd'hui. On traitera de l'adaptation du notariat face à la pandémie, de l'acte à distance et des nouvelles technologies.

Cristina ARMELLA revient sur les différents thèmes de son questionnaire «**LA FAMILLE**»:

LE MARIAGE

Intervention du **Costa Rica**, où il est possible de se marier entre personnes du même sexe devant notaire (existence cependant du principe d'objection de conscience pour refuser d'instrumenter. En **Argentine**, ce principe n'a pas été accepté.

En **Équateur**, on peut inscrire une union de fait au registre civil ou devant le Consul. Au **Guatemala**, un tiers guatémaltèque peut s'opposer au mariage d'étrangers par l'intermédiaire d'un journal officiel.

Au **Panama**, le mariage homosexuel n'est pas reconnu, mais il existe des mariages homosexuels venus de l'étranger.

En **Uruguay**, les notaires ne célèbrent pas les mariages. Le mariage de personnes du même sexe est reconnu.

CONCLUSION: Dans les législations d'Amérique, on constate qu'exceptionnellement les notaires ont compétence matérielle de la célébration du mariage.

Pendant la pandémie: les protocoles mis en place respectent les normes de prévention sanitaire, et le mariage est toujours célébré en personne et non virtuellement.

LE DIVORCE

En **Bolivie**, on peut divorcer devant le notaire.

Au **Mexique**, il y a 32 Etats et autant de codes civils; le notaire est compétent dans certains Etats seulement.

CONCLUSION: Le divorce était historiquement une situation judiciaire. Aujourd'hui, le divorce peut parfois être célébré devant un notaire: dans ce cas, le notaire partage avec le juge la compétence matérielle pour intervenir dans le divorce.

Il est nécessaire de travailler dans chaque pays afin d'intégrer davantage de compétences dans le domaine du notariat dans les affaires non-contentieuse pour désengorger les Tribunaux. De la même manière, la célébration du mariage par le notaire allège l'activité de l'administration publique. On peut voir les avantages de l'intervention du notaire dans ces matières.

LE CONCUBINAGE ET LES UNIONS DE FAIT

En **Argentine**, il y a eu une modification du code civil avec reconnaissance de la cohabitation. Des accords sont conclus entre les concubins pour protéger leurs droits.

CONCLUSION: En Amérique, les unions non maritales ont donné lieu à des réglementations différentes: reconnues, non reconnues, reconnues depuis très peu de temps... La compétence matérielle du notaire existe pour les déclarations et les accords régissant les liens économiques dans l'union de fait.

Le mariage a une structure très stricte et précise, ce qui n'est pas le cas de l'union libre.

LA FILIATION

On revient sur les problématiques liées aux nouveaux modes de filiation dont la PMA/GPA. En **Italie**, la fécondation post-mortem est reconnue.

En **Uruguay**, il y a une loi qui régit la reproduction humaine assistée.

CONCLUSION: Les progrès de la science ont permis la procréation assistée, la contractualisation avec la mère porteuse et la cryoconservation des gamètes pour une utilisation après la mort. En ce qui concerne l'activité notariale: le consentement éclairé est donné dans le domaine notarial dans certaines législations.

Il existe des législations qui autorisent la maternité de substitution par altruisme. Il doit y avoir des paramètres de sécurité.

La cryoconservation post-mortem peut modifier la lignée héréditaire et changer la répartition des biens de la succession.

Le consentement donné au préalable devant un notaire permet d'éviter les conflits futurs.

LE RÉGIME MATRIMONIAL

En **Argentine**, il y a deux régimes: communauté d'acquêts et séparation de biens. En Bolivie, les biens sont communs.

En **Équateur**, il y a trois régimes: communauté universelles, partielle, ou séparation totale. Une société de biens conjugaux est créée au moment du mariage.

CONCLUSION: Le régime matrimonial régit le patrimoine pendant et à la fin du mariage. On peut passer

un accord devant un notaire pour modifier le régime existant.

LA PROTECTION DU LOGEMENT DE LA FAMILLE

En **Honduras**, il est possible de faire une déclaration de patrimoine familial.

Au **Paraguay,** le notaire a un rôle important dans la possibilité d'instituer le «bien de famille»

Au **Brésil**, il y a la protection du patrimoine familial par loi et par convention.

En **Allemagne**, il y a une protection du logement de la famille pour le père ou la mère avec garde d'enfants.

CHRISTINE MORIN indique que 14 pays ont répondu à son questionnaire sur **«LA PERSONNE».**

SOINS DE SANTÉ

Autant que possible on cherche à respecter la volonté des personnes, mais il y a également une préoccupation qui est celle de protéger la personne. C'est un équilibre à respecter. On traite du consentement libre et éclairé. Jusqu'à quel point on respecte de l'autonomie de la volonté? Quid de l'euthanasie? C'est possible en **Belgique**, en **Suisse**, au **Canada**, ou encore au **Luxembourg**. Ce n'est possible dans aucun des pays des participants ayant répondu au questionnaire.

En **Italie**, on fait la distinction entre le droit d'être en bonne santé et le droit de vivre ou mourir. On peut décider de refuser des traitements médicaux, même par anticipation. Alors le notaire recueille le consentement de la personne et enregistre l'acte.

En revanche, l'assistance à mourir n'est pas possible. On ne régule pas le droit de vivre ou mourir en Italie. Il faut trouver le juste équilibre entre le droit à la vie et la dignité humaine et l'autonomie de la volonté. Dans plusieurs pays, il s'agit d'un sujet en cours de réflexion.

Au **Canada**, on peut demander l'euthanasie de façon anticipée devant notaire.

CONCLUSION: Les notaires sont peu impliqués dans les soins de santé, ils sont généralement impliqués plutôt sur la protection globale ou des biens. Ils peuvent avoir des compétences pour le recueil du consentement d'une personne pour des soins de santé.

En **Roumanie**, pour la PMA, il y a un consentement présumé mais dans certaines situations il faut un consentement écrit ou authentifié devant notaire. Par exemple, si la mère est mariée, le mari de la mère est présumé être le père, mais si elle est non mariée, cela sera établi par acte judiciaire.

ACCOMPAGNEMENT DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ:

La minorité est à 18 ans dans tous les pays qui ont répondu. Avant, l'enfant est donc incapable juridiquement. Seulement en **Algérie**, au **Cameroun** et au **Liban**, la majorité est fixée à un autre âge.

Au **Liban**, il y a une controverse par rapport à la majorité, civile et commerciale, mais il n'y a pas de texte, la croyance paraît être que l'article 215 du Code des obligations fixe la majorité à 18 ans. Mais pour les auteurs ce n'est que du droit commun, qui n'a pas de portée absolue. Ainsi, un texte spécial peut fixer un autre âge. Il y a une disposition ancienne qui établit 21 ans. Entre 18 et 21 ans, il faut l'intervention du tuteur ou une autorisation du tribunal. Le droit de vote est établi à l'âge de 21 ans. On regarde la communauté à laquelle chaque personne appartient pour voir les droits du tuteur (pour acheter des parts par exemple). Un contrat de société entre père et fils est impossible. La femme maintenant n'a plus besoin de l'autorisation de son mari. Un mineur ne peut pas être commerçant.

PERTE DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE: PROCÉDURE JUDICIAIRE

Prévision de l'inaptitude: Québec, France, Allemagne, Roumanie, Suisse ...De plus en plus de pays permettent de choisir à l'avance qui pourrait nous représenter une fois inapte. Le mandat de protection future **allemand** est présenté. Au **Cameroun**, il existe le mandat de représentation et d'assistance future dans lequel ou peut designer des tuteurs pour des majeurs ou mineurs mais la désignation devra être entérinée par le Tribunal.

Les notaires ont un rôle à jouer lors de l'ouverture du régime de protection au Tribunal (exemple de la **Centrafrique**).

En **Algérie**, on a constaté une augmentation des demandes de procurations spéciales et de mandats.

En général, on constate une augmentation de la rédaction de testament et de mandat de protection future pendant la pandémie.

ACCOMPAGNEMENT D'UNE INAPTITUDE OU INCAPACITÉ: LES PERSONNES HANDICAPÉES

On expose le rôle du notaire. En Ukraine, si le client a un handicap, il peut être exempté des frais de notaire.

Les étudiants d'Argentine, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Équateur, Italie, Maurice, Mexique, Russie et Sénégal reviennent sur les modes de réception de la clientèle pendant la pandémie.

CONCLUSION: Adaptation du notaire et du notariat

Partout à travers le monde ils ont su s'adapter notamment pour les clients en situation de vulnérabilité. La profession peut en être fière. Il faut s'inspirer les uns les autres.

JP DECORPS présente sa conférence sur **«L'UTILITE SOCIALE DES NOTAIRES»**

Le notaire a un statut très particulier, c'est un officier public et en même temps un professionnel libéral. Ce n'est pas un fonctionnaire rémunéré par l'Etat, il est rémunéré par ses clients, il peut choisir ses locaux, ses collaborateurs, etc. et il est responsable de la gestion de son entreprise. Son statut ressemble au partenariat public/privé qui présente de forts avantages car il associe la rigueur de l'Etat et l'esprit d'entreprise du privé.

Le double statut débouche sur double utilité sociale:
- Au profit du citoyen;
- Au bénéfice de l'Etat.

S'AGISSANT DE L'UTILITÉ SOCIALE AUPRÈS DU CITOYEN:

Le statut du notaire impose 4 obligations en contrepartie:

- Obligation d'instrumenter si l'acte est conforme à l'or- dre public;

- Impartialité et neutralité: protéger les plus faibles, le consommateur, etc.

- Respecter un tarif pour permettre un effet redistributif: en France 1/3 des actes sont à perte; cela permet d'éviter l'aide juridictionnelle.

- Contrôle, inspection par des magistrats, des confrères, des experts-comptables.

Le notaire permet un accès au droit plus simple. Son activité répond à 4 besoins modernes:

- Sécurité juridique: il valide la légalité de l'acte; il est un instituteur du droit (l'explique et l'applique); il vérifie la validité de l'acte (contrôle l'identité, la capacité et le consentement). Il s'agit d'un contrôle préalable tandis que dans la tradition de Common Law, on privilégie l'efficacité plutôt que la sécurité.

• Conseil juridique: le droit se complexifie et ce rôle est de plus en plus important

• Efficacité juridique: le notaire va garantir l'incontestabilité de l'acte et sa force exécutoire

• Paix juridique: le notaire a un rôle d'intermédiaire, c'est un magistrat de l'amiable, le juriste du non-contentieux ou encore le «casque bleu du droit». La déjudiciarisation est un objectif sociétal essentiel et les modes alternatifs de règlement des conflits tels que la médiation, la conciliation et l'arbitrage sont importants.

S'AGISSANT DE L'UTILITÉ SOCIALE POUR L'ETAT:

Le notaire est un relai entre l'Etat et les citoyens.

Le «Tout Etat» communiste a montré son inefficacité, l'Etat ne peut pas tout faire.

Le «Sans Etat» a également ses limites (dérives libérales).

On doit rechercher une troisième voix: l'Etat doit se concentrer sur ses fonctions régaliennes et déléguer à d'autres institutions qu'il contrôle les services d'intérêt général.

Le notaire joue un rôle clé dans le processus de déjudiciarisation

Les procès créent une paralysie économique, pour cause de lenteur et d'incertitude. Le notaire est le juriste idéal pour désengorger les tribunaux.

Le notaire assure la transparence des activités économiques

Notamment pour la lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et du trafic de drogue. En Europe, on comptabilise 100 Milliards d'euros d'évasion fiscale par an. Le notaire est également utile pour l'identification de «qui possède quoi» et éviter ainsi l'accaparement des terres. Il a l'obligation d'enregistrer l'acte et dans certains pays, il est chargé du prélèvement d'impôts. En France par exemple, l'impôt sur la plus-value a multiplié son rendement par 3 depuis que ce sont les notaires qui sont en charge du prelèvement.

EN CONCLUSION: Le notaire a un utilité sociale incontestable car il apporte la sécurité. On observe une extension de l'intervention notariale: divorce, médiation. La fonction. Notariale s'adapte aux besoins technologiques de la société. Il est important d'avoir une formation de qualité (initiale et permanente) et de se conformer à la déontologie notariale.

Jeudi 22 octobre 2020

Michel GRIMALDI présente les thématiques du module «**SUCCESSIONS**». 14 pays ont participé à ce module.

ORGANISATION MATÉRIELLE DE L'ETUDE

Les actes reçus: pas plus d'actes mais plus d'actes d'anticipation. Le testament mystique ou olographe est préféré au testament authentique.

Les modalités de réception: se sont infléchies en raison des exigences de la distanciation sociale. Les rendez-vous se sont parfois tenus chez le client/par lien téléphonique/en visioconférence pour diminuer les contacts. Les formalités simplifiées ont parfois été simplifiées. La comparution à distance s'est vue confirmée dans certains pays ou à l'essai dans d'autres. La pandémie a montré les avantages d'un acte authentique électronique, préalable indispensable à l'admission de l'acte à distance.

Le service public notarial: son utilité a été rehaussée. Il s'agit d'une activité essentielle de la nation et on a observé la continuité du service public notarial. Les instances ont demandé aux notaires de rester ouverts, on a prévu des moyens d'information par les instances, des

notaires de garde. Le conseil notarial reste un devoir même s'il ne se conclut pas par l'établissement d'un acte authentique.

CONCLUSION: la pandémie invite le notariat à repenser la modalité de ses actes.

LE CORPS ET L'ÂME DU DÉFUNT

Les rites funéraires: ils sont différents selon que le droit est laïque ou religieux, et selon les différentes communautés. Un principe prévaut: la liberté des funérailles, tantôt par la loi, tantôt par la coutume; également le respect dû à l'ordre public. Parfois on a dû adapter ou écarter le droit ordinaire. Dans certains exemples, l'obligation de respecter les volontés du défunt concernant le rite funéraire est seulement morale, donc pas de sanction. L'exhumation possible parfois. La responsabilité de l'exé-cuteur test peut être engagée/les héritiers peuvent être exposés au blâme social.

Les sépultures: on traite des sépultures collectives. L'ordre public varie selon les pays. Certains peuvent avoir une sépulture sur un terrain privé. Que se passe-t-il alors en cas de vente du terrain? La cession de sépulture peut être facilitée (exemple de **Maurice**).

PRÉPARATION DE LA SUCCESSION FUTURE

Par testament: on constate la diversité, on présente les différents supports, les possibilités de sauvetage et les précautions concernant les personnes vulnérables. On peut voir valider une forme moindre en temps de crise. On étudie le recours à un interprète et la problématique de langue nationale. Exemple du testament sur support électronique au **Brésil**. CONCLUSION: un esprit de faveur pour les testaments.

Par donation: on évoque le problème des nationaux coincés à l'étranger qui veulent donner. Comment faire un acte notarié à l'étranger? S'il n'y a pas de consul, il faut une procuration devant un notaire local ou procuration à distance.

RÈGLEMENT DE LA SUCCESSION OUVERTE

Le règlement de la succession n'est pas l'affaire du notaire pour certain pays, parfois c'est un processus purement judiciaire. Il y a une proximité entre le notaire et le juge lorsqu'il s'agit des activités gracieuses. On traite du processus de déjudiciarisation.

ACTES NOTARIÉS À DISTANCE

On s'intéresse à trois aspects: sur support électronique / à distance (sans comparution physique) / pour quel type d'acte?.

En **Allemagne**, les actes sur support électronique, notamment en droit des sociétés, sont possibles mais pas les actes à distance. Il est important de transporter la sécurité juridique dans le monde digital. Il faut garantir le non risque de falsification ou de fraude identitaire et également la protection de données. Le serveur doit être dans un environnement sûr.

Au **Brésil**, tout le monde n'a pas d'identité numérique mais les acte à distance sont possibles.

En **Italie**, il n'y a pas d'acte à distance.

Le trust et la fiducie sont pratiquées à **Maurice** qui connait un système hybride entre Civil Law ou Common Law, la fiducie régie par le Trust Act de 2001.

En **Algérie**, les **WACF**, c'est-à-dire le gel de propriété en main morte au profit de toute personne est d'usage pour les œuvres publiques (hôpitaux, fondations, cimetières).

Au **Mexique**, certains Etats connaissent une **réserve** en usufruit et une obligation d'aliment, de pension si le défunt à des personnes pauvres comme ascendants ou descendants. Mais on peut choisir un enfant comme seul héritier.

On revient sur le rôle de la coutume en Afrique:

En **Côte d'ivoire**, la coutume est différente de la loi et il a été tranché en justice que la loi prime mais avec prise en compte de certains aspects de la coutume.

Au **Cameroun**, il y a une coexistence entre la coutume et la loi. La coutume s'applique seulement s'il y a un vide juridique.

En **Centrafrique**: la coutume a tout son poids, si la succession se passe en famille, la coutume prend le dessus. Devant le notaire, la loi prévaut et l'ordre public également.

CONCLUSION SUR L'EXTRAIT DE «LA PESTE» D'A. CAMUS: tous comparent le notaire au médecin. Le notaire traite le patrimoine au cas où la maladie vaincra. La médecine et le droit sont semblablement diverses et variées. Il s'agit là de sciences humaines avec beaucoup de diversité.

Luc WEYTS expose les thèmes de son questionnaire sur «**LE PATRIMOINE**» et plus précisément l'acte de vente de biens meubles ou immeubles.

Dans les pays qui ont répondu au questionnaire, il n'est pas toujours obligatoire que l'acte soit établi par un notaire. En **Slovénie**, on souligne les garanties notariales, le conseil notarial et impartial. En **Russie**, l'acte a plus de qualités si c'est un acte notarié. En **Centrafrique**, la promesse de vente est par acte notarié. Au **Brésil**, il y a un montant fixé par le gouvernement au-delà duquel il est obligatoire d'avoir recours à un notaire.

S'agissant des formalités: on revient sur la notification préventive au registre foncier au **Mexique**. En **Indonésie**, il n'y a pas d'obligation de vérifier si le terrain est en zone d'inondation.

S'agissant de l'acte simple sous seing privé: En **Macédoine du Nord**, il y a un montant (10.000 euros) au-delà duquel la forme privée ne suffit plus.

En ce qui concerne l'acte notarié: Au **Vietnam**, la plupart du temps, il n'y a pas de tierce personne qui a une influence sur les clauses de l'acte du notaire. On revient sur les notions de «maxi-acte» et «mini-acte».

S'agissant du paiement du prix, la plupart du temps c'est fait hors la participation du notaire.

L'**Argentine** expose la manière dont sont traités les immeubles à construire.

La vente de parts de société doit être faite par acte notarié en **Italie**.

THIERRY VACHON conclue: il faut s'adapter et avance plus vite et mieux. Au sujet de l'évolution de l'acte notarié et de la préparation/rédaction/signature de l'acte notarié, la problématique principale est celle de la confrontation physique face au notaire.

La comparution à distance amène à trois étapes de réflexion. On part de l'expérience **française**:

1. Acte authentique sur support électronique:
En France, utilisation globalisée depuis 2010 et le principe avait été lancé en 2000. A ce jour, 85% des actes sont électroniques et assurent la sécurité, la confidentialité et la protection des données selon droit français.

2. Acte à distance:
La réflexion était en cours avant la pandémie. En raison de la pandémie, il a été proposé par le notariat au pouvoir public une mesure d'exception limitée à la crise pour signer tous les actes notariés à distance par visioconférence. Un décret a été pris dans l'urgence pour permette cette nouvelle modalité. Nous avions donc un moyen sécurisé de visioconférence et de signature mais il reste des questions techniques sur le contrôle de l'identité, du consentement.

3. Quels actes?
Nous attendons en France un décret qui devrait permette un acte à distance de façon permanente mais limité aux procurations. Cela permettrait de répondre à la question de l'éloignement entre le client et le notaire, notamment quand le client est à l'étranger.

S'agissant d'un acte unilatéral, il est plus simple de dialoguer avec le client.

Le Directeur scientifique ouvre le débat à la salle:

Au **Bélarus,** il n'y a pas d'acte à distance. Seules les consultations peuvent être réalisées par visioconférence. Il y a une signature électronique pour le registre foncier.

En **Turquie**, pas d'acte électronique ou à distance.

En **Argentine**, on transfert les informations au registre de manière digitale.

Au **Paraguay**, on reste vigilant sur la sécurité, la confidentialité et le secret professionnel.

EN CONCLUSION, **Thierry VACHON** indique qu'il y a beaucoup d'illustration du rôle du notaire dans la protection:

Du citoyen: il assure l'efficacité de ses choix (protection, filiation, transmission des biens), le protège dans les rapports déséquilibrés, et sécurise les transactions.

De l'Etat: il est le défenseur des intérêts de l'Etat: lutte contre le blanchiment d'argent et la fraude fiscale, fiabilité des registres publics. Il est très utile car c'est un professionnel libéral qui conserve un contrôle de l'Etat.

Ses compétences peuvent être étendues dans le cadre de la déjudiciarisation (exemple: divorce amiable).

Si aujourd'hui le notaire conserve son utilité et permet ses évolutions c'est grâce a la figure unique qu'il a et à l'acte dont il dispose. L'acte notarié bénéficie de la force probante et de la force exécutoire, c'est un véritable outil de sécurité et donc de paix sociale. C'est la pierre angulaire du droit continental.

Il conclut sur la thématique de la circulation des actes. Également sur la responsabilité du notaire, son statut, et la formation nécessaire.

La Présidente C. ARMELLA conclut sur le thème de la technologie. Il faut s'engager, être uni et diffuser le savoir technologique notarial.

Elle annonce que le 30ème Congrès Mondial en 2022 devrait être au Mexique. Il y aura un espace pour l'Université du Notariat Mondial - présentiel et virtuel.

Elle rappelle le leit motiv:

Innover sans perdre notre essence.

2



PLATAFORMA EDUCATIVA VIRTUAL DE LA UINL

LA PRESIDENTA DE LA UINL, DRA. NOT. CRISTINA NOEMÍ ARMELLA PRESENTÓ LA PLATAFORMA EDUCATIVA VIRTUAL

UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

La presidenta de la UINL, Dra. Not. Cristina Noemí Armella presentó la Plataforma Educativa Virtual

OBJETIVO UINL: Promoción, organización y desarrollo de la formación profesional de todos los notarios y notarias del mundo

El día 27 de noviembre de 2020, en ocasión de la celebración de la Asamblea Ordinaria Anual de Notariados Miembros de la UINL, su Presidenta Dra. Not. Cristina Noemí Armella presentó la nueva Plataforma Educativa Virtual de la Unión Internacional del Notariado, que comenzó a funcionar ese mismo día.

Es objeto estatutario de nuestra organización internacional la promoción, organización y desarrollo de la formación profesional de todos los notarios y las notarias del mundo. Razón más que suficiente para justificar la existencia de esta herramienta tecnológica, de propiedad de la Unión, que permite proyectar estrategias de actualización profesional y capacitación a distancia, desde hoy y para siempre.

Se trata de una plataforma vanguardista, de última generación. Su diseño es escalable para permitir el crecimiento de su infraestructura hasta alcanzar eventos masivos a nivel mundial. Utiliza servidores que se encuentran ubicados físicamente en el mismo continente del usuario para garantizar una mejor conectividad. Reconoce pluralidad idiomática. Presta servicios en forma gratuita y otros arancelados. Permite la creación de cuentas de usuarios, verificando su identidad. Es compatible con cualquier dispositivo con acceso a Internet. Posibilita la búsqueda sencilla de información multimedia. Y puede vincularse a redes sociales para masificar su difusión.

Ya se ha alcanzado la primera etapa de la construcción del repositorio digital. El repositorio digital multimedia permite almacenar y catalogar conjuntamente documentos y vídeos. Esta gran base de datos habilita a realizar búsquedas y acceder en línea al material educativo existente en forma libre y gratuita.

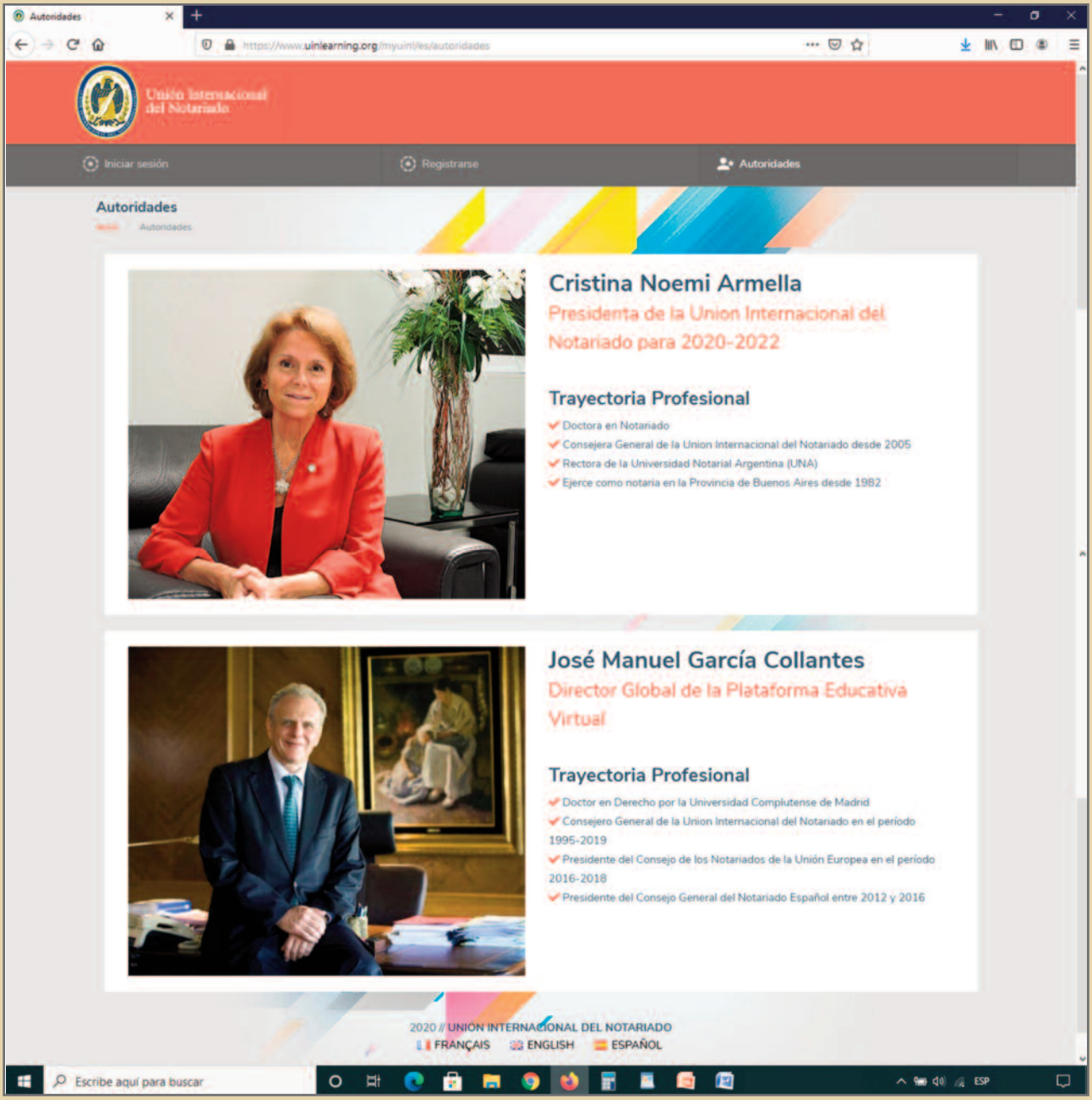
La siguiente etapa, que se implementará el año entrante, 2021, será de formación continua a distancia. La actividad en línea permitirá la inscripción en los cursos, el cobro de los aranceles, el ingreso a las aulas virtuales de docentes y alumnos, el acceso al material

multimedia exclusivo para cada actividad y la concreción de evaluaciones y certificaciones. Este verdadero "campus" virtual se abre al mundo notarial sin importar idioma, ubicación geográfica o huso horario.

Contamos con un Director Global, el Notario Doctor José Manuel García Collantes y con los mejores y más especializados docentes de cada uno de los notariados miembros. Desarrollamos ejes temáticos diversos y de total actualidad dedicados a los bloques jurídicos por continente.

Así, la Unión Internacional del Notariado ofrece esta nueva experiencia educativa para aprender más desde la riqueza de la diversidad.

https://www.uinlearning.org/myuinl/es/home



Entrevistas

PUBLICADAS POR © LEXISNEXIS SA



UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO



Joseph Bechara
LE NOTARIAT LIBANAIS

En 2018, le notariat du Liban est devenu le 88e membre de l'Union Internationale du Notariat (UINL). En partenariat avec l'UINL, la Semaine Juridique vous propose de découvrir ce notariat du Proche-Orient.

Joseph Bechara est président du Conseil des notaires au Liban depuis le 7 novembre 2017. Notaire depuis 17 ans, il exerce actuellement à Chiah, au sud de Beyrouth. Acteur culturel du Liban, il organise de nombreuses conférences relatives à la philosophie, à la pensée politique et au développement personnel.

Joseph Bechara a été le premier notaire à signer un contrat de mariage civil sur le territoire libanais. Cette initiative pionnière a permis une grande avancée dans la reconnaissance du ma-riage laïc au Liban et fut largement valorisée par la jeunesse libanaise.

STATUT DU NOTAIRE

Au Liban, le notaire est un professionnel du droit nommé par l'État en qualité d'officier public, pour conférer l'authenticité aux actes qu'il reçoit ou aux contrats qu'il rédige.

Le ministère de la Justice est l'institution de tutelle de la profession notariale : il organise le concours de sélection, nomme les notaires, contrôle leur travail et le respect des règles disciplinaires.

Cependant, le notaire est indépendant dans l'exercice de ses fonctions et assume personnellement la responsabilité juridique et financière de son étude.

Les notaires sont nommés par décret du ministre de la Justice et exercent leurs fonctions après avoir effectué un stage d'études et prêté serment auprès de la Cour d'Appel.

Les notaires sont répartis sur le territoire national par application d'un numerus clausus. Ils exercent leurs fonctions de façon individuelle et leur compétence est régionale. La loi libanaise ne prévoit pas à ce jour la possibilité d'établir des sociétés civiles de notaires.

COMPÉTENCES

Le législateur libanais n'a pas entendu limiter les compétences notariales.
Ainsi, le notaire peut ratifier tout acte non prohibé par la loi qui ne relève pas de la compétence exclusive d'un autre officier public. Ses compétences exclusives comprennent l'établissement des procurations et des testaments. En pratique, les notaires traitent également de la quasi-totalité des actes immobiliers. Un projet de loi envisage d'ailleurs d'en faire une compétence exclusive du notariat dans le cadre de la modernisation du registre foncier. Le notariat du Liban exerce également ses fonctions juridiques en droit des sociétés et dans certains domaines du droit de la famille pour les personnes ayant rayé la mention de leur appartenance communautaire de leur fiche d'état civil.

ORDRE PROFESSIONNEL

La profession notariale libanaise est dotée sur le plan national d'un Conseil des notaires (établi en 2014). C'est l'organe en charge de la formation et du suivi des notaires. Il coordonne la diffusion et l'application de la déontologie notariale. Il n'a pas à ce jour de compétence disciplinaire mais accompagne le ministère de la Justice dans ses prises de décision.
Les notaires sont également regroupés au niveau régional dans des Comités de régions.

LE CHIFFRE

C'est le nombre actuel de notaires en fonction au Liban, 56 candidats ayant réussi le dernier concours du notariat (pour une population globale d'environ 4 millions de personnes). 85 notaires en fonction sont des femmes et 82 sont des hommes.

Largement inspiré du modèle du notariat de type latin, le notariat libanais fut officiellement instauré par une loi notariale sous l'égide du mandat français en 1940. Mais ce n'est qu'en 2014 que les notaires libanais se sont regroupés en un corps professionnel suite à l'élection du premier Conseil national des notaires au Liban. Depuis, la profession notariale libanaise est en pleine expansion, tant sur le plan national que sur le plan international.

Au niveau national, le Conseil national des notaires au Liban s'implique dans la formation initiale et continue des notaires et tient régulièrement des sessions de formation et des tables rondes sur l'ensemble du territoire libanais. En outre, de nombreux projets sont en cours, notamment dans le cadre du soutien aux personnes en situation de vulnérabilité, de la modernisation des supports de travail et du registre foncier, de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et de l'application la déontologie notariale.

Au niveau international, le notariat libanais est devenu, à l'unanimité des votes, le 27e notariat membre de l'Association du Notariat Francophone (ANF) le 17 septembre 2017. Puis, le 2 octobre 2018, l'Assemblée générale des notariats membres de l'UINL a approuvé, également à l'unanimité, son adhésion comme 88e membre.

Enfin, le notariat libanais témoigne historiquement du support continu et apprécié du notariat français. Dans ce cadre, un protocole de coopération entre le Conseil supérieur du notariat et le Conseil national des notaires libanais a été signé le 24 août 2018 à Beyrouth, annonçant ainsi une nouvelle étape de la coopération franco-libanaise.



© OSTILL - GETTYIMAGES

QUESTIONS

Le notariat libanais est devenu membre de deux organisations majeures du notariat international, quelles sont ses perspectives ?

Le notariat libanais s'engage au niveau régional et international, en participant à des rencontres au Maroc, en Algérie, en Jordanie et à des colloques internationaux. Je souhaite également souligner notre forte coopération avec le notariat français, en particulier sur le projet de connexion sécurisé des notaires et du registre foncier. Par ailleurs, les notaires du Liban appliquent les normes de déontologie notariale de l'UINL et ont adopté les règles de bonnes pratiques pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (registre, notification de soupçon, formation et publication dédiés, etc.)

Sur le plan national, nous souhaiterions obtenir une réforme législative permettant de s'établir sous forme de société civile de notaires. Cela améliorerait notre exercice, aujourd'hui limité par l'obligation de la structure individuelle. Nous serions également très intéressés par la mise en place de Centre de Recherches et de Documentation, au service des notaires, sur l'exemple des Cridon de France. Pour conclure, le notariat libanais souhaite accroître ses compétences dans plusieurs domaines du droit : médiation, droit de la famille, droit du contrat, mariage laïc au Liban, mandat de protection future, etc.

Le Conseil des notaires au Liban a à cœur de fournir à ses notaires une formation de qualité et d'être acteur de l'évolution numérique de la profession. Quels sont vos projets sur ces sujets ?

Cette année, nous accueillerons 56 nouveaux notaires, auxquels nous proposons une formation intensive pour qu'ils bénéficient, dès le début de leur prise de fonctions, de l'expertise des notaires déjà en exercice. Nous insistons sur le fait que les formations sont prodiguées sur tout le territoire du Liban, de manière décentralisée. De plus, dans l'attente de la mise en place d'un intranet sécurisé, le Conseil a mis à la disposition de tous les notaires du Liban un réseau commun de transmission de résumé et analyse des textes intéressant la profession.

S'agissant de nos avancées digitales, les archives des notaires sont intégralement numérisées et nous utilisons l'outil technologique depuis une vingtaine d'année déjà. Le nouveau défi correspond à la modernisation des supports de travail. Le projet du Fonds d'expertise technique et d'échanges d'expériences (FEXTE) vise à établir un système unifié similaire au système français télé@ctes afin que le citoyen puisse déposer et finaliser son dossier auprès du notaire de manière dématérialisée, facilitant ainsi les transactions et constituant le premier pas vers le guichet unique. Le FEXTE accorde un rôle prépondérant au notaire dans le processus de l'enregistrement foncier.

L'une des priorités de l'UINL est depromouvoir le notaire en tant que soutien institutionnel de toute personne. Vous avez été le premier notaire, en 2012, à signer un contrat de mariage civil sur le territoire libanais. Le notariat libanais peut-il permettre d'autres évolutions ?

Le notaire sera sans aucun doute un acteur majeur, tant pour les citoyens que pour l'État, dans le cadre de l'évolution de nos sociétés. C'est à la fois un facilitateur et un régulateur.

Nous avons lancé plusieurs initiatives de premier plan œuvrant à assurer la protection et l'accès au droit des

personnes vulnérables. Très récemment, nous avons mis à la disposition des travailleurs étrangers la traduction des contrats de travail dans 10 langues étrangères, sur support écrit et vidéo. Plusieurs conférences ont également traité de la procuration de protection future, et des actions sont menées en faveur des personnes atteintes de maladie d'Alzheimer et des personnes âgées. En outre, nous sommes en étroite coopération avec le ministère de l'Intérieur et les organisations de la société civile sur le problème des enfants non-inscrits sur les fiches d'état civil.

Enfin, les notaires libanais déploient leurs efforts dans la gestion de la situation humanitaire des réfugiés syriens, assurant l'établissement des actes notariaux requis pour l'exercice de leurs droits, notamment pour leur résidence sur le territoire libanais.

Propos recueillis par Élodie Letouche,
Consultante pour l'Union
Internationale du Notariat (UINL)



Natalia V. Borisenko

LE NOTARIAT DU BÉLARUS

Le notariat du Bélarus est devenu le 89e membre de l'Union internationaledu notariat (UINL) le 27 novembre 2019. En partenariat avec l'UINL, La Semaine Juridique, notariale et immobilière profite de l'événement pour présenter les caractéristiques de son système.

Natalia V. Borisenko a commencé sa carrière en tant que notaire d'État à Minsk. Depuis 1995, elle exerce comme notaire privé. Elle a été élue présidente de la chambre des notaires du Bélarus en 2011, et renouvelée depuis.
Elle s'est vue décerner les deux badges du ministère de la Justice au vu de son grand professionnalisme et de sa contribution personnelle importante à la protection des droits des citoyens et des personnes morales, ainsi que le certificat d'honneur de l'Assemblée nationale pour ses mérites dans l'élaboration de la législation de la République du Bélarus.

STATUT DU NOTAIRE

Actuellement, les notaires du Bélarus exercent leur activité de manière indépendante, en tant qu'officiers publics nommés par le Ministre de la Justice.

COMPÉTENCES

Leurs compétences sont déterminées par la Loi : ils sont ainsi chargés de rédiger des actes authentiques (transactions, conventions, déclarations, etc.), d'effectuer les demandes d'information et de documents nécessaires auprès de divers organismes d'Etat, de délivrer des copies authentiques, et de donner des conseils juridiques.

Les domaines d'intervention des notaires comprennent les transactions immobilières, les pouvoirs, les sociétés, les prêts, les successions et la famille.

EXERCICE

Pour devenir notaire, il faut être un citoyen du Bélarus, avoir obtenu un diplôme supérieur de droit et travaillé pendant au moins trois ans dans le domaine juridique (et/ou avoir effectué un stage professionnel dans des cas décrits par la Loi). Le candidat à la profession de notaire doit réussir un examen de qualification établi par le ministère de la Justice et obtenir un certificat lui permettant d'exercer une activité notariale. Il lui sera possible d'exercer après avoir prêté serment.
Chaque notaire est obligatoirement affilié à la chambre notariale du Bélarus. Les obligations des notaires sont également d'être couvert par une assurance de responsabilité civile et de respecter les règles de déontologie de la profession. Enfin, les notaires en exercice ont un devoir de formation continue.
En 2015, la chambre des notaires du Bélarus a ouvert un centre multifonctionnel où les cours de formation pour les notaires et les employés du notariat sont organisés en permanence. Des universitaires, des notaires, des professionnels du droit et des représentants de l'État et enfin des représentants de notariats étrangers y interviennent.
Le tarif des notaires (en ce compris les cas possibles d'exemption) et les conditions de paiement des notaires sont établis par le conseil de ministres de la République du Bélarus.

ORDRE PROFESSIONNEL

L'organisme représentatif national est la chambre des notaires du Bélarus. La chambre des notaires du Bélarus agit sur la base d'une charte approuvée par l'assemblée générale.
Elle dispose d'un organe exécutif collégial, le conseil de la chambre, dont les membres sont élus par l'assemblée générale, ensemble avec le président. Des chambres territoriales existent dans chaque région et dans la ville de Minsk. La chambre nationale organise le stockage centralisé et la conservation des documents notariés, qui font partie du Fonds national d'archives de la République du Bélarus. Elle assure la sécurité, la comptabilité et le financement de ces archives notariales dans les différentes régions.
La loi notariale établit les compétences des différentes commissions de la chambre : discipline, audit, méthodologie, informatisation, contrôle du respect de la législation notariale par les notaires.

LE CHIFFRE

C'est le nombre de notaires en Bélarus, soit 1 notaire pour 11 347 personnes

UINL

Le notariat du Bélarus a été admis en tant que 89e membre de l'Union internationale du notariat (UINL) par l'assemblée des notariats membres de Jakarta (Indonésie), le 27 novembre 2019.
La cérémonie officielle d'admission s'est tenue le jour suivant, lors de l'ouverture du 29e congrès international, en présence du vice-ministre de la Justice de la République du Bélarus, M. Mikalai Staravoitau. Cet événement organisé par le Notariat d'Indonésie a réuni plus de 1 500 notaires du monde entier (V. aussi JCP N 2019, n° 49, act. 927).
Pour en savoir plus : www.uinl.org



© KOMYVGORY – GETTY

La mise en place du système notarial au Bélarus remonte au Moyen-Âge. Le Statut du Grand-Duc de Lituanie établi en 1529 est le premier document à contenir des dispositions normatives sur les formes de transmissions de propriétés. Puis, après la réforme judiciaire de 1864 dans l'Empire Russe et l'adoption en 1866 des Règlements sur le Notariat, des postes de notaires ont été établis.

La Loi sur le système notarial étatique est adoptée en 1974 et jusqu'en 2013 le système notarial de la République du Bélarus est dual, composé de notaires d'Etat et de notaires privés.

Par décret présidentiel en date du 27 novembre 2013 concernant « l'organisation de l'activité notariale », le notariat du Bélarus devient un système unique privé, autogouverné et autofinancé. Les archives notariales sont alors créées et le système d'information unifié des notaires est mis en service.

Ayant acquis la confiance du gouvernement et des citoyens, les notaires voient leur champ de compétences s'élargir. En plus des actes notariaux traditionnels, s'ajoute la certification de la forme externe de documents électroniques présentés sur support papier, celle des documents de sociétés et la fourniture de preuve écrite pour les tribunaux. En 2015, le décret n° 539 du président de la République sur l'enregistrement des propriétés mobilières grevées de gages permet le recours au notaire pour les inscriptions, modifications ou annulations au registre. De plus, les notaires établissent les formalités nécessaires à l'enregistrement des personnes morales et des entrepreneurs, ou encore, à la modification des statuts ou règlement enregistrés. La liste des dettes pour lesquelles la récupération peut être faite par l'exécution d'une inscription notariale est également étendue. Dans un futur proche, la certification des testaments et des pouvoirs devrait devenir une compétence exclusive des notaires. Enfin, il est envisagé de transmettre les fonctions relatives à l'apposition de l'apostille aux notaires.

QUESTIONS

Quelle a été votre motivation pour demander l'adhésion à l'UINL ?

La chambre des notaires du Bélarus considère l'adhésion à l'Union internationale du Notariat comme une opportunité de faire partie d'une grande famille professionnelle. La coopération et les échanges d'expériences au sein de l'UINL auront un impact positif sur notre pratique. La participation aux travaux internationaux permettra à la chambre des notaires du Bélarus de parfaire sa mission principale : assurer la disponibilité des meilleurs services notariaux à ses usagers. En outre, la vaste expérience pratique des notaires du Bélarus, leur capacité d'initiative et d'innovation ainsi que leur volonté d'interagir avec leurs confrères mondiaux, seront je l'espère une aide utile à l'atteinte des objectifs de l'UINL.

Comment utilisez-vous les nouvelles technologies afin de mieux servir les citoyens et l'Etat ?

Le système électronique unifié des actes notariaux et des dossiers de succession est en place depuis janvier 2017, les informations y sont saisies par les notaires. Toute personne intéressée peut accéder à des informations utiles (successions en cours, validité d'une procuration, etc). Les demandes d'information aux registres publics sont également gérées par informatique. Les notaires sont tous munis d'une signature numérique. Le développement d'un nouveau portail notarial est en cours. Il automatisera l'interaction du notaire et de ses clients et permettra par exemple la soumission à dis-

tance de documents, le calcul des frais de notaire, la prise de rendez-vous et l'échange d'informations par chats et vidéoconférences. Chaque citoyen ou un représentant légal pourra y consulter son compte personnel avec l'historique des rendez-vous et des actes.

Quelles sont vos actions en faveur des personnes vulnérables ?

La République du Bélarus a adhéré à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, qui vise à garantir aux personnes handicapées la pleine et égale jouissance de leurs droits humains. Les procédures spéciales applicables aux actes notariés sont inscrites dans la loi. Par exemple, les notaires ont la possibilité de régulariser des actes notariés au domicile du citoyen, les actes peuvent être lu ou traduit par une personne qualifiée en langue des signes, et si en raison de handicap physique, de maladie ou d'analphabétisme, un citoyen ne peut pas signer, l'acte peut être signé par un tiers autorisé. Les offices sont également équipés en faveur d'un accès pour tous (environnement sans obstacles, informations en braille, etc.). En outre, des cas de frais réduits voire d'exemption, définis par le conseil des ministres, existent pour les personnes handicapées et/ou âgées. Enfin, la législation prévoit une protection spéciale des mineurs. Toutes les actions doivent être effectuées en tenant compte de leurs intérêts. Il peut s'agir de l'application d'avantages ou de restrictions spéciales destinés à protéger les droits de propriété des enfants.

Êtes-vous engagés dans la lutte contre le blanchiment de capitaux ?

Conformément aux lois en vigueur, les notaires sont des personnes engagées dans des transactions incluant des fonds. Le notariat du Bélarus a mis en place des mesures de contrôle interne spéciales. Il est notamment interdit d'informer les participants à une opération financière des actions liée à cette prévention. Le blocage d'une transaction financière est également possible. Le contrôle interne utilise une approche fondée sur les risques, avec des procédures détaillées pour identifier et enregistrer efficacement les transactions suspectes, et en informer en temps opportun les autorités compétentes de l'État.

Propos recueillis par Élodie Letouche, consultante pour l'Union internationale du notariat (UINL)



Srbislav Cvejic

LE NOTARIAT DU SERBIE

Le notariat de Serbie a été admis comme membre de l'Union Internationale du Notariat (UINL) lors du Congrès International tenu à Paris en 2016. En partenariat avec l'UINL, La Semaine Juridique présente ce notariat des Balkans.

Srbislav Cvejic est diplômé de la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade en 1989. De 1991 à 2014, il a travaillé dans l'administration publique et au gouvernement de la République de Serbie, où il a été ministre adjoint de la Justice, ministre adjoint de la Défense et secrétaire d'État au ministère du Travail, de l'Emploi, des Anciens Combattants et de la Protection sociale. Il est notaire depuis septembre 2014, date à laquelle la profession de notaire a été introduite en Serbie, et il a été élu président de la Chambre des notaires le 12 mai 2018.

STATUT DU NOTAIRE

Le notariat serbe est sous la tutelle du ministère de la Justice, qui est chargé de la nomination et de la révocation des notaires. Le notaire en Serbie est un professionnel du droit délégataire de la puissance publique. Il rédige des actes authentiques et certifie des actes privés. Pour être notaire, il faut avoir accompli une formation universitaire pendant quatre ans, puis un stage pratique de deux ans, le tout permettant de passer l'examen de la magistrature. C'est après 5 ans d'expérience professionnelle que l'on peut passer l'examen notarial.
Les notaires sont nommés dans des lieux précis. Ils ont une compétence territoriale par juridiction pour l'immobilier, et nationale pour les autres cas.

COMPÉTENCES

Les domaines d'intervention principaux des notaires serbes sont les transactions immobilières, les certificats, les attestations et les successions. Ils sont également en charge des déclarations d'impôts afférentes aux transactions immobilières qu'ils authentifient.
Les notaires serbes bénéficient d'un accès dématérialisé à l'ensemble des registres publics (état civil, ministère de l'Intérieur, commerce et sociétés, cadastre, Banque Centrale).Les flux de données entre les notaires et les registres sont également en cours de dématérialisation. La transmission électronique des informations relatives à l'achat ou à la vente vers le cadastre a été une avancée majeure qui a permis de réduire le délai des procédures et d'offrir une plus grande sécurité juridique.
Depuis avril 2018 enfin, le notariat serbe constitue un acteur clé de la lutte contre le blanchiment d'argent et il a l'obligation d'appuyer l'État dans cette mission.

TARIF

Le tarif du notaire est également défini par le ministère de la Justice et publié dans la gazette officielle pour assurer sa transparence. La violation du tarif relève du domaine disciplinaire.

ORDRE PROFESSIONNEL

Le notariat de Serbie s'organise autour d'une Chambre nationale unique et centrale.
L'organe suprême est l'assemblée générale des notaires. Il existe également un Conseil de surveillance et un Conseil exécutif. Enfin, la Chambre est dotée d'un conseil disciplinaire.

LE CHIFFRE

C'est le nombre de notaires en exercice en Serbie à ce jour. Mais l'effectif n'est pas encore complet et il est prévu d'augmenter progressivement jusqu'à la nomination de 370 notaires au total, soit 1 notaire pour 25 000 personnes.

FOCUS

Le notariat de Serbie a participé activement aux travaux qui ont mené à la publication par l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO), en collaboration avec l'UINL et l'agence de coopération internationale allemande pour le développement (GIZ) des **Directives destinées aux notaires sur l'égalité des genres en matière de droit de propriété en Europe du Sud-Est.**
On y retrouve plusieurs exemples de bonnes pratiques identifiées en Serbie en faveur de l'égalité des genres dans la propriété des terres et de l'accès aux services juridiques pour les plus vulnérables.



© KISA MARKIZA - GETTYIMAGES

L'introduction du système notarial en Serbie a béné-ficié d'un fort soutien du notariat français : en amont d'abord, par la diffusion d'information et l'accompagnement dans l'élaboration de la loi, puis par le biais d'une coopération continue depuis la création du notariat serbe. En peu de temps, les notaires sont devenus des professionnels reconnus comme nécessaires par la société serbe, et la profession est solidement soutenue par le ministre de la Justice. La première loi notariale date de 2011. Sa mise en application a été reportée deux fois par manque de moyen pour la mettre en œuvre. C'est finalement le 1er septembre 2014 que le notariat serbe devient effectif, avec 94 notaires de départ. À ce jour, l'effectif n'est pas encore complet mais le pourvoi des postes de notaires s'est vu ralentir du fait de l'entrée en vigueur d'une modification de loi établissant des changements en termes de compétences notariales et en ce qui concerne l'imposition des études. Depuis cette réforme, chaque étude notariale est sujette à une taxe de 30 % sur son chiffre d'affaire, ce montant étant versé au budget de la République de Serbie pour améliorer le régime des agents de la justice. Cette imposition considérée comme lourde rebute certains candidats au poste de notaire. Un élargissement des compétences du notaire au droit du commerce est attendu grâce à une modification prochaine de la loi sur les sociétés.

Par ailleurs, il est envisagé par le ministère de la Justice de regrouper le cadastre et le registre foncier en une unique base de données alimentée directement par les notaires, sans l'intervention de l'Administration. Le notariat de Serbie, outre son adhésion à l'UINL en 2016, est un membre observateur du CNUE. Il entretient également des relations bilatérales avec le notariat de France, avec lequel il a signé un accord de coopération lors de la visite du Président Macron en Serbie en juillet 2019, relatif à l'introduction des archives numériques, d'un registre numérique des testaments et de l'acte authentique électronique. La mise en œuvre de cet accord a débuté en novembre 2019 avec les services de l'ADSN. D'autres accords multilatéraux engagent la Serbie avec l'Allemagne, le Bélarus ou encore la Hongrie, la Roumanie et la Bulgarie.

QUESTIONS

Comment s'organise le notariat sur le territoire serbe, et notamment dans les zones rurales ?

Le maillage du territoire par les notaires doit suivre le découpage des Cours de justice. Il y a quatre zones prédéfinies, qui représentent les quatre grandes villes du pays : Belgrade, Kragujevac, Novi Sad et Nis.

Dans les grandes villes les postes de notaires sont pour la plupart pourvus, mais il y a beaucoup moins d'intérêt pour cette profession en province à cause de la taxe de 30 % sur le chiffre d'affaire de chaque étude. Dans ces villes où il n'y a pas encore de notaires, les tribunaux ont pour l'instant gardé la compétence dans les matières de certification, de manière intérimaire.

Quel est le rôle des notaires dans la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme ?

Les notaires sont très engagés dans la lutte contre le blanchiment d'argent, en Serbie mais également dans le monde entier et l'UINL elle-même met à notre disposition un guide de bonne pratique et une liste non-exhaustive d'alertes de risques en la matière.

Depuis avril 2018, le notariat serbe fait partie des obligataires désignés par la Loi pour la lutte contre le blanchiment de capitaux. Concrètement, lorsqu'il travaille sur une mutation de propriété, le notaire doit effectuer une appréciation des risques sur la base de multiples indicateurs : le client, la région de la transaction, le mode de financement, etc. L'implication des notaires est telle

que nous avons signalé plus de 300 transactions suspectes en un an. Par ailleurs, la Chambre des notaires effectue une évaluation des risques au niveau de chaque étude notariale, par contrôle direct et indirect.

Que pouvez-vous nous dire de l'engagement de votre notariat en faveur de l'égalité des genres dans l'accès à la propriété immobilière ?

L'atteinte de l'égalité des genres et l'accès à la justice pour tous sont des objectifs de développement durable majeurs du programme des Nations Unies (Agenda 2030).

Le notariat de Serbie a tout d'abord participé à un séminaire organisé par l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO), l'agence de coopération internationale allemande pour le développement (GIZ), et l'UINL à Tirana en Albanie en mars 2017. Nous avons compris que l'égalité des genres devait être, d'une part, inscrit dans les textes, et d'autre part, mise en pratique dans la réalité. En Serbie, la nouvelle loi sur l'inscription au registre foncier des propriétés a permis de grandes avancées : des mesures spéciales ont été mises en place pour promouvoir la propriété et le contrôle des terres par les femmes.

Dans la tradition de notre pays et même de notre région, la plupart des acquisitions immobilières étaient faites au nom des hommes. À présent, l'évolution est telle que la loi considère, même si c'est seulement l'époux qui apparaît au contrat, que les deux époux sont obligatoirement copropriétaires des biens matrimoniaux en vertu de la loi, le tout sauf déclaration expresse de non-indivision. Dans ce cadre, les concubins bénéficient des mêmes droits que les époux. De plus, lorsque les deux conjoints s'enregistrent ensemble en tant que propriétaires de la propriété, les frais d'enregistrement sont réduits.

Enfin, un bureau d'enregistrement mobile pour faciliter l'accès aux femmes, aux pauvres et aux groupes vulnérables a été institué. Nous avons partagé notre expérience avec la FAO, l'UINL et la GIZ qui l'ont utilisé dans le cadre de la rédaction des Directives pour un régime foncier équitable en Europe du Sud-Est, un guide de bonnes pratiques qui a depuis été publié et est consultable par tous.

Propos recueillis par Élodie Letouche,
Consultante pour l'Union
Internationale du Notariat (UINL)



M. Nam Sangwoo

PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION DES NOTAIRES CORÉENS

LE NOTARIAT DE LA REP. DE CORÉE

Le notariat de la République de Corée est membre de l'Union Internationale du Notariat (UINL) depuis 2010. En partenariat avec l'UINL, La Semaine Juridique présente ce notariat d'Asie, qui préside actuellement la Commission des Affaires Asiatiques.

M. Nam Sangwoo est président de l'Association des notaires coréens depuis 2017. Il a passé l'examen du barreau en 1984, puis travaillé comme avocat à Séoul pendant 8 ans avant d'être nommé notaire en 2003. Réélu comme 21e président de l'Association des notaires coréens en mars dernier, il a également été désigné comme président de la Commission des affaires asiatiques de l'UINL en novembre 2019. Il est le premier président de la Commission qui exercera un mandat de trois ans, les mandats étant auparavant exercés pour une seule année.

STATUT DU NOTAIRE

En République de Corée, l'activité notariale est supervisée par le ministère de la Justice. Les notaires sont des professionnels du droit avec délégation d'une fonction publique. La délégation peut être prévue à des personnes physiques que l'on désigne comme notaires « nommés » mais, à la grande différence de la majorité des autres systèmes de droit latin, aussi à des personnes morales composées d'avocats, que l'on désigne comme cabinets « autorisés » à exercer les affaires notariales. Pour être nommé notaire, il faut avoir au moins 10 ans d'expérience en tant que juge, procureur et/ou avocat. Il s'agit en conséquence de juristes de haute qualité.

S'il n'existe pas d'institution nationale ou de programme d'enseignements professionnels spécifique pour former les notaires en République de Corée, le ministère de la Justice dispense une formation pour exercer les affaires notariales. De plus, l'institut de formation des notaires fondé par l'association des notaires coréens fournit un programme d'éducation en ligne.
Le nombre de notaires est limité par juridiction, en fonction de la zone régionale, de la population, de la demande d'authentification, de la commodité d'accès pour les usagers et des statistiques concernant les activités économiques. Les notaires nommés peuvent exercer de manière individuelle ou former un office commun avec d'autres notaires nommés.

COMPÉTENCES

Les domaines d'intervention du notaire coréen sont principalement l'authentification des contrats sous seing privé, des documents traduits et des statuts et procès-verbaux de sociétés par actions.
Les notaires interviennent également dans la préparation des contrats de prêt et des testaments, ou encore de tout autre cas concernant des droits privés.
Si les notaires nommés traitent des affaires notariales de manière exclusive, au contraire, les cabinets autorisés à exercer les affaires notariales peuvent également s'occuper d'autres affaires générales en tant qu'avocats.

ORGANISATION PROFESSIONNELLE

L'Association des notaires coréens représente le notariat au niveau national. Il n'y a pas de sous-système pour chaque district administratif. Il existe un comité disciplinaire des notaires, sous la supervision du ministère de la Justice. Les mesures disciplinaires sont prises par le ministre de la Justice selon la décision du comité : il peut s'agir d'avertissements, de sanctions spécifiques, d'une suspension et d'un licenciement notamment. Enfin, le Comité d'amélioration du système notarial, également sous l'autorité du ministre de la Justice, est composé de fonctionnaires du ministère, de notaires, de juges, de professeurs de droit et d'avocats et transmet au législateur ses propositions d'amendements.

LE CHIFFRE

Au 4 avril 2020, il y avait 84 notaires nommés et 248 cabinets d'avocats autorisés à exercer les activités notariales. Au sein de ces cabinets, on compte 941 avocats-notaires. La population de la République de Corée est estimée à 51,78 millions d'habitants : on comptabilise 1 notaire pour 50 517 personnes.

FOCUS

L'Association des notaires coréens prévoit d'accueillir la 10e session plénière de la Commission des Affaires Asiatiques du 8 au 10 octobre 2020 à Séoul, Corée. Compte tenu de l'actualité mondiale, le sujet de la rencontre sera l'introduction de l'authentification électronique et vidéo, ainsi que les moyens de son développement au sein de chaque notariat.

NB : les dates de l'événement peuvent varier selon la pandémie covid-19.



© C J NATTANAI - ISTOCK - GETTY IMAGES PLUS

Le système notarial coréen a vu le jour avec la loi sur le notariat promulguée le 23 septembre 1961. À cette époque, il n'existait que des notaires « nommés » (V. ci-contre). Le 31 décembre 1970, la loi sur la résolution des conflits de droit civil par procédure sommaire a été promulguée. En vertu de cette loi, des bureaux d'avocats autorisés par le ministre de la Justice peuvent s'occuper des affaires notariales. Par suite, une modification de la loi sur le notariat a été effectuée en 2009 afin de réglementer le nombre de cabinets d'avocats traitant des affaires notariales. De plus, l'âge de la retraite des avocats chargés des affaires notariales a été fixé. Des dispositions concernant l'Association des notaires coréens ont été ajoutées à la loi sur les notaires en 1999 et l'adhésion obligatoire a été entérinée en 2009.

L'Association des notaires coréens (Korean Notary Association « KNA ») guide et supervise les affaires notariales de manière uniforme sur tout le territoire. C'est la seule organisation de notaires reconnue en Corée. L'association a le devoir de former les notaires et le personnel des bureaux notariaux afin de renforcer l'éthique des notaires et d'améliorer leur expertise et leur capacité de travail. Elle est également chargée d'améliorer et de développer le système d'authentification. Elle dispose enfin du pouvoir de contrôle délégué par le ministre de la Justice. Afin de faciliter l'utilisation à l'étranger des actes notariés coréens, la Corée a adhéré à la Convention de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (Convention Apostille), le 14 juillet 2007. Selon cette Convention, un document notarié en Corée qui a obtenu l'apostille peut être traité de la même manière qu'un document public d'un pays qui a adhéré à la Convention, sans confirmation supplémentaire du consulat. Le notariat coréen est en outre doté des moyens digitaux permettant l'authentification électronique.

QUESTIONS

Vous avez été élu président de la Commission des Affaires Asiatiques, quels sont les défis du notariat dans cette région du monde ?

La Commission des affaires asiatiques est la plus jeune commission de l'UINL mais nous développons énormément nos activités au fil des ans.

Le premier défi des notariats membres de notre commission est la communication. En effet, par rapport aux autres commissions continentales (africaine, américaine et européenne), nous avons une diversité considérable en termes de langues, de systèmes juridiques et de cultures. Malgré cette difficulté, il y a eu un effort constant de communication et il existe maintenant une relation solide entre les notariats d'Asie.

Nous avons 3 objectifs principaux de développement en Asie pour cette législature. Tout d'abord, nous voulons établir un règlement pour le fonctionnement efficace et planifié de la Commission.

Ensuite, nous allons mettre en place une base regroupant les formules d'actes notariés et de certificats d'authentification, ainsi que les lois et outils pratiques de chacun de nos membres. Cela devra nous permettre de mieux comprendre les systèmes des uns et des autres.

Enfin, nous souhaitons rendre notre participation plus active au sein de l'UINL, afin de pouvoir diffuser de manière optimale auprès de nos membres asiatiques l'ensemble des informations mondiales d'intérêt. Nous sommes convaincus que cela nous permettra d'améliorer le développement de l'activité notariale en Asie.

Le notariat de Corée est doté d'un système d'authentification électronique et vidéo, comment cela fonctionnet-il ?

Il s'agit de répondre au rôle social qu'exerce le notaire. L'authentification vidéo en Corée a pour but d'accroître l'accessibilité pour ceux qui vivent loin ou qui ont du mal à être présents dans un bureau de notaire. L'authentification est alors effectuée à partir de document électronique et de la vérification de l'identité et de l'intention des parties par vidéo sauvegardée de manière cryptée dans un serveur sécurisé.

À l'origine, l'authentification digitale devait rendre le notaire accessible, par une connexion internet, à toutes personnes ne pouvant accéder au Consulat du pays où elles séjournent. L'utilisation de départ était très faible et le Gouvernement a été critiqué pour le gaspillage des fonds publics dans la mise en œuvre d'un tel projet.

Cependant, depuis le déclenchement de la pandémie covid-19 à travers le monde, l'utilisation des procédures d'authentification par vidéo a largement augmenté et a permis à de nombreux citoyens coréens résidant à l'étranger d'établir les actes nécessaires. Cela a prouvé la nécessité de l'authentification électronique.

Les personnes qui se trouvent dans des zones de déserts juridiques peuvent ainsi accéder au service notarial. En outre, l'ensemble du processus se faisant en ligne, cela a pour effet de réduire les coûts pour l'usager, puisque les frais de transport sont évités.

Quels sont les projets futurs portés par le notariat de Corée ?

L'Association des notaires coréens peut fournir des conseils et des suggestions à la demande des institutions publiques et leur faire des propositions d'amélioration. À cet égard, nous envisageons de proposer au ministère de la Justice un système permettant de gérer correctement le registre des actionnaires et des statuts des petites sociétés par actions, conformément à l'objectif fixé par le Code du commerce.

Propos recueillis par Élodie Letouche,
Consultante pour l'Union Internationale du Notariat (UINL)



Yualita Widyadhari

LE NOTARIAT INDONÉSIEN

Le Notariat indonésien accueillera le 29e Congrès international du Notariat du 27 au 30 novembre prochain. En partenariat avec l'Union Internationale du Notariat (UINL), La Semaine Juridique profite de cet événement pour présenter ce notariat asiatique, membre de l'UINL depuis 1997.

Me Yualita Widyadhari est notaire depuis 1997. Elle exerce actuellement au centre de Jakarta. Présidente de l'Association des Notaires d'Indonésie « Ikatan Notaris Indonesia » (INI) depuis 2016, elle œuvre pour le renforcement des capacités des notaires indonésiens au bénéfices des usagers du notariat et de l'ensemble du pays. En avril 2019, Me Widyadhari a été réélue pour la législature 2019-2021.

STATUT DU NOTAIRE

Le notaire est un officier public au sens du Code civil indonésien. Le ministère de la Justice et des Droits de l'Homme est en charge de superviser la nomination et la répartition des notaires sur le territoire. Pour être nommé notaire, il faut posséder une licence en droit et une maîtrise en affaires notariales, suivi d'un stage obligatoire de 24 mois. Enfin, le candidat doit réussir l'examen organisé par le Ministère, mais également l'examen du Code d'éthique et l'examen général organisés par l'Association des Notaires d'Indonésie. Le

nombre de notaires est déterminé en fonction d'un ratio notaire/population. Depuis environ un an et dans un souci de régulation, le gouvernement a limité le nombre d'universités pouvant organiser la Maîtrise en affaires notariales.
Le pays est divisé en provinces et les notaires ont une compétence régionale. La compétence territoriale est régie par la Loi sur les Notaires ainsi que par un Règlement Ministériel de 2017. Le candidat postule dans la province de son choix via un système en ligne. La plupart des notaires exercent dans des structures individuelles. Les associations de notaires ne sont pas interdites, mais il n'en existe que quelques-unes et seulement dans la capitale, à Jakarta. L'âge de la retraite est de 65 ans et peut être étendu à 67 ans si le notaire justifie d'une formation suffisante.

COMPÉTENCES

Les notaires sont chargés d'établir des actes authentiques dans lesquels ils rapportent l'intention des parties et vérifient les faits présentés par-devant eux en ce qui concerne les actions juridiques énoncées dans les différents codes civils et commerciaux. Les notaires sont les seuls officiers publics habilités à délivrer des actes authentiques relativement à tous actes, accords ou verdicts tels que requis par toutes normes générales ou demandés par toutes parties intéressées, afin d'en certifier la date, d'en délivrer des copies ou des extraits, le tout dans la mesure où cette délivrance d'acte n'est pas attribuée à un autre officier public par une règle spécifique. Les compétences notariales ne sont donc pas limitatives, mais la grande majorité des activités notariales sont destinées aux sociétés, aux contrats et au droit commercial. Les notaires indonésiens travaillent parfois en matière immobilière et en droit des successions.

ORGANISATION PROFESSIONNELLE

LE CHIFFRE

C'est le nombre de notaires en Indonésie pour l'année 2019, pour une population d'environ 260 000 personnes.

INSTITUTION ET GOUVERNANCE

L'Association indonésienne des notaires « Ikatan Notaris Indonesia (INI) » est l'association nationale unique représentant la profession notariale en Indonésie.
L'adhésion est obligatoire pour tous les notaires. Créée le 1er juillet 1908, l'INI fonctionne avec un conseil central et 34 sections provinciales, puis des divisions en 234 districts.
La discipline est traitée par le comité d'éthique central, nommé par le congrès au sein de l'INI et chargé des sanctions relatives aux manquements éthiques.



CRÉDIT RÉSERVÉ

L'Association des Notaires d'Indonésie « Ikatan Notaris Indonesia » (INI), constituée le 1er juillet 1908, a pour objectif de renforcer les capacités de tous ses membres et d'être un partenaire actif du gouvernement. Les notaires indonésiens sont régis par les Lois de la profession de notaire de 2004 et 2014. Ils ont un système d'adhésion solide à l'INI : chaque notaire reçoit une carte personnelle lui permettant d'accéder à une base de données notariale commune, de payer sa contribution, etc. Le notariat indonésien a rejoint l'UINL en 1997 en tant que 66e membre mondial et second membre asiatique, et en a présidé la Commission des Affaires Asiatiques (CAAs) en 2016-2017. Pendant ce mandat, un important séminaire international a été organisé à Bali (Indonésie) en 2017 pour discuter de l'intervention notariale pour faciliter les affaires commerciales. Plus de 1200 participants indonésiens, les membres de la CAAs, mais également le Président de la République et quatre ministres ont assisté à cette réunion d'envergure.



© TANARCH - GETTY

QUESTIONS

Vous venez d'être réélue pour un mandat de 4 ans à la présidence du notariat indonésien, quels sont vos projets pour cette nouvelle législature ?

Le notariat indonésien s'est efforcé d'être un partenaire de premier plan du gouvernement et de ses institutions. Ainsi, nous travaillons en étroite collaboration avec l'Unité d'enquête financière et la Direction générale des impôts sur la lutte contre le blanchiment d'argent. Cela inclut des sujets tels que la transparence fiscale et les principes relatifs au bénéficiaire effectif. Nous sommes également en contact permanent avec le ministère des Industries créatives afin de faciliter les affaires et la création des petites et moyennes entreprises (PME).

De manière générale, l'INI est très impliquée par le gouvernement dans la structuration des entreprises et le droit des contrats. Au niveau international, le notariat indonésien est un chef de file dans la représentation de l'UINL en Asie.

Nous souhaitons aider les principes du notariat latin à se développer dans la région, notamment pour éviter que le secteur commercial ne soit dominé par des pratiques de *common law* susceptibles de compromettre la sécurité juridique des entreprises.

Les notaires sont des officiers publics et, à ce titre, ont une fonction sociale cruciale envers les citoyens. Comment cette fonction sociale s'illustre-telle en Indonésie ?

Les notaires indonésiens se consacrent à aider les plus vulnérables. Par exemple, nous fournissons des conseils juridiques gratuits aux personnes défavorisées et nous

nous impliquons dans l'aide humanitaire lors de catastrophes naturelles. Nous aidons également les macros, petites et moyennes entreprises en cas de besoin en leur fournissant des actes authentiques gratuits.

Quels sont les objectifs du notariat indonésien pour l'avenir ?

Ce que l'on appelle la révolution industrielle 4.0 est inévitable. Aussi, les notaires indonésiens doivent améliorer leurs compétences en matière de technologie pour s'adapter. Nous leur fournirons une formation adéquate pour améliorer leurs connaissances et leurs capacités au service de tous.

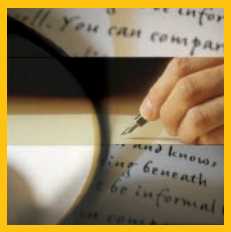
Par ailleurs, nous sommes en train de demander une réforme de la loi sur le notariat afin d'améliorer notablement la protection des notaires contre la criminalisation et de mettre en place des tarifs minimaux.

Les notaires indonésiens connaissent un système particulier de nomination géographique. Pouvez-vous nous le détailler ?

En effet, dans chaque province, on établit un maillage du territoire en déterminant différents districts. Ainsi, un jeune diplômé notaire ne peut postuler que dans des districts particuliers de la province, dénommés «D». Les districts sont déterminés par le gouvernement en fonction du nombre de personnes, des besoins en notaires, des capacités du secteur bancaire, des activités économiques et du développement, etc. Les districts A, B et C sont quant à eux ouverts aux notaires plus expérimentés qui ont obtenu des points grâce à leur expérience et la formation continue.

Propos recueillis par Élodie Letouche,
Consultante pour l'Union
Internationale du Notariat (UINL)

EDICIÓN Nº 126
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - BUENOS AIRES - ARGENTINA
FEBRERO 2021



ONPI
Institución Editora

Sede Permanente
Av. Las Heras 1833 Piso 4° CP (1024)

Dirección y Redacción
Av. Las Heras 1833 Piso 4° CP (1024)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Tels.: (0054) 11 4809-7161
onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

Internet
www.uinl.org
onpiuinl@onpi.org.ar

Presidente UINL
Notaria Cristina Noemí Armella
Argentina

Presidente de la ONPI
Notaria Agueda Luisa Crespo
Argentina

Comité Ejecutivo de Contenidos
Susana Bonanno
María Alicia Craviotto
Agueda Luisa Crespo
Enrique Garbarino
Gonzalo Matías Vásquez

Diseño y Diagramación
María Cecilia Alcoba

RIN Nº 126