

43° JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

¡ALERTA, ADULTO MAYOR!

El Notario como custodio del ejercicio de sus derechos

Tema 3: Adultos Mayores

Coordinadores: Not. Gonzalo M. Vásquez

Not. María Cecilia López

Categoría: Trabajo Individual

Autor: Not. CLAUDIO FEDERICO ROSSELLI



SUMARIO

I.- Ponencias.

II.- Presentación del tema.

III.- El ordenamiento jurídico y los adultos mayores en Argentina.

IV.- ¿A quién llamamos “adulto mayor”?

V.- La actuación del Notario ante el requerimiento de un adulto mayor.

1.- Audiencia Notarial Previa.

2.- Certificados o Declaraciones Profesionales.

3.- Testigos del Acto.

4.- Constancia fílmica de las audiencias previas.

VI.- Recomendaciones al Notario para la atención del adulto mayor.

VII. Conclusiones

Bibliografía

I.- PONENCIAS

1. El notariado es el custodio del ejercicio de los derechos de los adultos mayores, debiendo sostener el principio de la capacidad de aquellos.
2. En los casos de intervención notarial con otorgantes adultos mayores, se torna de fundamental importancia la audiencia previa, para poder percibir la capacidad mental y la voluntad no viciada del adulto mayor. El notario puede determinar la cantidad y lugar de realización de las audiencias, cumpliendo con lo dispuesto por el art. 301 del C.C.C.N.
3. El Notario en aquellos actos donde intervengan adultos mayores, y no sea requerido por la ley, podrá convocar al otorgamiento a dos personas en carácter de testigos.
4. El Notario podrá requerir como elemento de apoyo y consulta para llegar a emitir juicio de capacidad sobre el adulto mayor, certificados o declaraciones de diferentes profesionales (médicos, asistentes sociales, sociólogos, etc.) dado que la percepción de la capacidad mental del adulto mayor depende de un análisis interdisciplinario, no solo de la ciencia médica.
5. El Notario podrá dejar constancia fílmica de la o las audiencias previas que tenga con el adulto mayor, siempre que éste preste su consentimiento.
6. El Notario determinará la forma en que documentará, registrará y resguardará aquellos elementos que, sin ser requeridos por la ley, sirvan a futuro como apoyo y prueba de su actuación profesional en aquellos actos donde intervinieron adultos mayores.
7. Los Colegios de Escribanos deben fomentar espacios de debate y capacitación entre los actores judiciales y los notarios, en los que se consideren actos notariales con intervención de adultos mayores.
8. Desde los Colegios de Escribanos se deberá capacitar a los Notarios y sus colaboradores respecto a las formas de atención de los adultos mayores, contemplando las características propias del grupo que conforman.

¡ALERTA!!! ADULTO MAYOR

El Notariado como custodio del ejercicio de sus derechos

II.- PRESENTACION DEL TEMA

La prolongación de la de expectativa de vida de las personas en todo el mundo ha sido una realidad que puso en discusión muchos de los paradigmas que creíamos poco modificables, llegando a discutirse sobre si la edad jubilatoria debe aumentarse debido a este nuevo fenómeno global. Los adelantos de la ciencia médica, la conciencia sobre el cuidado de la salud y el medio ambiente, la vida social, hicieron que muchas personas prolongaran su vida y, aquellas de más de 60 años, lleven adelante actividades habituales en el mundo de los negocios, más allá de tomar decisiones respecto a su persona, patrimonio, y proyección sucesoria de bienes. No obstante, en muchos casos la edad es una condicionante para el ejercicio de los derechos, dado que se asocia la vejez con la incapacidad, cuando debemos tener en cuenta que los adultos mayores son plenamente capaces y solo tendrán debilidad o vulnerabilidad para el ejercicio de sus derechos y allí es donde tenemos que apuntar para que el notariado sea el apoyo en el cual los adultos mayores puedan confiar para llevar adelante sus decisiones.

Hasta hace algún tiempo, las personas mayores vivían junto a sus hijos o parientes, compartiendo el mismo inmueble, quizás hasta el fin de su vida. Esos familiares acompañaban y cuidaban del adulto mayor en su disminución física, en la dependencia que el paso del tiempo le genera a la persona. No se conocían los establecimientos llamados “geriátricos” o “casas de internación prolongada”, y estos adultos mayores tomaban sus decisiones patrimoniales en el último tramo de su vida, generalmente efectuaban donaciones de sus bienes en vida a sus hijos, constituían derechos de usufructo o simplemente, al fallecer, sus bienes se incorporaban al proceso sucesorio en sede judicial. No actuaban social y jurídicamente con la multiplicidad de posibilidades que hoy en día lo hacen los adultos mayores.

Con el paso de los años, esos grupos familiares numerosos que compartían un mismo inmueble dejó de ser algo común. Cada hijo comenzó a independizarse y pudo adquirir su propio inmueble destinándolo a su hogar, ya sea que formara una familia, conviviera con otra persona o simplemente llevara su vida en de manera independiente. Este cambio de paradigma hizo que muchos adultos mayores quedaran en sus casas

viviendo acompañados por su cónyuge, conviviente o solos, a veces con la asistencia de algún familiar o tercero y en otros casos solo con el apoyo del otro integrante, agravado con la muerte de este. Esos adultos comenzaron a no recibir los cuidados necesarios para paliar sus problemas de salud o simplemente para poder llevar adelante su vida cotidiana. Sus familiares directos ya no compartían la casa con aquellos y quizás tampoco se hacían cargo de esa ayuda o auxilio necesario para desenvolverse en la vida cotidiana. Por otra parte, también se encuentran aquellos adultos mayores que sin pareja ni familiares que puedan asistirlo llegaron a un estado de indefensión o vulnerabilidad, donde comenzaron a depender de terceros que colaboren con ellos, ya sea por una relación contractual de cuidados y compañía o por una relación afectiva. Esta última posibilidad generó también que se presentaran casos en que personas inescrupulosas (familiares o no) se aprovechen del estado de vulnerabilidad de los adultos mayores, para beneficio propio, cooptando la voluntad de estos.

Hoy en día en nuestras Notarías es común recibir a muchos adultos mayores que nos requieren para otorgar actos jurídicos que tienen que ver con su patrimonio o con sus derechos personalísimos, y allí están los Notarios para asesorarlos, orientarlos y llevar adelante las mandas propuestas. La función del Notario es de vital importancia para que el adulto mayor pueda ejercer esos derechos que la ley le reconoce, a través de una legislación que se ha adecuado a los tiempos que corren.

Pero claro, si bien se sabe que la capacidad jurídica es la regla para todas las personas, el Notario deberá íntimamente estar convencido que el adulto mayor tiene la libre voluntad necesaria para poder otorgar el acto que requiere y que ningún otro agente se encuentre viciando la voluntad del requirente, para lograr un beneficio personal. Este trabajo intentará ser una guía de consulta y apoyo para el Notario que diariamente está al frente de la notaría y que, cuando sus colaboradores le informan que hay un adulto mayor en la recepción de la oficina para llevar adelante un acto notarial, no sienta la sensación de temor o miedo que lo pueda dejar en medio de: 1) Comunicarle al adulto mayor la imposibilidad de otorgar el acto en su notaría (sin siquiera indagar sobre las condiciones que rodean la vida de esa persona) lo que deviene en la imposibilidad del ejercicio de sus derechos; o 2) Quedar expuesto a un futuro proceso judicial donde se cuestione su actuación profesional y, por ende, la validez del acto jurídico implementado (lo que ocurre pasados los años y quizás sin la

existencia del adulto mayor para ratificar su voluntad, encontrando al Notario en soledad frente a los estrados judiciales).

Este trabajo procura vislumbrar que la actuación del Notario es de nodal importancia para los adultos mayores, ya que el Escribano se convierte en un facilitador del derecho poniendo a disposición de aquellos el ejercicio del mismo. Asimismo, se pretende concientizar que los notarios deben generar un ámbito de escucha, atención, indagación, cuidado y profesionalismo en sus notarías, que se logrará capacitando a los notarios bonaerenses. Nuestros adultos mayores deben ser considerados un grupo social que formen parte especial para nuestra profesión. El respeto a la dignidad de las personas mayores pasa por aceptar su voluntad y respetarla, no sustituirla ni negarla, siendo el notario una herramienta para su ejercicio. A eso tenderá la actuación del Notario.

III.- ORDENAMIENTO JURIDICO Y LOS ADULTOS MAYORES EN LA ARGENTINA.

El Código de Vélez estableció el régimen jurídico general relativo a las personas, a su capacidad e incapacidad y respecto a los hechos y actos jurídicos reguló la voluntad (discernimiento-intención y libertad). El incapaz ejercía sus derechos, luego del dictado de una sentencia judicial, a través de un representante llamado “curador”. También estableció la mayoría de edad civil a los 21 años, nada refería a los Adultos Mayores.

La reforma de 1.968 (Ley 17.711), incorporó la figura de la inhabilitación, rompiendo con el binomio capacidad-incapacidad consagrada en el art. 152 bis, la que se refería (en términos de la ley) a ebrios consuetudinarios, toxicómanos, débiles mentales y pródigos.

Se aprueba la ley 25.579 (1/1/2010), donde se modifica la edad para adquirir la mayoría de edad adecuándose a 18 años, de acuerdo con lo establecido por la “Convención Internacional de los Derechos del Niño”.

Con la aprobación de la ley 26.378, se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, lo que luego dará lugar a la sanción de la “Ley de Salud Mental” (Ley 26.579), modificando las restricciones a la capacidad causadas por padecimientos en la salud mental.

El Código Civil y Comercial de la Nación, con su entrada en vigencia el 1/8/2015, trajo nuevos paradigmas en el tema de autonomía personal, capacidad, voluntad, instrumentos de apoyo, asistencia y salvaguarda, en concordancia con la C.P.C.D.

Este código establece que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. La persona tiene derecho a recibir información a través de medios adecuados para su comprensión.

La reforma constitucional de 1.994, en su artículo 75 inciso 23, estableció: *“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.”*

En consecuencia, mediante la ley 27.360 se da rango constitucional a la “Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores”. También es importante plantear como parte de la estructura de la protección de menores y adultos, para completar el paradigma del cuidado de estas personas, la sanción de la ley 23.849, que ratifica la “Convención Internacional sobre los derechos del Niño”.

IV.- ¿A QUIEN LLAMAMOS “ADULTO MAYOR”?

En principio debemos diferenciar entre las personas “mayores de edad” (que son aquellos mayores de 18 años) y las “personas mayores o adultos mayores” que, según la C.I.P.D.H.P.M., serían todas aquellas que hayan cumplido 60 años o más, salvo que la ley nacional determine otra edad menor o mayor y siempre que esta no sea superior a 65 años.

No se puede establecer un momento determinado, un hecho, una característica personal, que marque el paso de “persona adulta” a “adulto mayor”, las características que rodean a los adultos mayores pueden determinar ese paso, por ello, debemos comenzar por tener muy claro que el adulto mayor es plenamente capaz. El paso del tiempo lleva a la disminución de las funciones básicas (sentidos, motricidad, capacidad física, etc.), lo que genera pérdida de autonomía y, en consecuencia, dependencia de otras personas. En algunos casos la persona deja de planificar su vida a futuro, de tener proyectos propios, puede caer en estados de angustia, depresión y debilidad, más cuando sus familiares directos, afines o amigos, no los tratan con la habitualidad que lo hacían anteriormente, o ya no se encuentran vivos. Esta situación de vulnerabilidad lleva a que ellos comprendan que no pueden ejercer

sus derechos en forma directa como antes, lo que genera una mayor dependencia hacia familiares o terceros con la posibilidad de que esas personas actúen en beneficio propio y no del adulto mayor.

Algunos autores hablan de la heterogeneidad del grupo “adultos mayores”, ya que si bien las características apuntadas anteriormente, las condiciones de vida de cada adulto, su calidad de vida, su actividad social y las decisiones que fueron tomando en los años transcurridos, hacen que cada persona “adulto mayor” sea una individualidad a abordar según las condiciones presentes en su vida general, salud, vínculos sociales, etc. Esto fundamenta que, para conocer el estado de capacidad mental del adulto mayor, se deberá contar con el análisis de un equipo interdisciplinar, que una los esfuerzos de juristas, médicos, economistas, sociólogos, fiscalistas, demógrafos, asistentes sociales, y por supuesto los Notarios, quienes podrán apoyarse en todos esos dictámenes para lograr la íntima convicción que el requirente está en condiciones de otorgar el acto sin vicios de su voluntad.

Según lo expresado, se debe tener en claro que vejez no es sinónimo de incapacidad. De acuerdo con lo establecido por el artículo 12 párr. 2 de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, la capacidad jurídica y la capacidad mental de las personas son cuestiones distintas y deben tenerse bien claras en el momento que el Notario analice su intervención en un acto a ser otorgado por una persona adulta mayor. La capacidad jurídica o legal (capacidad para ser titular de derechos y obligaciones) es la posibilidad de ejercer esos derechos y, por principio general, la persona la tendrá siempre. La capacidad mental es la aptitud que tenga ese adulto mayor para tomar decisiones, es un hecho totalmente individual que, como se mencionó anteriormente, variará por los factores que rodean al sujeto, pero la falta de capacidad mental no hace a la falta de capacidad jurídica del sujeto, quien deberá ejercer esos derechos y obligaciones a través de un apoyo o curador, según corresponda.

Es muy importante destacar el paradigma que la justicia debe tener en cuenta a partir de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” para analizar la limitación de la capacidad de un adulto mayor, la que siempre debe ser tomada en beneficio de éste y tender a la no restricción total del ejercicio de esos derechos, sino en cuanto a uno o varios actos concretos en los que puede sufrir algún perjuicio. Debe evitarse el nombramiento de un representante con facultades permanentes, como era el caso del curador en la normativa Velezana. Además, la decisión judicial se ratificará

o modificará en forma periódica, comprobándose si se sostienen o no las razones que dieron lugar al pronunciamiento judicial inicial. Para tomar estas decisiones, los Jueces deberán resolver desde una perspectiva integral que tenga presente toda la historia y realidad del adulto mayor (sin olvidar la heterogeneidad del grupo de adultos mayores), deberá existir en el proceso una forma de comunicación que sea accesible al adulto mayor (entendiendo la reciprocidad en la comunicación) respecto a lenguajes, sistemas de escritura, medios de expresión y toda aquella herramienta que facilite la comprensión y entendimiento del proceso para el adulto mayor que es parte del mismo. Esto sin dejar de resaltar que el adulto mayor debe participar y ser escuchado durante todo el proceso judicial.

Habiéndose contextualizado el tema, se llega a un punto donde se presenta la necesidad de analizar la actuación del Notario ante el requerimiento de una persona “adulto mayor”. El Notario deberá garantizar el ejercicio de los derechos del adulto mayor y protegerlo de aquellos que puedan lesionarlo jurídica o moralmente. Será el custodio del cumplimiento de la legislación relacionada con dicho grupo poblacional, y también será el protector del vulnerable y desigual en la relación jurídica.

V.- LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO ANTE EL REQUERIMIENTO DE UN ADULTO MAYOR.

El Notario se encontrará ante diferentes alternativas tales como: a) Intervenir para cumplir con el requerimiento del adulto mayor (si considera que su capacidad mental se encuentra en condiciones de decidir libre y voluntariamente sobre un tema determinado); b) Abstenerse de intervenir, cuando su íntima convicción le demuestre que el adulto mayor no está con la capacidad mental necesaria para el discernir los alcances del acto a otorgar, o cuando el adulto mayor no tiene la libertad que requiere la ley para que el acto sea voluntario; c) Asesorar para que el adulto mayor recurra ante un Juez y así solicitar el nombramiento de un apoyo que lo asista para el otorgamiento del acto, o de un curador según sea el caso.

Para llegar a ese convencimiento, el Notario deberá valerse de medios que le sirvan no solo como elementos de apoyo sino como pruebas de buena diligencia ante un futuro proceso judicial que cuestione la validez del documento otorgado. Este trabajo intentará ser una guía de buenas prácticas para el Notario en su transitar profesional con el adulto mayor.

1.- AUDIENCIA NOTARIAL PREVIA: La llegada a la notaría de este grupo de requirentes se dará en forma personal-presencial o, generalmente, se produce a través de un familiar o tercero, que llega a asesorarse para el otorgamiento de un acto jurídico en nombre del Adulto Mayor. Este primer acercamiento debe ser valioso para el Notario, quien debe indagar sobre la realidad del adulto mayor, dónde se encuentra residiendo, cómo está conformado su grupo familiar y cuál es la relación con el mismo, sus recursos económicos, cuál es el rol del consultante (si no concurre el interesado personalmente) en su relación con el adulto mayor, y, fundamentalmente, consultar sobre su estado de salud física y mental, y conocer las causas por las cuales no se acercó en forma personal a la notaría.

Todo ese cúmulo de información debe ser procesado por el colega Notario, para llegar a una primera apreciación de la situación que rodea al futuro requirente, ya sea que la información haya sido proporcionada por el propio requirente o por el tercero encomendado para esa tarea. En este último caso, se podrá inferir una posible situación donde un adulto mayor que, con problemas de salud, solicita la colaboración de un tercero como nexo con el Profesional para el otorgamiento del acto, ya sea por imposibilidad de traslado a la notaría, o simplemente por cuidados de movilizarse mínimamente desde su hogar.

Toda esta actividad notarial implica inmediatez con el requirente, no se puede delegar y ni omitir la función de interactuar con aquel antes del otorgamiento del acto (Art. 301 C.C.C.N.), así como el Juez, en un proceso de restricción de capacidad, debe tomar contacto directo con el presunto incapaz (Art. 35 C.C.C.N.). Esa actuación es la que permitirá llegar a la íntima convicción sobre el estado de capacidad mental y voluntad del requirente. Resulta imposible para el Notario suprimir esta acción previa.

La audiencia notarial previa con el requirente es de fundamental importancia, si concurre en forma personal debe llevarse a cabo individualmente con el adulto mayor, haciendo retirar a quien lo acompañe a otro recinto para poder conversar distendidamente, conocer todos los aspectos que anteriormente se detallaron, y percibir el grado de entendimiento y voluntad que tiene la persona para llevar adelante la manda. Allí podrá observarse si está condicionado por una o más personas para realizar el acto, si tiene claro a quien beneficiaría con la decisión a tomar, y también a quien perjudicaría. Para el caso que el adulto mayor no se presentare en la notaría por no poder trasladarse, el Notario deberá constituirse en el lugar de su residencia (su vivienda, geriátrico, casa de internación prolongada, servicio asistencial de salud,

etc.), para efectuar la audiencia notarial previa, ya que no puede iniciar su labor profesional sin haber tenido contacto directo con el requirente. Esto se afirma en lo preceptuado por el art. 31 inc. a) del C.C.C.N., donde se expresa que toda persona humana tiene la aptitud de ejercer personalmente sus derechos aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (entendiéndose que comprende a geriátricos y casas de internación prolongada).

Si realizada la audiencia notarial previa el colega no hubiera llegado a la convicción de que el requirente está en condiciones de otorgar el acto requerido, podrá realizar otra u otras audiencias previas que considere necesarias para lograr su íntima convicción.

En muchos casos el adulto mayor se encuentra asistido por familiares directos o afines, o también por terceros que colaboran con él. Estos pueden tener una intención de ayudar al adulto mayor, pero también debe poder inferirse la intención de obrar en beneficio propio, en desmedro de la persona o el patrimonio del requirente. El Notario deberá estar muy atento, dado que existe un delito en el cual puede verse involucrado como partícipe necesario para que se logre el objetivo de perjudicar a la persona mayor, es el normado por el artículo 174 inc. 2° del Código Penal denominado “Circunvencción de Incapaz”, el cual se transcribe a continuación: “Sufrirá prisión de dos a seis años...2°)El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”. El Notario debe tener especial cuidado con relación a este delito, ya que su actuación profesional lo puede hacer parte del hecho tipificante. El art. 45 del Código Penal prevé: que los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación, sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito, como los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. Según el Diccionario de la Real Academia Española, etimológicamente “**circunvenir**” tiene el significado de “estrechar” u “oprimir con artificio engañoso”, también “rodear por estratagema hostil”; “conseguir alrededor de”; y en la antigüedad era como darle vueltas a una persona para marearla y poderla engañar.

El tipo penal no solo exige que haya dolo, sino también el ánimo implícito de abusar, que se lleve adelante un negocio que a sabiendas causara un perjuicio, con la finalidad de explotar las necesidades, pasiones o inexperiencia de una persona. Para la

jurisprudencia, este delito es de peligro concreto y no de daño efectivo, pues se consuma con la sola firma del documento que importe cualquier efecto jurídico de carácter patrimonial en perjuicio del incapaz o de otro.

¿Por qué se relaciona este tema con las audiencias previas? simplemente porque la actuación del Notario en las audiencias previas le dará la posibilidad de tomar el contacto personal con el requirente adulto mayor, y podrá percibir la situación de capacidad de éste; conocerá el entorno que rodea a la persona mayor y, tomando contacto con el mismo, podrá percibir si la voluntad de éste puede estar inducida por alguien para su propio beneficio, todo lo que llevará al Notario a conformar su íntima convicción sobre la capacidad y voluntad del individuo y su decisión de continuar adelante o no con el requerimiento (su decisión será siempre teniendo presente el resguardo y cuidado del adulto mayor).

Casos Jurisprudenciales: Se abrevará en la jurisprudencia para ver como nuestros tribunales actúan en referencia a éste y otros delitos que rozan la actuación de los Notarios, cómo valoran la inmediatez con el requirente, y que criterios plantean.

Existen algunos fallos que, con gran claridad, receptan la importancia de la intervención del notario y la fe pública que emana de sus actos y declaraciones, como por ejemplo: en el que se demanda la nulidad de varios actos jurídicos otorgados por una adulta mayor a favor de un sobrino, se alegó la falta de lucidez de la mujer y, si bien fue receptada la demanda en primera instancia, se revocó en segunda instancia debido a, entre otros, el siguiente argumento: “se desprende que la causante no evidenciaba al momento de suscribir los negocios a favor de su sobrino una incapacidad tal como para no comprender sus actos, sino que este fue llevado a cabo con la presencia de una escribana que la encontró lúcida y con conocimiento de las implicancias que ocasionaban dichos actos, a lo que debe agregarse que no existió sentencia judicial que hubiese declarado su incapacidad, ni redargución de falsedad de las escrituras, ni conducta sospechosa alguna que implique mala fe del beneficiario”¹.

En un caso donde se apela el procesamiento de un Escribano, que intervino en el otorgamiento de un poder de venta otorgado a favor de su sobrina y posteriormente en una escritura de donación a favor de su hermano, con reserva de usufructo, donde interviene un adulto mayor soltero sin descendencia; se imputa al Notario que, al

¹ CNCiv. Sala D. 08/05/2019. K.A.L. y otro c/ R.E.R. y otro s/nulidad de acto jurídico. Cita: TR LALEY AR/JUR/19673/2019.

momento de los otorgamientos, conocía la disminución mental del requirente, atento que el mismo según se prueba por la historia clínica y declaraciones de los médicos que lo atendían, a la fecha de realización de los actos sufría de un cuadro de demencia senil progresiva, que menguaba su capacidad de comprensión. Los médicos manifestaron que la situación era notoria y debió ser advertida por el Escribano. El notario en este caso hace mención a las audiencias previas que tuvo con el requirente, quien le manifestó sobre las causas de las decisiones que tomaba, agregando el Notario que no percibió ningún estado de disminución mental ni desorientación. No obstante, se debe destacar del fallo de la Cámara: 1) Que, en orden a la determinación de la configuración del tipo objetivo del delito imputado, no resulta necesaria la declaración de incapacidad de la víctima, dada la notoriedad que habría tenido ese estado...2) Frente a una persona cuya desorientación tempo-espacial ya podía ser apreciable...el profesional actuante (Notario) tenía la obligación de establecer su grado de capacidad específica para el acto (art. 35 inc.3/4 Ley 9020) ².

En otro caso, donde una escribana concurre a un centro asistencial para el otorgamiento de un poder, se cuestiona la validez del acto por observar la otorgante un estado de salud que no era óptimo por tener deterioro cognitivo, además de su avanzada edad. Pero las pericias médicas no pudieron desechar la posibilidad de la existencia de un período de lucidez de la paciente donde su capacidad para comprender y decidir estuviera conservada. En la causa se sostuvo: “Respecto a la posibilidad de que el cuadro haya sido advertido por un tercero que no tuviera trato cotidiano como señalaron que al no tener certezas del estado mental de ella – en la fecha de firma del poder-, se debía recurrir a los testimonios de “quienes la observaron en dicha ocasión... Sin embargo, las personas que tuvieron contacto con la nombrada durante su internación en el Hospital ..., no la vieron el día de la firma del poder como para informar cuál era su estado”. La escribana interviniente declaró en su defensa: que actuó conforme a la ley, en la medida de que no le es exigible al notario un juicio mayor a aquel destinado al común de las personas, ya que en la norma que regula la actividad notarial de su jurisdicción “el juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental”. Así, ante la falta de certeza sobre la incapacidad a la fecha de otorgamiento del acto jurídico y al no haberse podido demostrar que la

² Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro, Sala III, C.29.697. “P., H.L. y V., H.A. S/Sobreseimiento”. 22/09/2015.

escribana conociera las particulares circunstancias del caso, se dictó su Sobreseimiento³.

En otro fallo, la justicia otorga importancia a las audiencias previas, indicando que es una obligación legal del Notario el contacto previo con el otorgante, la posibilidad que la actuación del notario en el acto sea culposa pero no dolosa (de suma importancia para tipificar el delito de circunvencción de incapaces y la intervención del Notario), como así también la importancia como prueba, de los argumentos científicos serios (pericias y certificaciones médicas) brindados en el proceso, que deberán ser aceptados. De allí la importancia que damos a la posibilidad que el Notario cuente con certificados médicos previos al otorgamiento del acto notarial, como se desarrollará a continuación⁴.

2.- CERTIFICADO O DECLARACIONES PROFESIONALES: La necesidad de apoyarse en certificaciones médicas o de otros profesionales, respecto a la salud mental del requirente es un tema discutido en los foros notariales, con posiciones muy diferentes, que resulta interesante abordarlas a la luz de la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación. Durante muchos años, la solicitud de certificados médicos no ha sido vista con beneplácito por parte del Notariado, atento que, alguna jurisprudencia percibía en la solicitud por parte del Notario de este tipo de certificaciones para fundar su intervención, un hecho disvalioso relacionado con la íntima convicción del Escribano para tomar la decisión de intervención en el acto. Se ponía en duda la calificación del Notario, su íntima convicción sobre la plena capacidad del adulto mayor para tomar la decisión. La norma del CCCN, genera un nuevo paradigma para poder restringir la capacidad del adulto mayor, el art. 37 dispone que para que el Juez se expida sobre la sentencia de restricción de la capacidad debe existir un dictamen de un equipo interdisciplinario. De esta norma podemos inferir que no es suficiente sólo un dictamen médico para resolver sobre la capacidad de la persona (aquí debe remitirse a lo expuesto sobre la heterogeneidad del grupo adultos mayores donde son muchos los factores a tener en cuenta como la sociabilización, el entorno familiar, las actividades que realiza, etc.), es necesaria la intervención de un equipo de profesionales de distintas disciplinas⁵. Citando a Néstor D. Lamber: "...no cuenta el notario -ni tiene obligación de tenerlo o consultarlo- al momento de calificar

³ CN Crim. y Correc., Sala V, 06/05/2021. F.M.L. y otra S/Defraudación.

⁴ CN Crim. y Correc., Sala IV, 01/06/1999. Hourcade Blanca A. y otros. LL-2000-C-296, DJ 2000-2, 581

⁵ Conf. Juzg. 1º Inst. en lo Civ. Com. Lab. De Monte Caseros, Corrientes, "S.O. s/Insania" 18/08/2015. Cita: SAJJ FA 15210012-www.sajj.gob.ar

la aptitud de los sujetos. Por ende, su deber y consecuente responsabilidad se limita a la calificación de la posibilidad de comunicación de la persona de estar en adecuada relación de interacción con los otros y el medio, como se dijo, de entender y querer...”⁶. Con estos fundamentos una parte de la doctrina sostiene que no es necesario solicitar certificados médicos, ya que no son determinantes por si solos de la capacidad jurídica del otorgante, y el Notario no posee un equipo interdisciplinario para poder efectuar un estudio completo, será su sentido común o razonabilidad el que lo lleve a tomar la decisión de intervenir o no en el caso.

A través de estas líneas, se propone una posición intermedia al tema. Pueden analizarse fallos donde con la decisión del Notario de receptar el requerimiento del adulto mayor, apoyado en declaraciones médicas o certificados médicos; tuvieron como resultado que los jueces rechazaron las demandas por impugnación de los actos otorgados, confirmando la actuación de los notarios⁷. Si el colega, luego de haber realizado las audiencias notariales previas en el número que consideró conveniente, no encuentra la seguridad respecto a la capacidad mental del requirente, no siendo evidente alguna disminución mental, puede apoyar su decisión en una certificación otorgada por un profesional de las ciencias médicas, especializado ya sea en la psiquiatría o neurología, o ambas, según lo crea conveniente. El Notario solo cuenta con su percepción y puede valerse de otros medios que crea idóneos (pero no concluyentes) para arribar a su decisión. Encontramos fallos que, con razón, expresamente manifiestan que “la legislación de fondo no requiere la misión del escribano de comprobar de manera médica el estado de salud mental del testador”⁸. Según Luis Llorens, en su artículo “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad? (LL-2007-E, 1106), decía: “la razón por el que el Notario debe asegurarse del discernimiento de los otorgantes se vincula con su obligación ética en el ejercicio de la profesión y con su deber de asegurarse “las ulteriores legales previsibles””. Hoy se podría actualizar dicha afirmación manifestando que el Notario tiene la obligación legal de dictaminar con los medios a su alcance sobre la capacidad mental del adulto mayor, para protegerlo de cualquier acto que lo pueda perjudicar, teniendo en cuenta el tipo de acto a otorgar, siendo más estricto en los de disposición y más flexible en los que son beneficiosos para el adulto mayor.

⁶ LAMBER Néstor D. Intervención por si de personas con capacidad restringida en actuaciones notariales. Rev. Notarial 984, pág. 365.

⁷ CNAC, Sala K, M.C., C C/N, C.A. S/Impugnación Nulidad de Testamento. Cita: TR LA LEY AR/JUR/35738/2020.

⁸ CCiv. Com. y Cont. Adm. San Francisco, 12/09/2012, Foglizzo, Alberto C. y otro C/Nietto Nelly A. y otros S/Ordinario,

La certificación médica, como elemento de prueba para el caso hipotético de un proceso judicial donde se cuestione el documento otorgado por el Notario por presentar el adulto mayor disminución de facultades mentales, o tener algunos intervalos lúcidos, será una prueba más del profesionalismo y buena fe en el actuar del Notario, en momentos en que quizás el otorgante ya esté fallecido y no haya otros medios de prueba más que los que el colega tenga en su protocolo y carpeta de operación.

Partiendo del punto que la normativa vigente no exige la solicitud de un certificado médico, este trabajo no impone una obligación más al Notario, no insta a que la certificación médica sea referenciada en la escritura o agregada al protocolo, solamente, y teniendo en cuenta la heterogeneidad que se viene sosteniendo respecto al grupo de adultos mayores, sería un medio de prueba y apoyo más que ayude al Notario a determinar su convicción para autorizar o no el acto, y también será un fundamento para el caso que se abstenga de intervenir en el acto requerido.

En concordancia con lo anterior, puede referenciarse al Notariado Español, donde existen opiniones vinculadas al tema, con propuestas sobre el contenido que deberían tener: deberán contener la referencia a la patología, como repercute la misma en el estado mental del paciente, qué tipo de fármacos se le está suministrando, si disminuyen el nivel de conciencia, y si se encuentra en intervalo lúcido para el otorgamiento del acto. Otra de las propuestas es que el Notario efectúe un test de Cribado sencillo como puede ser el “Cuestionario de Pfeiffer”, el cual consiste en diez preguntas breves, donde a través de la cantidad de errores en que incurra la persona se puede inferir el estado de capacidad mental. Todos estos serían elementos para conservar por el Notario en su carpeta, en resguardo de futuras impugnaciones.

3.- TESTIGOS DEL ACTO: En este punto, se resalta la importancia de la presencia de testigos en aquellas escrituras públicas que pasan por los registros notariales, ya sean exigidos por la normativa que determinan la validez y prueba de aquellos instrumentos públicos, como en aquellos actos notariales en donde los testigos puedan ser incluidos por decisión del notario como testigos del acto los que, además de dar testimonio sobre la capacidad y libre voluntad del otorgante, servirán como eficaz medio de prueba en un futuro cuestionamiento judicial de la escritura. Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la figura del testigo instrumental está instituida en protección del otorgante y cooperación con el Notario.

Analizando algunos de los actos a otorgar por los adultos mayores, como Testamentos por acto público o Actos de Autoprotección, es evidente que la normativa exige la comparecencia de testigos para el otorgamiento de los mismos, con una función instrumental de apoyo al otorgante-adulto mayor y de colaboración con el Notario interviniente. Dado que existen personas en la audiencia notarial que, sin ser el otorgante y los beneficiarios o designados para llevar adelante las disposiciones de autoprotección, ante la impugnación de la validez del acto, ya sea por ser cuestionada la capacidad mental del otorgante o su libre voluntad, el contenido del acto, o las formas de la escritura; podrán actuar ante el Juez como un medio de prueba en favor del colega autorizante, ante el posible cuestionamiento de sus funciones profesionales pudiendo probar también la buena fe con la que actuó. Es tal la importancia del testigo, que la falta de firma de cualquiera de ellos en la escritura conlleva la nulidad del acto. Hasta aquí se ha hecho referencia a testigos instrumentales del acto. Los artículos 2.480 y 2.481 del Código Civil y Comercial de la Nación, mencionan a los testigos del acto para el caso de los testamentos, estableciendo quiénes están excluidos de serlo (en razón del vínculo con el testador, derivados de relaciones de familia; en razón de ser beneficiados por alguna disposición testamentaria; y en razón de la persona del escribano); también dispone que si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará otra persona o alguno de los testigos, los que en este caso deben saber firmar. También alude al caso de otorgantes que, teniendo discapacidad o disminución auditiva, sin existir sentencia judicial que haya restringido su capacidad o nombrado apoyo para el acto, dado que el Notario no puede restringir la actuación de los mismos, pero tiene que protegerlos; deberá contar con dos testigos del acto.

Ahora bien, cabe detenerse y centrarse en el requerimiento de testigos para las directivas anticipadas y en los actos de autoprotección. Con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, existía la ley 26.742 “Ley de Muerte Digna” la cual, en el art. 11, exige la presencia de dos testigos en cuanto a las directivas en materia de salud; y el Decreto Reglamentario 1.089/12 que establece: “Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento, acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitir las y rubricarlas...”. Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 60, no se legisla sobre los aspectos instrumentales de la disposición de voluntad respecto a directivas médicas anticipadas, se estima que deben ser dadas por escrito a través de

la escritura publica o con firma certificada ante escribano público y presencia de dos testigos, que deben pronunciarse sobre su conocimiento, capacidad, competencia y discernimiento del otorgante en ese momento, además del deber del otorgante de manifestar también que es una persona capaz y mayor de edad. Parte de la doctrina entiende que, en lo que hace a las formas, éstas seguirían vigentes, ya sean las dispuestas en el orden nacional como lo legislado por algunas provincias.

En sede judicial, la prueba constituye un capítulo de fundamental importancia en la vida jurídica, el derecho debe ser probado por quien lo alega. A continuación, se hará referencia a la Prueba de Testigos en sede judicial. Si buscamos una definición de testigo podríamos decir que: “es la persona física y hábil, distinta de los sujetos procesales, a quien la ley cita a deponer con relación a hechos pasados que han caído bajo el dominio de sus sentidos”⁹.

La función del testigo será la de responder sobre hechos pasados percibidos por alguno de sus sentidos. Se tratará de persona humana (la persona jurídica no tiene capacidad para percibir o deducir hechos) que reúna los requisitos que para el caso establezca la norma, no caer en las inhabilidades (edad, parentesco, intereses personales) y, por supuesto, debe ser ajena al proceso para dar una declaración objetiva de los hechos que haya percibido.

Ante lo expuesto, y como se viene aseverando en este trabajo, los actos que fueron otorgados por adultos mayores llegan a controversia judicial por lo general años después de otorgados, cuando el otorgante ya no vive y se cuestiona por lo general su capacidad mental, o la libertad con la que otorgó el acto. Allí el Juez solo tendrá por medios de prueba al instrumento con sus formas cumplidas, podrá realizar un estudio de la historia clínica del otorgante, alguna pericia sobre los actos otorgados, pero la existencia de TESTIGOS en el momento del otorgamiento de la escritura pública, cualquiera sea el acto o negocio jurídico exteriorizado, sería un medio probatorio más que podría ser incluido en los actos otorgados por adultos mayores, para demostrar cómo fueron los hechos pasados ante el Notario. Si bien los dichos del Notario tienen fe pública y deben ser considerados válidos por el Juez, en la práctica en los estrados judiciales muchas veces se investiga la actuación del Notario para conocer si los hechos son coincidentes con la realidad, si actuó con buena o mala fe, si conocía el entorno del otorgante, entre otros, y muchos de los funcionarios

⁹ Elías Jorge A. La prueba judicial y el CCCN. Cita: MJ-DOC-15495-AR/MDJ.15495

judiciales (Fiscales, Defensores, Jueces), ponen en duda los dichos y actuados del colega. El Notario queda en la soledad del proceso judicial, con los pocos elementos de prueba que posee, de allí que se sostiene la postura de incorporar en la escritura pública, aún en aquellos casos que la normativa no lo exija, testigos del acto en número de dos. Estos testigos serán un apoyo a futuro para el Notario en un proceso judicial, cumpliendo los testigos una función similar a los del testamento, brindando su percepción del estado de salud mental del otorgante y del carácter voluntario del acto por parte del mismo. También podrían aportar testimonios sobre la actuación del notario en el desarrollo de la audiencia notarial. Esto no es imponer al Notario una obligación más no requerida por la ley, es proponerle a su criterio una herramienta más para enfrentar a futuro un proceso judicial. Cuando se otorgan actos donde intervienen adultos mayores, es sabido que los mismos tienen un alto grado de litigiosidad y, como se viene afirmando, el Notario debe ser el custodio del ejercicio de sus derechos, debe tender a que el adulto mayor ejerza esos derechos, y debe lograr seguridad en su actuación para demostrar a futuro, ante quien corresponda, sus buenas prácticas profesionales. Incorporar testigos a los actos será un elemento más a favor del Notario, para que cuando se acerque a la notaría un adulto mayor, pueda disminuirse aquel temor que al colega se le presenta sobre la litigiosidad futura que pueda presentarse con ese grupo de requirentes. El Notario Madrileño Ignacio Gomá, en su trabajo “El testamento del Anciano”, reafirma la importancia de los testigos en los actos otorgados por adultos mayores, más allá de los casos en que la ley los exija. Manifiesta que la presencia de los mismos reforzará el criterio dado por el Notario, ya que el testigo manifiesta lo que percibe y presencia.

Finalmente quedan a continuación algunas expresiones de la jurisprudencia argentina, respecto a causas donde, cuestionada la validez de las escrituras públicas, se expresan sobre la capacidad de los otorgantes y la eficacia de la prueba de testigos y el rol de los testigos instrumentales:

* En una causa donde se demanda la nulidad y redargución de falsedad de un testamento otorgado por el Sr. F.A.L., dirigida contra el heredero testamentario y el Escribano O., el hijo del testador adujo que su padre tenía deteriorada su salud debido a una operación y una isquemia cerebral que le imposibilitaba movilidad en su mano y pierna derecha, y luego se le detectó un tumor maligno en el cerebro, por lo que a la época de testar, era lógico no se encontrara, desde el punto de vista neuropsicológico, en condiciones de tomar decisiones complejas. El Escribano O.

manifiesta que dio fe de todo lo actuado, sin albergar duda sobre la capacidad de quien testó, por encontrarse ubicado en tiempo y espacio, respondiendo a sus preguntas con total lucidez. También afirmó sobre la presunción de capacidad jurídica y la carga de la prueba para demostrar lo contrario. El Juez al sentenciar se refirió a: 1) Que la capacidad general del ejercicio de la persona humana se presume, incluso si se encontrare internada en un establecimiento asistencial; 2) Que en el instrumento (escritura pública) se dejó asentado que el testador estaba en pleno uso y goce de sus facultades; 3) Que de la pericia médica producida, si bien surge una probabilidad que el Sr. F.A.L. no estuviera en el pleno uso de sus facultades mentales para comprender la complejidad de la firma de la escritura, lo cierto es que ello no puede ser interpretado como certeza. Valoró las declaraciones de los testigos, coincidentes al narrar que estuvieron en contacto con L. y a pesar de su tumor y operación estuvo en perfecto estado mental hasta los últimos días de vida; 4) La valoración del resto de la prueba como la testimonial, sin duda es admisible para la comprobación del estado del testador, si bien su apreciación debe ser particularmente estricta en razón de la propia naturaleza de este medio probatorio. Los testigos que declararon en la audiencia de vista de causa, analizados en forma conjunta, no hicieron más que corroborar que L. estaba en sus plenas facultades, pues fueron contestes, coincidentes y concordantes en que se encontraba coherente, razonable y lúcido; 5) también se refiere a la presencia de los testigos O. y L. en el acto escriturario, como valorable. Se desestima la demanda¹⁰.

Podemos ver en esa sentencia importantes expresiones judiciales que coinciden con los postulados que se vienen proponiendo en este trabajo, se sostiene la regla general de la capacidad para todas las personas sin tener en cuenta su edad.

*Otra causa ya citada tiene declaraciones relevantes sobre la validez de las declaraciones de los testigos instrumentales, por el contacto directo que los mismos tienen con el otorgante y por estar presentes durante toda la Audiencia Notarial, dándole prioridad a sus declaraciones por ante la de los testigos que deponen en el proceso judicial. “Cuadra advertir, también, que los testigos firmantes en la escritura N° 53 —haciendo referencia a S. K. F. N., F. M. G. y S. M. C.— si bien no han declarado en estos autos, lo cierto es que, en dicho acto, oyeron y vieron al testador, en pleno uso y goce de las facultades intelectuales, conforme surge del testamento

¹⁰ CCC Dolores, Bs.As., 28/12/2023. L.S.F. C/L.S.A. y otro S/Nulidad de Testamento.

por acto público en cuestión. Aun, frente a las contradicciones que pueden desprenderse de los testimonios prestados en la causa en relación a la salud mental del testador, por las que las declaraciones podrían neutralizarse y no resultar valoradas; lo cierto es que considero de mayor trascendencia los dichos de las personas presentes en el mismo acto o que tuvieron contacto con el causante en la época misma de su celebración, en clara referencia al médico (Dr. C.) y fonoaudióloga (B. R. S.) que asistieran al paciente, la directora del geriátrico donde moraba (S. F. Á. A.) y la propia escribana, por haber tenido todos ellos un conocimiento directo”¹¹.

4.- CONSTANCIA FILMICA DE LAS AUDIENCIAS PREVIAS: Dada la importancia que en párrafos anteriores se otorgó a las Audiencias Previas, otra de las sugerencias posibles para conformar un cuerpo probatorio sería la grabación de la o las audiencias previas que el Notario tiene con el adulto mayor, por supuesto con las medidas de resguardo necesarias para las actas notariales y de conservación de los medios audiovisuales. Se necesitará la intervención de un Notario colega y, para certificar la autenticidad del video, éste podrá grabarse en presencia del Notario que certificará o, realizada la grabación del video, éste se presenta ante el Notario Colega, quien se limitará a constatar la existencia del video y su custodia. Es fundamental obtener, antes de proceder a grabar, la autorización del requirente y todos los que participen de esa audiencia notarial previa.

¿Y respecto a la audiencia notarial en la cual se otorga la escritura? ¿También es aconsejable su grabación? Si la consulta fuese hecha a un profesional del derecho especialista en derecho penal, nos diría que sí, que sería un gran elemento de prueba, para estos tiempos donde en los estrados judiciales se pone en duda la actuación notarial. Pero desde el punto de vista notarial, expresamente, NO ACONSEJAMOS la grabación de la audiencia notarial ya que en ella el Notario ejerce su función fedante, la cual debe ser suficiente prueba de los hechos y declaraciones pasados ante el Notario, como así también en la misma da cumplimiento a las formas que establece la ley para la escritura de que se trate. Distinto es el caso de las audiencias previas, donde el notario se encuentra en una etapa preparatoria, etapa que, en palabras de Carlos Nicolás Gattari, son operaciones de ejercicio que lleva el Notario a cabo a través de: 1) la calificación notarial; 2) la legalización notarial; 3) la legitimación notarial

¹¹ CNAC, Sala K, M.C., C. C/N., C.A. S/Impugnación Nulidad de Testamento. Cita: TR LA LEY AR/JUR/35738/2020.

12. El Notario no llegó todavía a elaborar su íntima convicción de autorizar o no el acto. Seguramente la grabación de las audiencias previas será un tema controvertido en el ámbito notarial, intentando este trabajo ponerlo en mesa de discusión, siempre con la intención de proteger al Notario que trabaja en pos de custodiar los derechos de los adultos mayores y brindar tranquilidad al profesional ante una impugnación del documento en estrados judiciales, dejando en claro que el Notario tendrá la facultad de llevarla adelante o no.

VI.- RECOMENDACIONES AL NOTARIO, PARA LA ATENCIÓN DEL ADULTO MAYOR:

Luego de transitar por alguno de los tantos aspectos que nos trae la actuación de los adultos mayores, se deben puntualizar algunas diferencias en la atención y trato de estos cuando llegan a nuestras notarías. Debe tenerse presente que en general esta población necesita una especial atención respecto a la forma de asesoramiento (lenguaje claro, accesible, nivel de nuestra voz, notaría digital amigable con el adulto mayor, asistencia en todas las instancias); sus tiempos no son los habituales para la comprensión y atención. Debido a ello, el Notario deberá tener en cuenta, al momento de realizar la Audiencia Previa, lo siguiente: a) crear un ambiente cálido y confortable, resultando fundamental que el adulto mayor se sienta cómodo y seguro durante la audiencia. Para ello, debe elegirse una sala tranquila, bien iluminada, asegurándose de que la temperatura sea adecuada. Asimismo, pueden disponerse sillas cómodas y ofrecer agua de ser necesario; b) establecer un diálogo empático y respetuoso, adoptando una actitud comprensiva y respetuosa hacia el adulto mayor. También, escuchar activamente sus preocupaciones y necesidades, y demostrar empatía hacia sus experiencias y emociones. Utilizar un lenguaje claro y accesible, evitando términos técnicos complicados, ser comprendidos por el receptor. Darle al adulto mayor el tiempo necesario para reflexionar las preguntas y elaborar las respuestas. Hacer pausas para que se sienta más cómodo y relajado; c) realizar preguntas abiertas y detalladas, que permitan al adulto mayor expresar sus deseos y preocupaciones de manera completa. Explorar temas como su situación familiar, su estado de salud física y mental y cualquier otro factor relevante para el acto jurídico en cuestión; d) asegurar la privacidad y confidencialidad, realizando la audiencia en un entorno privado y confidencial, sin la presencia de terceros acompañantes, sean o no familiares, a

¹² GATTARI Carlos Nicolás. Manual de Der. Notarial. Ed. Depalma 1992.

menos que sea absolutamente necesario. Esto ayudará a promover una atmósfera de confianza y permitirá al adulto mayor expresarse libremente y servirá al Notario para construir su íntima convicción para tomar la decisión sobre el requerimiento que le efectúa el adulto mayor.

La capacitación de nuestros colaboradores en la notaría es fundamental para que desde su ingreso a la oficina, reciban una adecuada atención. Los adultos mayores demandan amabilidad y paciencia, que se les facilite el acceso a las dependencias de nuestra escribanía (debemos adecuar ediliciamente nuestras notarias para el acceso a personas adultas mayores y con discapacidad) puertas donde puedan transitar sillas de ruedas, rampas de acceso, cartelera de prevención y seguridad ante escalones o desniveles del piso, prever un ámbito de atención en planta baja para quienes no pueden acceder por escaleras; capacitarnos en lenguas de señas, manejo de apps como “Háblalo”, y en toda tecnología que brinde y facilite la comunicación con el compareciente. Se propone que desde nuestro Colegio de Escribanos se brinden capacitaciones a los colegas y al personal colaborador de las notarías, respecto de este protocolo de atención adecuado a los adultos mayores.

VII.- CONCLUSIONES

- 1) El paso del tiempo modifica las capacidades personales, de todos los sujetos en distinto grado para cada uno de ellos, los deviene más vulnerables y dependientes, pero debemos afirmar que “vejez no significa incapacidad”. Sostenemos que el principio general es la capacidad jurídica de todos los adultos mayores. La incapacidad solo puede ser decidida en sede judicial y en beneficio del adulto mayor.
- 2) La intervención del Notario en los actos otorgados por adultos mayores es de vital importancia para protegerlos, determinando su capacidad de ejercicio del derecho y voluntad, convirtiéndose el Notario en el custodio de los intereses del adulto mayor.
- 3) Reafirmar la función fedante del Notario, que alcanza la fecha del acto, autenticidad de las firmas, capacidad del otorgante y la observancia de las formalidades que consten en la escritura, las que tienen fuerza de convicción y solo pueden ser desvirtuadas mediante querrela de “redargución de falsedad”.
- 4) El Notario debe tener inmediatez con el adulto mayor, asesorarlo y facilitarle el acceso a los actos que necesite otorgar, tomando conocimiento de la realidad personal y de su entorno, celebrando todas las audiencias previas que crea necesarias para determinar su convicción y llevar adelante o excusarse de otorgar el acto.

- 5) El hecho de que el Notario se excuse de otorgar un acto requerido por el adulto mayor no implica un juicio de incapacidad, ya que este está solo reservado a la justicia.
- 6) El Notario deberá prever las ulterioridades legales posibles del acto que otorgue, ya que en esos casos estará ante los fiscales de investigación o los jueces, a quienes deberá demostrar la buena fe de su actuación, y seguramente el otorgante del acto ya no se encuentre con vida para poder expresar cuál era su voluntad, por lo cual, al otorgar el acto, deberá recolectar la mayor cantidad de elementos que le sirvan a futuro como medios de prueba. Para ello, es importante instalar como buenas prácticas que el Notario se apoye en testigos instrumentales en todas las escrituras en que intervenga un adulto mayor, no solo en las que la ley lo requiera, documentarse con declaraciones o certificaciones de diferentes profesionales, atento la visión interdisciplinar que debe tenerse en cuenta para determinar sobre la capacidad mental y de voluntad del adulto mayor, sugiriendo documentar mediante grabaciones las audiencias previas.
- 7) Reafirmar que las conclusiones anteriormente desarrolladas, tendrán siempre en cuenta la heterogeneidad del grupo “adulto mayor”, evaluando el Notario el caso individual y la necesidad de acceder a esos elementos complementarios que servirán como pruebas ante un conflicto futuro que pueda involucrar al Notario en razón de su actuación profesional.
- 8) Consideramos de vital importancia la generación de espacios de debate y capacitación entre el Ministerio Público Fiscal, Jueces, Secretarios y personal jerárquico de juzgados, para profundizar aquellos aspectos que la justicia considera relevantes a en los casos de investigación de hechos donde se involucren adultos mayores y personas con discapacidad con la intervención notarial, concluyendo en los aspectos a reforzar en las acciones de los notarios y determinando las fortalezas de las intervenciones notariales. En la actualidad nuestro Colegio Profesional ha iniciado estas acciones que, de profundizarse, deben llegar a todos los Notarios en actividad.
- 9) Instaurar la capacitación desde el Colegio Profesional, a todos los Notarios en ejercicio y sus colaboradores, a fin de lograr una eficaz atención del adulto mayor en las Notarías acorde con las características que presentan los integrantes de este grupo social.

BIBLIOGRAFIA

BALUK XENIA. Descuida yo te cuido. Algo ms sobre la capacidad jurídica de las personas mayores y un poco sobre el COVID. Cita: TR LALEY AR/DOC/1291/2021.

DAVOBE MARIA ISOLINA. Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas. Revista de Derecho Privado, N° 34, pag. 53.

DAVOBE MARIA ISOLINA. Los derechos de los ancianos, Bs. As., Ciudad Argentina, 2.002.

ELIAS JORGE A. La prueba judicial y el Código Civil y Comercial de la Nación. Cita: MJ-DOC-15495-AR

GOMA Ignacio. El testamento del anciano. Rev. El Notariado en el siglo XXI, Revista 8.

HERRERA MARIA MARTA LUISA. La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad. Rev. del Notariado 893, pág. 75

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. La responsabilidad del escribano en la jurisprudencia argentina del siglo XXI. Revista Notarial 991, pág. 13.

LAMBER NESTOR DANIEL. Intervención por sí de personas con capacidad restringida en actuaciones notariales. Revista Notarial 984 pág. 365.

LLORENS LUIS R. La falta o disminución del discernimiento ¿Constituye una incapacidad? Cita: TR LALEY AR/DOC/2720/2007.

PALACIO JOSE MARIA y otros. La función notarial aplicada a la instrumentación de los actos personalísimos de autoprotección. Rev. de Estudios de Derecho Notarial y Registral. Año 2.009, N° 6, pág. 77.

ROMANO DUFFAU GUSTAVO. Nota a fallo. Delitos contra la propiedad: estafas y otras defraudaciones: circunvención de incapaces. Rev. del Notariado 886, pág. 159.

SANCHEZ CASTELLANO Carmen. Valoración de la capacidad en las personas mayores. Rev. El Notariado en el Siglo XXI, Revista 85.

SIRKIN Eduardo. Algo más sobre la circunvención de la persona humana. El Dial. DC-926.

SPINA, Marcela V. – ZITO FONTAN Otilia del Carmen. Capacidad jurídica de las personas mayores: la persona mayor ante el Notario. Cita: TR LALEY AR/DOC/1833/2020.