

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de tachas invalidantes, dando de tal modo cumplimiento a las prescripciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, a la cual adhirió la República Argentina mediante ley N° 23054, sancionada por el Congreso el 1° de marzo de 1984 y por cuyo artículo 8° punto 1, se estatuye:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente o imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (sic, el destacado no obra en el texto original).

Finalmente cabe hacer notar que la disposición a la cual orienté mis críticas, ha sido reiterada en la Ordenanza Tarifaria Municipal para el año 1991, sobre la base de un texto equivalente al adoptado en el artículo 91 precedentemente transcrito. En este caso la Ordenanza N° 44848, si bien tuvo una sanción tempestiva el 30 de diciembre de 1990, lamentablemente vuelve a arbitrar el impreciso mecanismo de ajuste y la delegación en el Departamento Ejecutivo mediante su artículo 89.

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

TEMAS DE DERECHO PRIVADO III() (19)(Primera Parte)*

(Pulse el título para ver continuación)

Tema: VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO NOTARIAL

Relatores: PROFESORES DOCTORES ELENA HIGHTON DE NOLASCO, ANA RAQUEL NUTA Y JOSÉ MARÍA ORELLE

Participante: ESCRIBANO FRANCISCO FERRARI CERETTI

Fecha: 9 DE MAYO DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Iniciamos esta noche un nuevo ciclo de mesas redondas, esta vez con los temas que se tratarán en las Jornadas de Derecho Civil a realizarse en Buenos Aires de 4 al 7 de septiembre de 1991.

El presente simposio, que tiene como antecedentes a dos anteriores afortunadamente fructuosos, ha despertado especial interés, según lo infero de la calificada audiencia. Pero como lo he dicho con anterioridad, si no pudiéramos registrar y publicar con posterioridad las opiniones que aquí se vierten, quedarían como elaboraciones intelectuales de elevado nivel, pero que alcanzarían sólo a los aquí presentes. Felizmente, este Departamento de Derecho Privado cuenta con la destacada colaboración técnica del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, que respalda los esfuerzos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que realizan los profesores de derecho privado. Y como tampoco podían estar ausentes los alumnos en todos estos temas que hacen a la función propia de la Universidad, resalto con satisfacción que se han sumado a difundir la celebración de las mesas redondas, a través del Centro de Estudiantes. También para ellos, el testimonio de reconocimiento de las autoridades del Departamento.

Ahora sólo me queda transferirles la responsabilidad a los distinguidos profesores que habrán de exponer en el orden que han acordado. En primer termino lo hará la doctora Elena Highton, luego la doctora Ana Nuta y, realmente, el doctor José María Orelle.

Las intervenciones serán de aproximadamente veinte minutos, con eventuales réplicas o réplicas, que sobrevendrán con posterioridad a la recepción de las inquietudes que planteen los presentes en esta reunión, hoy enriquecida también por prestigiosos notarios.

Pasamos a escuchar a la doctora Highton.

Casos prácticos elaborados por la expositora, en los cuales se encuentra en juego la problemática a considerar.

El señor José Vivanco, joven y experimentado abogado de la matrícula, inicia juicio de divorcio contra su esposa, Inocencia García. Acompaña con su demanda dos documentos notariales:

a) Un acta de constatación en la cual comparece José Vivanco pidiendo al escribano la confección de una diligencia en el hotel alojamiento La nuit magnifique. Constituidos en el lugar, relata al notario que una dama entró al hotel con otra persona del sexo opuesto y que cuando salió dos horas después, ante su interrogación manifestó llamarse Inocencia García, no identificándose el caballero que la acompañaba. Agrega que la dama le gritó a Vivanco "te odio" e inmediatamente se alejó en un taxi con su acompañante.

b) Una escritura pública según la cual el mismo Vivanco vende a su socia - la letrada Estrella Amor - el costoso equipo de computación instalado en su estudio además de transferirle otros importantes valores mobiliarios, en la cual el escribano público manifiesta que el precio de x unidades monetarias (valor real y actual de los elementos transferidos) fue pagado en su presencia.

La demandada García niega los hechos de que da cuenta el acta de constatación y asimismo afirma que los bienes nunca salieron del patrimonio conyugal.

¿Qué valor probatorio tienen estos instrumentos? ¿Se condenará a la esposa por ser culpable de la ruptura del matrimonio? ¿Se considerarán los bienes vendidos como salidos del patrimonio? ¿A qué medios de prueba deberá acudir la señora Inocencia García para desvirtuar estos elementos probatorios?

DOCTORA HIGTON.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para que se advierta la importancia práctica y la incidencia de este tema - cuya denominación, El documento notarial - valor probatorio resulta un tanto pesada porque parecería tratarse de una cuestión teórica y dura de aceptar - voy a relatar brevemente un pequeño caso de los que pueden ocurrir, y ocurren diariamente, en cualquier momento de un juicio.

Un señor inicia juicio de divorcio contra su esposa y acompaña dos documentos notariales. Uno de ellos es un acta de constatación por la que comparece el marido, lo dice al escribano que quiere hacer un acta de constatación en cierto lugar, un hotel alojamiento, y le pide su presencia profesional. Ambos concurren a las inmediaciones del hotel alojamiento, y el escribano dice que ve entrar una dama en ese establecimiento, que dos horas después ella sale del hotel, que ella se individualiza como Inocencia García, la esposa de ese señor, que no se individualiza el caballero que la acompaña, que ella le dice al requirente "te odio" y se va.

El otro documento es una escritura pública por la cual ese señor, que es abogado, transmite a su socia del estudio jurídico todos los equipos de computación y algunos otros muebles valiosos, de todo lo cual el escribano da fe de que el dinero, que es el valor real y actual de esas cosas, pasó ante él y ante su vista.

Cabe preguntarnos qué valor probatorio tienen esos dos elementos de juicio, y ya desde el primer momento se nota la importancia práctica de esta cuestión.

¿Qué tendrá que hacer esta señora? ¿Puede destruir la fuerza probatoria de estos dos documentos notariales? ¿Tendrá que redargüir de falsedad, impugnar de nulidad, de simulación? ¿Ya está con la demanda perdida por el sólo hecho de la presentación en juicio de esos dos documentos notariales?

Si se pensara en la nulidad, habría que tener en cuenta los vicios en la formación del acto; y si se pensara en la falsedad, tendría que haber una mutación de la verdad, porque lo contrario de la autenticidad sería la falsedad. Dentro de este criterio, la falsedad puede ser material, o una mera imitación de los papeles o una falsedad ideológica.

Acá estamos fuera de la falsedad material; podría haber una falsedad ideológica, una falsedad interna dentro de los documentos y ésta, ¿sería del notario una verdadera falsedad o una falsedad propiamente dicha o sería una mera insinceridad de las partes?

Tenemos así diversos contenidos y diversas variantes como para poder determinar el valor probatorio de los dos documentos y la posibilidad de impugnarlos.

Es importante determinar qué cubre la fe pública del escribano en los documentos presentados al juicio. En principio, cubre lo que se ejecuta por parte del escribano mismo o lo que pasa ante su presencia; todo ello en razón de su profesión. Para todo lo que está cubierto por la fe pública, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 993 del Código Civil lo único que cabe es la redargución de falsedad o la querrela de falsedad. En este contexto hay que tener presente todo lo que pasa por ante la vista y por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

oído del escribano, por la vista, la autenticidad de los comparecientes, por el oído, lo declarado por las partes intervinientes. Si pensáramos en una falsedad, sería un testimonio mentido del escribano sobre lo que ha pasado ante él. Esa sería una verdadera falsedad; cubierto, por la fe pública él simplemente miente de lo que vio y oyó.

De los elementos dados surge la impresión de que, por lo menos respecto de la escritura pública, no habría ninguna falsedad en este sentido; en todo caso podría considerarse que hay insinceridad en estos datos. Se dice, por ejemplo, que el precio pasó por ante él. Aparentemente esto es verdad, el escribano no miente, porque el dinero pasó ante él. Pero tal vez el marido habría entregado a su socia el dinero con anterioridad, con lo que se tendría una insinceridad del acto, una simulación. Esta sería la forma de atacar el contenido del documento sin hacer una redargución de falsedad. Esta insinceridad no está dada en el artículo 993, sino en los artículos 994 y 995 del Código civil, o sea en la declaración de las partes, y además en los artículos pertinentes a la acción de simulación.

Más dificultades trae el acta de constatación. Hay quien dice que la distinción entre acta y escritura constituye prácticamente la base del derecho notarial. Entonces, ¿qué contenido tienen uno y otra? La escritura pública tiene como contenido un acto jurídico o por lo menos algún consentimiento negocial; el acta, por el contrario, trata de hechos. Para el juez, la diferencia está en cuanto a los requisitos de validez y en cuanto al valor probatorio.

La escritura pública tiene un valor probatorio muy superior y además contiene actos jurídicos, tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos.

En este caso estamos tratando meramente de hechos relativos a una señora que sale de un hotel.

¿Cuáles son los requisitos de una escritura pública y de un acta? En la escritura pública además de la lectura, es necesaria la firma de las partes, y, si alguna de ellas no lo hace, carece de validez, no hay unidad en el acto. Las actas no responden a tanta exigencia

En esta acta en cuestión no surge que la señora haya firmado; en todo caso habrá firmado el requirente, pero no ella; no surge siquiera que se la haya invitado a firmar; no surge que se haya constatado la identidad de ella. Es una señora que sale de un hotel y dice "te odio". Incluso podemos creer al escribano en cuanto a que no ha mentido en esto que dice, pero no tenemos ninguna certeza de quién es ella. En consecuencia, ¿cómo se puede probar en contra de esta escritura, de esta acta?

Todo documento es un instrumento probatorio de una porción de la realidad. Generalmente los hechos que se llevan al juicio ocurren con anterioridad, y de lo que se trata es de trasladar esa realidad a la presencia del juez. Por lo común, lo único que se lleva el Juez es lo que ha quedado como huellas de esa realidad, y esas huellas son justamente los elementos de prueba que se presentan en el juicio.

Los elementos de prueba de esta realidad podrían dividirse en dos grandes tipos, según se refieran a lo estático o a lo dinámico, o sea, a ciertos estados de las cosas, o al hombre, en este caso al testimonio del hombre.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero acá hay una particularidad, porque este documento notarial parece que fuera una especie de tercer género. ¿Por qué? Porque desde el punto de vista físico es una cosa mueble, pero desde cierto punto de vista, por su contenido, se lo está asimilando al testimonio de un hombre, tiene un contenido intelectual y un contenido de hechos que se asemejan y que se lo compara a una prueba testimonial, aunque sea una cosa.

En este contexto se puede hacer una distinción. El testimonio es de carácter personal, el testigo va al juzgado y habla ante el juez. El documento es una cosa de carácter real, se acompaña. El testigo habla de viva voz, o sea en presencia ante el tribunal, se lo puede interrogar. Este documento es algo así como una voz muerta, como si fuera una perpetua grabación de lo que ha ocurrido antes. Una prueba es presente y la otra es preconstituida, es previa al juicio, se preconstituye para acompañar al juicio. La prueba del testimonio es algo transitorio, se da en el momento en que el testigo está en el juzgado; la otra prueba, en cambio, es permanente porque ese papel queda agregado y se puede mirar y volver a mirar cuantas veces se quiera. Es interesante determinar qué dice la jurisprudencia respecto del valor probatorio de estos documentos, sobre todo de las actas de constatación.

Hay dos tendencias muy marcadas. Una es de la Cámara Civil Sala C - entonces no integrada por el aquí presente doctor Alterini - que sostiene la necesidad de redargüir de falsedad, porque es un instrumento público y por tanto tiene todo el valor probatorio, hasta la querrela de falsedad. A esta tesis se ha sumado un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, dictado hace dos años aproximadamente, muy interesante, muy completo, con una disidencia de la doctora Kemelmajer de Carlucci.

La tesis contraria dice que ese documento tiene un valor probatorio muy relativo, que es algo así como un testigo con menor valor aún, por lo que no es necesaria ninguna querrela de falsedad. En esta posición está la Cámara Civil de Bahía Blanca.

¿Cuáles serían los argumentos a esgrimir para quitarle valor probatorio a esta constatación notarial que parece de un peso tan grande, agregado a la causa?

Los fundamentos podrían encontrarse en la diferencia de contenido de uno y otro documento.

Los artículos 979 y siguientes hasta el 1001 del Código Civil se refieren a actos jurídicos. El artículo 979 dice que son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos, la escritura pública y los otros documentos que pasa a mencionar.

Quiero decir que toda esta temática está vinculada con actos jurídicos, todo lo que está cubierto por los artículos 993, 994 y 995 atañe a actos jurídicos, no a hechos. Por lo tanto, hasta podría entenderse que el escribano, en el momento en que está constatando, no actúa dentro de su función propia de dar fe de acuerdo con las leyes, que se refieren a los actos jurídicos que tienen o que pueden pasar ante él.

Con esto no quiero significar que el escribano no pueda constatar, pero sí que el valor probatorio de esa constatación es relativo, porque no es verdaderamente un acto jurídico que se prueba o cuyo contenido está en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una forma especial ordenada por la ley. Estas actas de constatación a veces se hacen siguiendo prácticas notariales o leyes provinciales, pero no responden a necesidades previstas en el sistema del derecho de fondo.

Más importante que este problema es el de la bilateralidad, o sea, la contradicción en el juicio. Los juicios contenciosos, como el de divorcio o cualquier otro donde aparecen actas de constatación - esto se ve mucho en las cuestiones locativas - son juicios contradictorios en los cuales la base de todo es la defensa en juicio. La Constitución Nacional garantiza la defensa en juicio. Estas pruebas preconstituidas no permiten la defensa no permiten la bilateralidad. No es que no tengan valor, son una prueba más, una presunción más, pero no tienen el valor del instrumento público pasado ante el notario y que hace plena fe de todo lo que está en él.

Esas pruebas preconstituidas se van a tomar en cuenta a falta de prueba en contrario pero tienen menor valor que el de los testimonios en juicio y que el de otras pruebas, y además, aun aceptando su valor, tienen que atenerse a ciertos requisitos.

El escribano, en el cumplimiento de alguna función notarial, no puede ir subrepticamente, sin aviso, a tomar declaración de las partes o de terceros para hacerlas valer en juicio porque ellos estarían desprevenidos, sin ninguna defensa. En todo caso, para hacer un acta de constatación que pueda tener mayor valor en juicio, tendría que comunicarlo anticipadamente o notificar que va a hacer la visita, tendría que individualizar claramente quiénes son las partes, darles la oportunidad de defenderse, invitarlas a firmar el acta; todo lo cual debe constar en el acta que se ha levantado. Esto tiene su base en que en juicio la bilateralidad no debe estar coartada. Podría dictarse in audita parte una medida precautoria pero después siempre la parte cuenta con los recursos pertinentes.

Esta no es una diligencia preliminar. Estamos hablando de una prueba preconstituida, una prueba anticipada. ¿Cómo se hace la prueba anticipada en el juicio? En virtud de lo dispuesto por el artículo 327 del Código Procesal, aun la prueba anticipada debe notificarse a la parte contraria. Es cierto que a veces se quiere hacer in audita parte para de alguna manera evitar un cambio de cosas o lugares. Entonces, es con citación del defensor oficial. El defensor irá o no, es problema de él. Se cita al defensor oficial para que cumpla con la defensa en juicio. Habrá defensores que no irán. Es necesaria la citación del defensor oficial, e incluso es útil su intervención para alguna eventual aclaración. Supongamos que va a constatar por una locación por cambio de destino. Además de lo que pide el abogado que se deje constancia, para asegurar mínimamente lo que después va a valorarse en juicio, el defensor oficial también debe actuar de forma similar, porque a veces la omisión implica una desfiguración de la realidad, y al obrar de esta manera se tendrá por lo menos un panorama completo de lo que es la realidad extrajudicial, cuyas huellas después se llevan al juicio.

Por ahora, nada mas.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Tiene la palabra la doctora Ana Raquel Nuta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTORA NUTA.

Como introducción, ya que estamos hablando de los documentos notariales, tenemos que decir cuáles son.

Todos los documentos notariales - y vale de por sí su nombre - son los que han pasado ante un notario, pero no todos son iguales.

La doctora Highton se refirió a la escritura pública que es el típico documento notarial, y a las actas, que prueban hechos, que son protocolares o extraprotocolares, conforme lo que disponga la legislación local.

Remarco de manera especial que una y otras son documentos notariales, y Vélez Sársfield así lo concibió en el artículo 979, inciso 1º, dedicado exclusivamente a la escritura pública; y en el inciso 2º - creo irrelevante que no mencione la palabra "acta" - abre un espectro mucho más amplio al decir: todo otro documento notarial que el notario pueda realizar dentro o fuera de su protocolo, y agrega algo importante, "en la forma que las leyes hubieren establecido". Esto determina una remisión expresa del Código Civil a las leyes locales, que en nuestro país son las leyes orgánicas del notariado de cada provincia o de la Capital Federal. Lamentablemente, al no haberse expedido el Código Civil más respecto de los documentos notariales, muchas normas referidas a éstos han sido incluidas en las leyes orgánicas del notariado.

El notariado ha luchado seriamente por lograr incorporar al Código Civil una modificación sobre el documento notarial, porque al no mencionarlo específicamente, para la validez de los documentos a que se refiere el artículo 979, inciso 2º, tenemos que recurrir a la ley local para determinarla.

Dicho esto en forma general, en lo particular nos toca tratar un documento notarial que nos parece sumamente importante, cuyo valor probatorio es de uso común: el documento privado con firma certificada.

¿Qué tendríamos que decir al respecto? En primer lugar, algo que todos conocemos, y es que el documento privado no se convierte en documento público por el hecho de que las firmas puestas a su pie se encuentren autenticadas por ante un notario que actúa en un territorio y en un tiempo determinados: es decir, éstos son los límites de la competencia notarial; no existe un documento notarial protocolar o extraprotocolar que carezca de lugar y de fecha. Ello es fundamental para lo que vamos a tratar a posteriori. Enfatizamos que el documento privado no se convierte en documento público por estar sus firmas autenticadas por notario, ya que se han dictado algunos fallos aislados, por lo cual no conforman jurisprudencia, que opinan lo contrario - creemos que equivocadamente -, y otros que quedan en una zona gris muy difusa en cuanto a que no es documento público, pero produce los efectos de documento público. Es necesario aclarar este punto a los fines de una correcta valuación de la prueba.

Para comenzar, vamos a ubicarnos en la naturaleza jurídica de lo que en nuestro diario vivir habitualmente llamamos "certificación de firma". Esto no es ni más ni menos que un acta de comprobación o constatación - como quieran llamar - esencialmente extraprotocolar, ya que acompaña al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento privado, que comprueba un solo hecho: la puesta de la o las firmas en presencia del notario. Y cuando digo "firma" - hago la aclaración por única vez -, me refiero a la firma, o firmas, o impresión digitopulgar cuando la ley especialmente lo prevea. Esta última circunstancia no implica una reforma del Código Civil, sino que, cuando una ley de carácter nacional permita, como la ley de previsión social, la impresión digitopulgar, el escribano puede certificarla.

El escribano comprueba la puesta de la firma en su presencia. Este es un hecho auténtico por excelencia.

Es sabido que dentro de lo que son los instrumentos públicos, y, desde luego, los documentos notariales forman parte de ellos, se distingue entre hechos auténticos y hechos autenticados.

El mundo de las actas, como muy bien lo dijo la doctora Highton, se mueve en el mundo de los hechos. El mundo de las escrituras se mueve en el mundo de los actos jurídicos, es decir, aquellos que tienen efectos inmediatos.

La doctora Highton utilizó muy bien la palabra "hechos" y ahí se quedó. No habló de "hechos jurídicos", como habitualmente se prevé, porque éstos se dan o no según si el juez le reconoce o no efectos. Desde luego, los hechos no producen efectos inmediatos, salvo que se les reconozcan efectos, y en estos casos el reconocimiento de estos hechos se hace exclusivamente por vía judicial. A este tema vamos a referirnos más adelante.

Cuando hablamos de competencia territorial y de competencia temporal nos estamos refiriendo al artículo 980 del Código Civil, cuya fuente es el artículo 1317 del Código Civil francés. Lamentablemente, por problemas que ha tenido Vélez Sársfield en relación con Freitas, la nota del Código Civil francés está ubicada como fuente del artículo 979. Y esto no corresponde porque el artículo 979 reconoce como única fuente el Esboço de Freitas

Estábamos hablando de la naturaleza jurídica, y sin ninguna duda es un acta. Pero, dentro de los documentos notariales, ¿qué tipo de documento es? Reiteramos que a nuestro juicio se trata de un instrumento público, tal como lo dice el 979, inciso 2º, esta certificación notarial deberá ser hecha, según la redacción del 979, de acuerdo con lo que establezcan las leyes locales.

Si se hace de acuerdo con las formas que éstas indiquen para el Código Civil - y también tiene que ser así para el Poder Judicial, ya que es el que debe aplicarlo - es un instrumento público. Podemos citar, por ejemplo, la ley 12990, orgánica del notariado de la Capital Federal, en su artículo 12, y la ley 9020, orgánica del notariado de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 174.

Luego de muchos años de investigación, nos llamó la atención que Vélez Sársfield citara como fuente del artículo 979 el 1317 del Código Civil francés, porque sabemos que Freitas está tomado casi textualmente en más de mil artículos. En general Vélez Sársfield cita algún autor y el derecho romano cuando quiere rellenar algunas notas, no citando al insigne jurista brasileño. Por eso, cuando al principio tomamos esta nota, casi le creímos a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuestro codificador. Pero cuando vimos el texto del artículo 1317 del Código Civil francés advertimos que corresponde exactamente al artículo 980 de nuestro Código, no del 979, que sí corresponde exactamente al 688 del Esboço de Freitas. En consecuencia, no puede negarse que casi toda la parte instrumental y la parte de nulidades Vélez Sársfield la ha tomado prácticamente de Freitas.

¿Por qué hacemos esta aclaración de las fuentes del 979? Porque creemos - no querríamos que se interprete como una especie de exaltación de erudición académica - que aclarar el contenido de la verdadera fuente ayuda a la interpretación de la norma, ya que al tomar el elemento histórico de interpretación de la ley si equivocamos la fuente podemos interpretarla de una manera totalmente distinta de la voluntad querida del legislador. En este caso, el maestro Savigny enseña que ante dificultades en la interpretación, si hay contradicciones, debe estarse a la voluntad querida por el legislador. Y yo le creo al maestro Savigny.

En síntesis, reafirmamos que un documento con firma certificada está compuesto por una suma documental, donde hay un documento privado que no se convierte en público, y a continuación un documento público, desde luego notarial, extraprotocolar y accesorio. Es decir, no hay certificación de firmas que no acceda a un documento privado. Las firmas serían el espacio común de ambos documentos ya que a ambos les comprenden, pero de manera distinta. La firma o las firmas en el documento privado lo concluye e implica el consentimiento y la coautoría del documento privado. En cambio, las firmas inician el documento público porque son la materialización de la comprobación del hecho que pasa por ante el notario, y a continuación de dicha materialización, el notario certifica que ese hecho de la puesta de la firma en su presencia ha pasado, por ante él, de lo que da fe.

Antes de pasar específicamente al valor jurídico probatorio de este documento, querríamos mencionar, porque nos parece muy importante para el valor jurídico probatorio, dos etapas distintas en la historia de este tipo de documento: antes de la década del '60 y después de la década del '60.

¿Por qué? Hasta la década del '60 se permitían estas certificaciones, que eran eminentemente extraprotocolares; las certificaciones pasaban a poder de las partes tal cual ocurre hoy, porque son anexas del documento privado, pero en poder del escribano no quedaba ninguna registración de ellas.

A partir de mediados de la década del '60 aparecen en algunas circunscripciones territoriales una especie de registros que cobran distintos nombres según las provincias de que se trate o de la Capital Federal. Así tenemos libros de requerimientos, libros de intervenciones notariales, libros de certificación de firmas e impresiones digitopulgares, todos foliados, que requieren, igual que un protocolo, que haya cronología, no actas en blanco ni salteadas.

Comienzan entonces a aplicarse estos libros especiales, pero, ¡cuidado!, no vayamos a pensar el país a partir de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires, porque algunas provincias reglamentan el uso de estos libros. De manera que tenemos la obligación de analizar las dos secuencias documentales, ya que a nuestras manos pueden llegar ambos tipos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

certificaciones, según cuándo se hayan realizado y según dónde se llevaron a cabo, y diremos que son válidos o no de acuerdo con lo que establezcan las leyes locales, es decir, si la ley de cada jurisdicción exige o no este libro de requerimientos.

Debemos puntualizar que si bien estos libros comenzaron a aplicarse hace unos 25 años, no todas las jurisdicciones los pusieron en vigor en fechas más o menos coincidentes porque algunas los tienen desde hace relativamente poco tiempo.

¿Qué pasa a partir del libro de requerimientos? Desde entonces se producen estas secuencias. Hasta ese momento, el escribano, que no puede actuar sino a requerimiento de parte, recibía el requerimiento para certificar la firma en forma verbal. A partir de la aparición de estos libros - cualquiera que sea su denominación en las distintas provincias, tienen la misma finalidad y los mismos requisitos - el notario, previamente a la certificación, es decir, a cumplir con el requerimiento, que sería autenticar la firma, debe labrar por escrito lo que se le solicita.

No querría que se confunda que a partir de la vigencia del libro de requerimientos tenemos una certificación de firmas matriz y que la certificación que ponemos en el documento privado es su copia o testimonio. En absoluto; tenemos dos actas de comprobación. Una, la de comprobación del requerimiento, respecto de la cual se necesita cumplimentar una serie de requisitos que establecen las leyes, tales como nombre y apellido, documento de identidad de la persona y el tipo de documento que se le exhibe al notario a los fines de requerirle que la puesta de la firma sea certificada en ese documento, no en otro, y la firma de las partes y la del notario. La otra es en la que las partes firman el documento privado y a continuación de este hecho el notario certifica la autenticidad de la puesta de la firma en su presencia.

Autenticidad no quiere decir que la firma que se estampa sea la habitual, la de siempre que el requirente dijo que él escribía con la mano izquierda no tiene ninguna importancia, porque el escribano no tiene que saber nada de eso, lo que sí sabe es que el señor tal firmó ante él. Y, así, de ese hecho, da fe.

El acta de requerimiento de que estamos hablando queda en poder del escribano en estos libros. El acta de certificación de firmas queda en poder de las partes, como siempre se hacía. La diferencia actual radica en que hay actas de requerimiento por escrito que quedan archivadas. Ambas son originales, ninguna es testimonio de la otra. Poseen dos objetos distintos, los requeridos en cada acta. Ambas también son instrumentos públicos, notarial, extraprotocolar.

Con lo dicho hasta aquí estamos en condiciones de hablar del valor jurídico probatorio habida cuenta de que se trata de dos actas distintas, aunque estén hechas el mismo día y en el mismo momento, es decir, una a continuación de la otra.

Dijimos que el documento privado no se convierte en público. Pero, ¿qué ventaja da que un documento privado tenga su firma autenticada? Se requiere un análisis para determinar si este tipo de documento notarial es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valioso, si justifica o no su existencia. Nosotros creemos que no sólo es valioso, sino muy valioso, y para ello no necesitamos buscar múltiples fundamentos, nos bastan dos muy poderosos.

En primer lugar, la puesta de la firma en presencia del notario presume que es auténtica lo cual implica que se invierte en juicio la carga de la prueba. Ya esa firma no podría ser desconocida por la otra parte, lo que traería aparejada una serie de pericias múltiples y costosas y tiempos judiciales sumamente valiosos.

La sola certificación no le quita su derecho de defensa a quien no firmó, porque tiene una acción especial o por incidente o por acción independiente de redargución de falsedad. Pero a partir de allí se presume auténtica hasta que se pruebe lo contrario; repetimos, se invierte la carga de la prueba. Este solo fundamento en sí justifica en mucho la existencia de este tipo de documento, puesto que nos regala mucho tiempo del juicio, muchas veces dilatado ex profeso.

En segundo lugar, el gran efecto para nosotros es el de la fecha cierta. En el mundo de la oponibilidad, es valiosísimo oponer la fecha cierta de un documento a terceros. Desde hace muchos años venimos sosteniendo una larga lucha respecto de este tema. Resultó muy difícil imponer la fecha cierta. ¿En qué nos basamos para ello? La jurisprudencia, y la doctrina también, ha dividido la resolución de este tema conforme a su aplicación anterior o posterior al libro de requerimientos. Antes de la existencia del libro de requerimientos se decía que no tenía fecha cierta. ¿En qué fundamentos se sustentaba tal posición?

En rigor, todo este tema deriva de si el artículo 1035 del Código Civil hace una descripción taxativa o meramente enunciativa, es decir, que se pueda agregar otros casos análogos por parte del juez y reconocerles fecha cierta. Nosotros creemos que la redacción del 1035 es enunciativa, y lo queremos probar.

Nos apabullan algunos fallos con respecto a la certificación de firmas extraprotocolares antes del libro de requerimientos.

Un párrafo muy breve de uno de esos fallos dice: "Aunque los notarios estén facultados por la ley orgánica (el caso se refiere al artículo 46, incisos b) y c) de la ley 6191, ex ley orgánica del notariado de la provincia de Buenos Aires) para autenticar firmas o impresiones digitales puestas en su presencia, esa atestación, aunque fechada por el escribano, no ofrece garantías instrumentales de la certidumbre de la data." Este fallo me duele profundamente, y el preopinante es nada menos que un gran maestro y muy querido amigo, el doctor Pliner, de la Cámara Civil de Apelaciones de Bahía Blanca. Este criterio se repite en muchos fallos. Y ello nos conmueve por varias razones, una esencial: si la ley local dice que no hay libros de requerimientos y establece cómo debe hacerse la certificación extraprotocolar, ¿acaso esa certificación no es instrumento público de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 979? Y el fallo a que aludo cita la ley, que es la ley a la que remite el artículo 979. ¿Y qué argumento utilizan? Un argumento no jurídico dividiendo la prueba en dos partes. Destacan que el escribano tiene fe pública, pero que en esta parte no se le puede creer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porque podría falsear la fecha, y en cuanto a la firma, sostienen que se le cree porque piensan que no miente respecto de su autenticidad.

Esto es absurdo: si hay fe pública, ésta es completa, y no pueden decir que la parte de la firma es instrumento público sin lugar y fecha, y esto es irrefutable.

No se puede legislar para la patología, y cuando se interpreta la ley tampoco puede interpretarse mirando la patología. Esta es una afrenta gratuita no sólo al notariado en general, sino a todos los que invisten la fe pública en cualquier lugar en que ella exista. Nosotros queremos ir concretamente a las fuentes de la fecha cierta. El artículo 1035 no tiene nota en el Código Civil; sin embargo, la fuente es la nota del artículo 748 del Esboço de Freitas, quien precisamente da pautas para que esto sea así.

Ustedes saben que muchas veces Vélez Sársfield quiso resumir a Freitas, quien en un párrafo de su obra dice "en supuestos de libros de registro de escribano". Vélez Sársfield no lo incorporó quizás porque ni siquiera lo entendió. Y Freitas va más allá al expresar que el pago de los impuestos da fecha cierta, criterio que venimos sustentando desde hace tiempo. Bibiloni en su anteproyecto trae una terminología extraña al manifestar que también se da fecha cierta cuando el escribano hace inventario del documento. No sabemos qué quiso decir, pero se nota que no se trata de una transcripción. En cuanto al valor jurídico probatorio de este documento, creemos que tiene dos: invertir la carga de la prueba y conceder fecha cierta.

Estamos persuadidos de que el artículo 1035 es enunciativo porque también era enunciativo el Esboço de Freitas.

Por último, nos vamos a referir a un tema relacionado con la certificación notarial sumamente injusto, cual es la exigencia de las leyes orgánicas del notariado de requerir al notario la puesta de la fe de conocimiento en las certificaciones de firmas. Durante diecisiete años hemos luchado contra esa exigencia, y hemos logrado el primer triunfo con la modificación de la ley orgánica notarial de la provincia de Córdoba que suprimió la fe de conocimiento en la certificación de firma. También sigue el mismo criterio la ley orgánica del notariado de Santa Fe.

Quiero concluir con un grito de libertad en homenaje a nuestro insigne codificador. El Código Civil de manera notable divide los documentos concediéndonos una opción, que creemos excelente. Si la ley civil pudiera hablar con la ciudadanía le diría: "si tú sabes o puedes firmar, elige la forma documental que quieras porque presumimos que sabes cuidarte; si no sabes firmar o no puedes firmar, debes elegir el instrumento público". Pero después le dice: "en tales supuestos de interés general, siempre va a ser documento público". Sería el caso del 1184.

En este instante queremos agradecer a Vélez Sársfield la libertad que nos legó, queremos agradecer la libertad a los legisladores de aquel entonces que, creyendo en la sapiencia de un especialista y eximio jurista como lo fue Vélez Sársfield, aprobaron la ley 340 sin debate y a libro cerrado.

Creemos que la libertad tiene una contrapartida: las de saber cuidarnos y ser responsables de nuestros actos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Pasamos ahora a escuchar al doctor Orelle.

DOCTOR ORELLE.

Un tema muy importante para quienes ejercemos el notariado es el de poder compartir, el de poder discutir la visión notarial acerca de la fe pública, con otras disciplinas tales como Derecho Procesal, Derecho Civil y Derecho Penal.

Me congratulo de que en esta jornada podamos hacerlo. Durante largos años el notariado se ha sentido un poco solitario en el tema del ejercicio de la fe pública, en el tema del compromiso que eso implica, y no han sido muchas las oportunidades para poder debatirlo, como lo vamos a hacer seguramente y como lo estamos iniciando ahora.

Comienzo. Veamos lo que en alguna medida yo llamaría el drama del ejercicio de la fe pública. Una aproximación vulgar al tema partiría afirmando que la fe pública se expande por todo el documento; sería algo así como una especie de bendición en la que hay instrumentos totalmente públicos e instrumentos totalmente privados. Unos tienen una impregnación general de fe pública, y otros son documentos de menos cuantía que carecerían de esta peculiaridad.

A poco que uno se adentro en el estudio de estos temas, advierte que la fe pública es una simple parcela dentro de los documentos y del actuar humano, y poco investigados.

La fe pública básicamente - para no meternos en academicismos inoportunos y fuera de horario - implica un acto de percepción de hechos que se describen en un documento. Lo que nos lleva necesariamente a un terreno fascinante y difícil: el de manejarnos con el concepto jurídico de percepción.

La doctora Highton se refirió a vista y oído, ¿y por qué no gusto, olfato y tacto? Y al respecto, quienes hemos ejercido intensamente la profesión, sabemos que tiene su importancia que en determinadas ocasiones una superficie haya advenido rugosa, que haya olores nauseabundos - una de las aplicaciones la encontramos en el artículo 2618 del Código Civil -, lo que también es perceptible.

Pero esto de la percepción tiene sus complejidades. Pensemos en un caso posible: el daltónico. ¿Vamos a cuestionarnos que él perciba el color y lo describa? ¿Cómo solucionamos un defecto de percepción a la vez con sinceridad? ¿Qué pasa con el delirio, en cuanto el que percibe, lo experimenta con la misma autenticidad que la persona normal?

Hace muchos años me tocó conocer el caso de un empresario que tenía un extraordinario potencial económico, cuya palabra era "como un documento", y que a raíz de estar tomando una medicación nueva, repentinamente empezó a disponer de sus bienes con toda la credibilidad que inspiraba su patrimonio y su solvencia, pero bajo la influencia de una droga proveniente del medicamento que le había alterado gravemente su juicio. Él, para la credibilidad común, para sus percepciones, seguía esa continuidad quebrada nada más y nada menos que por un medicamento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para no quedarnos en los conceptos vamos a verlo en los documentos.

Merced a la doctrina que surge nítidamente del artículo 993 y siguientes del Código Civil, habría falsedad cada vez que se afirme algo distinto de aquello que se vio. Y yo agregaría que también es falsedad cuando no se narra algo que también se vio.

Pero apenas ingresamos en los documentos, y para rubricar aquello de la necesidad de estudiar la percepción con lingüistas y psicólogos, nadie duda - la Doctora en su juzgado, el funcionario en su expediente, el escribano en su protocolo - de que fecha y lugar son los hechos privilegiados, si se quiere, y si los hay, que caen bajo el ámbito de la fe pública.

Pregunto: ¿se puede percibir la fecha en el sentido en el que como abogados, conocemos lo que es la percepción? ¿Se puede percibir que ésta es la Facultad de Derecho? ¿Se puede percibir que estamos en la República Argentina? Buen ejemplo de aquello que parece perceptible, que se lo asemeja a lo perceptible, pero que es ni más ni menos que una situación de notoriedad que se le asimila, pero que no es perceptible.

Un tema particularmente atrayente es el de la fe de conocimiento. Mucho le duele al notariado, porque en la notable proliferación del delito hay una extraordinaria cantidad de falsificaciones, las que, por otra parte, no sólo pueden vulnerar el ejercicio profesional del notario, sino también pasar en un juzgado, o a un funcionario administrativo.

Para repetir el ejercicio de la percepción, diríamos que cuando el escribano dice que tiene delante de él a una persona que se llama de tal manera, si se utiliza el concepto de percepción, lo que él está percibiendo es la presencia física de una persona; eso es percepción. Si dice que esa persona, además, se llame como se llame, eso es un juicio. Consecuentemente, si esto es así, la sustitución de persona no implica un problema en el que esté ínsita la fe pública, sino que es un problema de simple prueba en contrario.

Lamentablemente, esta cuestión - por eso me alegro de que lo vayamos a discutir en mesas interdisciplinarias - no está suficientemente difundida.

De ahí que, sobre todo en la justicia penal, se afirme que la sustitución de persona implica un supuesto de falsedad, cuando una clara lectura del artículo 993 y la clara comprensión del concepto de fe pública demuestran que la percepción jamás puede ser a la vez un juicio.

Lo mismo sucede con el funcionario que dijera que tiene delante de sí a una persona hábil, capaz. Es un juicio. En materia testamentaria esto se ve con particular dramaticidad cuando se trata de determinar si una persona está en su sano juicio. ¿Qué es esto? Es una apreciación con esos selectores comunes que todos usamos para percibir y darnos cuenta por un conjunto de circunstancias sobre las cuales inferimos un estado de salud mental, si determinada persona tiene aptitud para realizar un acto jurídico.

Pero ocurre que se ha pretendido incluirse este tema dentro del concepto de fe pública para responsabilizar al funcionario cuando hay un supuesto de sustitución.

Pienso, y lo he afirmado aun apartándome de muchos criterios de colegas de profesión, que es ínsito a la función notarial realizar el estudio de títulos. Y hoy redondeo el concepto: dentro de su función, el escribano tiene el deber

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de legitimar los otorgamientos, lo cual implica agotar todas las diligencias necesarias que procedan de acuerdo con las circunstancias para asegurarse la identidad de esa persona, pero por legitimación, no por fe pública, como también tiene la obligación de realizar el estudio de títulos para asegurar que esa titularidad que se transmite ha sido verificada.

En consecuencia, no hace falta hacer rodeos para llegar a la responsabilidad en el caso de las sustituciones. Es perfectamente posible por vía natural y conceptualmente clara arribar a la siguiente conclusión: el funcionario que ha sufrido un caso de sustitución será civilmente responsable si no agotó las precauciones necesarias, pero no es un falsario; salvo que haya procedido a sabiendas, con dolo.

Este tema ha tenido incluso ribetes que, según se los mire, podrían ser dramáticos o histriónicos.

En las escrituras de compraventa de inmuebles se consigna frecuentemente "que no se adeudan impuestos". Básicamente, en esta materia nos manejamos con dos cosas: el comprobante de pago que proporciona la gente que interviene y los certificados que, amentablemente por razones burocráticas, casi nunca están presentes en el momento de la firma. Esto implica que es muy frecuente también que, una vez firmado un documento, haya reclamos posteriores sobre adeudos tributarios que no habían sido satisfechos y que paga ya sea el escribano o la persona que ha comprado. Y aquí nuevamente surge la confusión, en mi modesta manera de ver.

¿Qué es lo que sucedía generalmente? Si el escribano pagaba esos impuestos porque los dineros que le dejaron fueron insuficientes o los certificados de deudas arrojaban una cantidad mayor, se presentaba al juez para que el verdadero obligado le suministrara los fondos. Como en la escritura el escribano decía que no se adeudaban impuestos, muchas veces el expediente se enviaba a instrucción porque el mismo reclamante estaría invocando una supuesta falsedad ideológica.

Afortunadamente la jurisprudencia disipó el malentendido, pero adviértase el impacto que implica que este procedimiento sufra este periplo doloroso cuando una clara comprensión de lo que es perceptible y de lo que no es perceptible hubiera bastado para demostrar que se trata de un simple error, de un juicio, porque nadie puede percibir la situación jurídica de existencia de obligaciones tributarias impagas. Esto es imperceptible, es un tema de documentación y de prueba.

Expongo estos ejemplos claros, de todos los días, para que lo perceptible no quede como algo metafísico, sino como aspecto sobre el cual la doctrina tiene mucho que decir.

Y esto nos lleva de la mano al tema de las actas, que con tan encantadora presentación trajo la doctora Highton.

Por lo general, los profesionales del notariado afrontan las actas notariales en dos momentos: cuando comienzan a ejercer la profesión porque es el documento de actuación profesional más difícil, o con sabiduría y con respeto, cuando han pasado muchos años de profesión porque a veces suceden cosas absolutamente imposibles de prever. Por ejemplo, en el caso comentado por la doctora Highton, entiendo que no haría falta elucidar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

si este documento es o no instrumento público, porque no es relevante sino que basta con tener bien claro que el escribano pudo percibir la salida de una persona de determinado lugar, y nada más, y no asegurar - en el caso planteado no lo hizo - que esa persona era la cónyuge de aquél que demandaba.

Por tanto, sin complicarnos en un tema de concepciones instrumentales que no es a mi juicio aplicable para el caso, Llegamos al mismo fin: el documento y la fe pública tienen su propio límite: aquello que se puede percibir son hechos perceptibles; por ello lo no perceptible no hace faltar impugnarlo de falsedad. Son temas de simple prueba en contrario, porque si el escribano por exceso o por error dijera que le consta que esa persona es tal, se equivoca.

Piensen ustedes que la identidad no la puede invocar ni siquiera la misma madre como concepto perceptible. Sólo sería imaginable si alguien estuviera, como el caso de los siameses, conectado toda su vida, de manera que nunca hubiera tenido un instante de separación. De otro modo, una percepción de identidades es imposible.

Sigamos con las actas notariales.

Pienso que el tema de las actas notariales en el proceso puede resolverse en el plano de su admisibilidad sin que sea necesario negarles el carácter de instrumentos públicos.

Las pruebas, con independencia de su calificación como instrumentos públicos, pueden ser admitidas o rechazadas porque es el juez quien tiene el gobierno del proceso y puede no admitir un acta por entender que ha violentado garantías constitucionales, por ejemplo: derecho de defensa en juicio.

Esta vía de acceso al tema merece profundizarse porque advierto que muchas veces se niega el carácter de instrumento público al acta, cuando en realidad se pretende desestimarla como prueba porque se han violentado otros principios, como el del control de la prueba en el expediente, o el derecho a rehusarse a declarar contra sí mismo. De allí que con desestimarla como prueba basta para solucionar la mayoría de los problemas que se plantean. De todos modos, no vacilamos en dejar consignada nuestra opinión en cuanto a que las actas notariales son instrumentos públicos a tenor de lo establecido en el art. 979, inc. 2° del Código civil.

Pero el tema nos conecta con otro muy difícil: la obligación del escribano de identificarse. Es obvio partir de la afirmación de que el escribano tiene que identificarse. Pero muchas veces en el ejercicio profesional nuestros colegas, los abogados, piden lo contrario porque ellos necesitan para ciertas pruebas la riqueza del momento y lo efímero de la situación.

No se si ustedes recuerdan un episodio ocurrido hace algunos años cuando a un intendente municipal se lo acusó de cohecho y se probó sobre la base de un acta notarial en la que un escribano, con un grabador oculto en un yeso, pudo grabar y dar fe de las circunstancias que llevaron a acreditar el delito. Ustedes se imaginan que una presentación ortodoxa de ese escribano en ese lugar hubiera impedido la prueba.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero también es cierto que si el juez dice que, aunque ese hecho sea verdad, no lo admite por haberse violado una garantía constitucional en juicio, tiene derecho a hacerlo, como ha sucedido con las actas policiales extraídas bajo torturas.

Mi propuesta es la siguiente: como regla general, el escribano tiene que identificarse, pero cuando el valor de la prueba es fundamental puede abstenerse de hacerlo. Mociónaría para que además el letrado firme también el acta haciéndose responsable de su pedido. En este caso, como queda bajo la merituación judicial, pienso que tiene que existir un margen de flexibilidad.

En definitiva, el tema del valor probatorio de las actas tiene andariveles no explorados que pasan por una adecuada comprensión de la tarea entre juez y escribano. No olvidemos que en materia de actas los escribanos son auxiliares de la Justicia.

Por último, veamos un tema que también tiene que ver con las garantías de la defensa en juicio, y es el de la extensión de los derechos de aquellos que son interpelados por un escribano.

Salvo situaciones realmente excepcionales, cuando se pide declaración a una persona hay convicción generalizada en los medios notariales - es texto escrito inclusive en leyes notariales de algunas provincias - que debería identificarse el escribano, y advertirle que puede negarse a declarar y además hacerle conocer sus derechos. Esta es una posición básica, coherente con la función notarial.

En los ambientes notariales nos preguntamos qué pasa cuando alguien requiere un acta para realizar una prueba, y esa acta "sale mal" porque quien tiene que declarar manifiesta en contra del requirente del acta.

El tema es muy delicado porque por una parte está en juego la naturaleza de la función, que no puede quedar como moneda discrecional de quien la paga, y, por otra parte, el hecho de que quien requiere el servicio es el que de alguna manera tiene el control de la prueba.

Como conclusión, para esos casos tiene primacía la verdad objetiva y formal. Y también así en el decurso de las actas, que es muy accidentado, repentinamente se dan situaciones que generan ilícitos, respecto de los cuales es obligación del escribano efectuar la denuncia correspondiente.

Podría extenderme mucho más con el tema de las actas porque es un terreno que no tiene fin, pero de acuerdo con la naturaleza de esta convocatoria me conformo con haberles señalado algunas de las más comunes.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Los panelistas están prestos para recibir las inquietudes de los señores profesores o especialistas que nos acompañan esta noche.

- Luego de unos momentos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - ¿No hay inquietudes especiales? Siendo así, volveremos a escuchar a los panelistas por si quieren completar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sus exposiciones.
Tiene la palabra la doctora Highton.

DOCTORA HIGHTON.

Vale la pena aclarar que no hay desacuerdo entre nosotros, sino todo lo contrario: hay un pleno acuerdo en cuanto a que la prueba es admisible en el sentido de que el documento se acompaña en el juicio, y el mayor o menor valor probatorio dependerá de cómo se toma esa acta y muy especialmente los restantes elementos que están en el juicio.

La descalificación del acta que yo pretendí hacer ha sido en el sentido de que no es una probatio probatissima por haber sido levantada por un escribano, sino que es un elemento más en el juicio, que a veces tiene menor valor que los elementos que obran en el juicio. Las declaraciones dentro del proceso tienen una entidad distinta de las dadas fuera del proceso.

PARTICIPANTE. - ¿,NO SE podría considerar al escribano como un testigo calificado en función de haber levantado el acta y eventualmente ser citado para precisar hechos...?

DOCTORA HIGHTON. - Yo diría que cualquier escribano, sin haber levantado acta, estaría en la misma situación de toda otra persona que vio un hecho: si presentado como testigo cuenta en el juicio lo que ha visto, con toda la bilateralidad, es un testigo calificado en orden a su profesión, como lo sería también un abogado.

Creo que esa declaración tendría más valor para el juicio, ya que el escribano en el juicio se atiene a lo que surge del acta y no agrega ni quita nada a lo que ha redactado, lo cual impide tomarlo como un verdadero testigo. En el fondo, es un testigo de menor calidad porque estuvo fuera del juicio, antes del juicio, sin defensa en juicio, sin el control de la contraparte, sin el control del juez.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Tiene la palabra el doctor Orelle.

DOCTOR ORELLE.

Me voy a permitir presentar una óptica distinta de la enfocada por la doctora Highton. Creo que el acta presentada en el expediente es un instrumento público con plena fe.

He dejado expuesta mi posición de que podrá ser declarado admisible o no por otros motivos.

En cuanto a lo dicho también por la doctora Highton, si el escribano se aparta de lo que dice el documento, estaría cambiando su rol, que hasta ese momento fue el de emitir el documento. Si al margen de ello interviene como testigo, es otro tema que quizás enriquezca el juicio. Pero jamás podría decir que se equivocó en el acta que confeccionó, porque eso le está

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vedado por la ley y por el Código Civil.

DOCTORA HIGHTON. - Yo no aclaré que era porque se lo prohibía la ley. Simplemente dije y repito que no se agrega nada y tiene menos valor que si fuera como testigo simple al juicio.

PARTICIPANTE. - Habría que ver si el escribano firmó y luego se presenta en el juicio. . .

DOCTORA HIGHTON. - El acta tendrá valor si está firmada, obviamente. Justamente, son elementos que aparecen y se agregan al juicio, que tendrán distinto valor según lo que haya pasado. Un acta es riquísima en posibilidades, tiene un sinnúmero de variantes.

ESCRIBANO FERRARI CERETTI. - Si me permite, señor Director...

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Con gusto lo escuchamos.

ESCRIBANO FERRARI CERETTI. - En todos los hechos de la vida la intervención del escribano en los actos que autoriza tiene suma importancia. Cuando el escribano firma la escritura, difícilmente ocurren situaciones como las que aquí se han aludido y que se plantean en la Justicia. Y los jueces se ven en figurillas cuando la parte dice que no conoce al escribano que le autorizó la escritura porque se la hizo firmar un empleado.

El personal de escribanía no tiene preparación jurídica y a veces ni preparación moral que le permita apreciar la gravedad de sustituir al profesional en quien la ley deposita la facultad de la dación de fe.

Los que tenemos muchos años de profesión hemos visto muchas cosas. En una oportunidad observé un error en una escritura que tenía que hacer y le pedí al cliente que viera al escribano que se la había otorgado. Me respondió que no lo conocía y que la escritura se la hizo firmar un empleado en el mostrador de la escribanía.

Cuando el escribano desempeña su función con la responsabilidad con que la ejercían los escribanos del siglo pasado, éstas situaciones no se producen.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Tiene nuevamente la palabra la doctora Nuta.

DOCTORA NUTA. - Por razones de tiempo omití señalar que en los diecisiete años de lucha a que me referí respecto de la fecha cierta tuve un valiosísimo contradictor, mi gran amigo y profesor Raúl García Coni, quien sigue sosteniendo que el artículo 1035 es taxativo.

Lo invitamos a esta mesa redonda previniéndole que expresáramos la tesis opuesta a la de él y no queríamos hacerlo en su ausencia. Mucho agradecemos su presencia que nos honra.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradezco a los expositores por la brillantez de sus intervenciones y su presencia a este calificado auditorio.

- Con lo que terminó el acto.

<p>Tema: LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES</p>

Relatores: PROFESORES DOCTORES ALBERTO J. BUERES, MARCELO U. SALERNO, JOSÉ W. TOBÍAS Y ARTURO YUNGANO
Fecha: 23 DE MAYO DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Realizamos hoy una nueva mesa redonda con uno de los temas que se abordarán en las jornadas nacionales de Derecho civil a llevarse a cabo en Buenos Aires en 1991.

Advertimos una particular expectativa que seguramente debe obedecer a dos circunstancias: el incentivo del tema y la atracción que despiertan los profesores que van a exponer esta noche.

Según el orden alfabético que va a condicionar la prelación de sus exposiciones, desarrollarán el tema los doctores Bueres, Salerno, Tobías y Yungano.

Dejemos que ellos nos ilustren sobre la responsabilidad civil en la transmisión de enfermedades.

Gracias, doctor Bueres, y gracias a los demás panelistas por estar con nosotros.

DOCTOR BUERES.

Nos vamos a referir a la responsabilidad médica por transmisión de enfermedades, y trataremos de ser concisos - en vista del tiempo que nos fue acordado para disertar - en el desarrollo de los puntos que constituirán nuestra exposición.

En lo que hace a la naturaleza de la responsabilidad médica, en Francia fue frecuente hasta el año 1936 que los tribunales postularan la responsabilidad extracontractual de los galenos por sus faltas, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1382 y 1383 del Code Civil - similares a nuestro art. 1109 - . Fue sólo a partir de un difundido precedente judicial del 20 de mayo de ese año, que la communis opinio comenzó a volcarse masivamente en pro de la tesis contractualista, al menos como regla genérica de emplazamiento del deber médico de responder. Parecida trayectoria cronológica observó la doctrina italiana. En cambio, los autores españoles se mantuvieron aferrados a la tesis extracontractualista hasta el año 1983, aproximadamente. Y en lo que va de ese año hasta el presente existen notorios desacuerdos doctrinales en derredor de si la especie encaja en una u otra órbita de responsabilidad.