

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO PROVENIENTE DE SUS DEBERES DE
ASESORAMIENTO Y CONSEJO(*) (344)***

JOSÉ V. SAN MARTÍN

SUMARIO

I. Introducción. - II. Asesoramiento y conexiones. 1) Asesoramiento. Concepto. 2) El escribano como asesor o consultor. 3) Conciencia. Conceptos. 4) Conciencia profesional. Su libertad. 5) Juramento: a) Antecedentes etimológicos. b) Actualidad aplicada al fundamento jurídico. c) Efectos del juramento. d) Finalidad funcional. 6) Ética. 7)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Secreto profesional. 8) La justicia. El derecho. Imparcialidad del notario. 9) Deontología. Concepto. 10) Reglas normativas de conducta: a) Conducta. b) Comportamiento. - III. Responsabilidad. 1) Determinación de la responsabilidad en la esfera notarial. 2) Culpa. Imputabilidad. 3) Reparación del daño. Conceptos. 4) Responsabilidad notarial en la legislación argentina. - IV. Conclusiones.

¿De dónde tomo yo mis reglas de conducta? Las encuentro en mi corazón. Lo que siento que es bueno, es bueno. Lo que siento que es malo, es malo. La conciencia es el mejor de los casuistas.

J. J. ROUSSEAU

I. INTRODUCCIÓN

Debo comenzar mi trabajo, emprendiéndolo con verdadero temor, a cuya realización pudo decidirme tan sólo el cumplimiento de un deber inexcusable.

Ignoro si seré suficientemente claro al procurar poner de relieve los fundamentos y la finalidad perseguida, que es el anteponer a las condiciones objetivas que hacen aplicables las disposiciones legales, las subjetivas regidas por los principios ético - morales, que sancionan con prioridad a aquéllas la conducta del profesional en su actividad específica del asesoramiento y consejo.

Son apreciaciones cuya exactitud acerca del significado de su producción responderán por la producción misma. Diría que es el producto de la observación introspectiva realizada a través de un largo ejercicio de la profesión, destacando como elemento primario de calificación el de la propia conciencia.

Es que el hombre es anterior a la ley por él creada; y el proceso de su conducta se inicia con el juicio propio de sus acciones. La sociedad le impone reglas a las cuales deberá adecuarse, y para ello concluir su íntima convicción, resignándola, inclusive contra su voluntad, para subordinarlas a las exigencias normativas de la ley.

En lo que respecta al ejercicio del notariado, en la actualidad debe considerársele frente a mayores obligaciones, y consecuente con ellas al aumento de los riesgos y su responsabilidad, toda vez que esta última constituye el respaldo y prestigio de la profesión.

Su misión, por imperio de la evolución general impuesta a todos los órdenes de la vida, le ha creado una diversificación específica de su quehacer, ampliando el ámbito de su ejercicio como así lo ha reconocido la exigencia de una mayor capacitación, obligándolo a completar sus estudios de derecho obteniendo su título de abogado para especializarse luego en los de notariado. La exigencia deriva del doble carácter de su misión: profesional del derecho y funcionario público. En el primer caso, materia de nuestro estudio, debe asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para alcanzar el logro de los fines lícitos que se proponen conseguir. En el segundo ejercen la fe pública, que tiene y ampara un doble contenido:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1) En la esfera de los hechos: la exactitud de los que el escribano ve, oye o percibe por sus sentidos: notarialmente actas.

2) En la del derecho: la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes contenidas en los instrumentos públicos redactados de conformidad a las prescripciones legales.

El asesoramiento propiamente dicho constituye de por sí una de las funciones independientes del instrumento público, que puede derivarse o transformarse en él, pero que de no serlo circunscribiría la función del notario en la del profesional de derecho señalando su especial misión de asesorar, idea de la que ha surgido su mayor capacitación y la exigencia universitaria a que nos hemos referido.

Así es cómo para fundamentar el sentido de la responsabilidad del escribano en la actualidad no debe ceñirse ésta a la observancia de las formas de los actos que, conforme, entre otras, a las disposiciones contenidas en el art. 997 del Código Civil y concordantes, le son propias sino que en el desempeño de su múltiple misión, consagrada también por normas legales de aplicación propia, debe poseer condiciones de idoneidad personal, comprendiéndose en éstas no solamente las que hagan sobre su calificación ético - moral, sino los que abarquen conocimientos generales del derecho y la debida especialización aplicables a su funcionalidad característica.

Cuando por insuficiencia de sus conocimientos profesionales, por culpa o simple negligencia en su actuación ocasiona directa o indirectamente daños perjudiciales a las personas que depositan en él su confianza, le son aplicables sanciones o penalidades en consonancia con su falta a los deberes morales o jurídicos, de mayor gravedad aun que a otros profesionales, atento la delegación estatal que se les confiere de "dar fe". Alberto G. Spota, en una conferencia pronunciada en la Delegación de Mar del Plata sobre La responsabilidad del escribano y la naturaleza jurídica de sus funciones, luego de analizar las características de su quehacer, concluye en que "se trata de un funcionario público, sin que por ello quede excluido de la categoría de profesional liberal; su responsabilidad surge así todas las veces que, con motivo o en ocasiones del ejercicio de funciones notariales, medie la comisión de un acto ilícito, civil o penal".

En todo caso, su responsabilidad extracontractual no impide que surja o se transforme en responsabilidad contractual; no media acumulación de responsabilidades, pero el damnificado puede optar entre una u otra pretensión resarcitoria. El escribano en su función fideihaciente actúa como locador de obra intelectual, y asume funciones de mandatario con respecto a diversos actos notariales o inherentes a su función.

La responsabilidad del escribano en la precedente etapa "pre - formativa" estaría vinculada a los casos de voluntad unilateral como fuente de las obligaciones transgredidas, o según sus alcances de "responsabilidad aquiliana", si ellas configurasen cuasidelitos.

Dije al principio que emprendía con temor este trabajo fundado en las múltiples dificultades que su tema entraña y las escasas posibilidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de resolverlas de por sí, aportando para ello tan sólo la decisión de una firme voluntad que descuenta la benevolente tolerancia de quienes así lo interpreten. Atempera, por otra parte, dicho temor el auxilio del consejo colaborador de mi profesor consultor Carlos N. Gattari, prestado en clases, en el comentario y directivas por la afortunada disposición contenida en el art. 1° de la Reglamentación para la Tesis del Doctorado; y el extracto de algunos de sus trabajos publicados por la Universidad Notarial Argentina, de los que asimismo me he servido y de los que en sus debidas estaciones haré mérito.

Destaco asimismo de manera notable la significativa contribución que para este modesto trabajo aportan las citas de algunas enjundiosas obras elaboradas por prestigiosos profesores de la Universidad Notarial Argentina, cuyos nombres he de mencionar también en la relacionada bibliografía de consulta, y que con su ilustración dan el único relieve ponderable en el que me escudo, a la manera en que lo hiciera el gran maestro que fue Leibniz. (Gottfried Wilhelm - Leibniz, 1646 - 1716).

Cuentan de él que no tenía biblioteca y que leía siempre con las tijeras en la mano; y fuese libro, periódico u otro cualquier impreso el que tuviera delante de sus ojos, cortaba aquello que juzgaba útil, aun cuando fuesen dos renglones los aprovechables. El resto iba despiadadamente a la cesta de los papeles.

En cuanto a los "recortes útiles" pasaban debidamente clasificados a un armario con tantas divisiones como ramas del saber le interesaban, a las que acudía en consulta cuando debía redactar alguno de sus escritos. Y si alguien admiraba la erudición y profundidad de éstos llamándolo sabio, Leibniz respondía con la mayor ingenuidad: "Yo no sé nada, el que sabe mucho es mi armario".

No comparo, sería irreverente ante la magnitud del sabio, conocimientos a los que jamás podría alcanzar; me jacto de imitar parcialmente su sistema: cambio las tijeras por el lápiz; y no mutilo, me duele hacerlo, subrayo; y dejo no en el armario sino en un estante de lo que pomposamente llamo "mi biblioteca" los libros que aportan con las cicatrices del hiriente lápiz la grandeza de las ilustraciones que adornan y constituyen el único mérito de esta labor, y que son las que verdaderamente saben mucho.

II. ASESORAMIENTO Y CONEXIONES

1) ASESORAMIENTO. Concepto.

Llámase asesoramiento a la "acción y efecto" de asesorar o asesorarse; y asesorar es dar consejo o dictamen.

Salvat(1)(345) define asesor: "Dícese del letrado a quien por razón de oficio incumbe aconsejar o ilustrar con su dictamen a un juez lego. Históricamente lo hacían los magistrados inferiores que formaban el Consejo del Procónsul antes de Constantino y el del Prefecto después".

Síguese así por extensión que asesorar es aconsejar o ilustrar con su parecer a otro; entendiéndose por dictamen "Opinión y juicio que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forma y emite sobre una cosa y especialmente los suscriptos por uno o varios facultativos sobre un asunto determinado por su especialidad"(2)(346).

Asesor, proveniente del latín assessor, que a su vez deriva del vocablo assidere, se traduce por asistir o ayudar. De tal manera, quien asesora asiste o ayuda a otro con su consejo o dictamen. Lo hace generalmente el letrado que aconseja o ilustra con su opinión a las personas que acuden a él en consulta en razón de su reconocida versación sobre temas de su especialidad.

En el vocabulario jurídico argentino(3)(347) tiene aplicación concreta refiriéndose a los incapaces y a la representación promiscua que de ellos tiene el Estado por intermedio de los denominados "asesores de menores".

2) EL ESCRIBANO COMO ASESOR O CONSULTOR.

Si como hemos visto que asesor o consultor es quien por razón de su oficio aconseja, ilustra y da su parecer respecto de algo por lo que es preguntado - en el caso del escribano requerido o "rogado" - , es, precisamente, en esta función o actividad que éste concreta una de las particularidades específicas de su quehacer. Rufino Larraud (4)(348) concreta la función notarial en la coexistencia de actividades diferenciables tales como: a) El escribano es consultor de sus clientes, a quienes asesora y aconseja. b) Preside sus actos jurídicos, realizando la policía jurídica de éstos. Y c) Los reviste de forma instrumental adecuada.

Sigue el mismo autor considerando dentro del derecho la diferencia del asesoramiento entre el abogado y el escribano, atribuyéndole al primero, como concepto generalizado, el deber de "defender", frente al segundo, que es el de "precaer" o "cautelar". En esta diferenciación hace residir la tipicidad de una y otra actividad jurídica.

Se trate de que el escribano sea un funcionario público, o un profesional liberal, en ambos supuestos será siempre un "profesional del derecho", y como tal se le reconocerá, como así lo hacen las leyes y la costumbre, la categoría de "asesores y peritos".

Es en la primera de las divisiones formuladas que el escribano debe cuidarse, en general, de que sus opiniones y juicios como asesor sean medidos, serios, científicos y acertados; con mucha mayor razón si luego serán aplicados a la concreción de un caso formal por escrito y que además lleve su firma como corolario de su dictamen.

En cuanto a las consultas que pudieran plantearse sobre cuestiones meramente informales, no típicamente genéricas o determinables, su tratamiento ha de hacerse siempre teniendo en cuenta el normal cumplimiento del derecho y con sentido constructivo.

Santiago Sentís Melendo, en su obra El notario y la soledad, mencionada por Martínez Segovia(5)(349), considera que "El notario se enfrenta absolutamente solo con su responsabilidad de asesor, de consejero jurídico. Porque ésta es su verdadera, su auténtica función. Ver en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notario el funcionario encargado de la fe pública, es disminuir su jerarquía, por mucha importancia que haya de atribuirse a la imparcialidad en el cumplimiento de su deber".

Menciona asimismo Martínez Segovia la opinión de Juan Vallet de Goytisolo que transcribe el artículo 10 del reglamento español del 2 de junio de 1944, según el cual, como profesional de derecho, tiene la "misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio, y aconsejarles los medios jurídicos adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen"; comparte esta opinión Giménez Arnau al asignarle al escribano también la misión jurídica docente.

Así, por extensión, en la función asesora cumplen una tarea eficaz los respectivos Colegios de Escribanos por medio de comisiones especiales, la edición de revistas y boletines para las publicaciones, en los cuales sus artículos arriban a conclusiones que forman una doctrina que, ordenada y sistematizada en repertorios, constituyen fuente normativa del derecho notarial requerida por los propios escribanos en consultas, por jueces y por autoridades administrativas en cuanto fueren aplicables a problemas de su especialidad.

La consulta oral comprende la mayor actividad diaria del escribano, ya sea para la resolución de casos que requieran consejo o para la preparación de un acto jurídico negocial que se resolverá luego por el documento notarial respectivo. Así conformada adquiere un doble aspecto que requiere en ambos la mesurada y fiel interpretación para ser adecuada al requerimiento del servicio profesional.

Profesional es la persona que, en virtud de su preparación universitaria o de estudios superiores especializados, está habilitado para ejercer su ciencia o arte con eficacia. Su actividad es casi exclusivamente intelectual desde que para desarrollarla necesita en cierta manera acudir a la manualidad expresiva, mediante, en nuestro caso, la grafía documental. Si no recurre a ella limitando su acción al asesoramiento o consejo, su actividad entonces es puramente intelectual.

Su responsabilidad varía con relación a la prestación de sus servicios y a su modo de expresión, y según se trate de una intervención contractual o extracontractual. Dice Gattari(6)(350) que a pesar del aforismo *nemo ex concilio obligatus*, el notario tiene, como cualquier otro profesional, una MISIÓN ASESORA, y si hubiera de compararse en el caso particular de su función y de trascendencia social, es más íntima la obligación moral, por el fundamento de su prestación: la confianza. Es éste también nuestro convencimiento.

La sagacidad profesional de Gattari, condicionada a sus dotes intelectuales, ha descubierto la verdadera intención de este modesto trabajo y la aplicación que al mismo hice transmitiendo mi verdadero sentir a través del ejercicio experimental de la materia tratada; así se desprende de su comentado dictamen que en la parte final de su apartado primero dice: "...vuelca - refiriéndose al trabajo consultado - una manera de pensar que hace suponer es la resultante de su forma de vida, con lo cual estoy destacando el valor autenticidad porque expresa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en palabras su forma de ser y de proceder vitalmente".

Es forzoso que peque de inmodesto en la cita de mi profesor consultado, desde que ella obliga, unido al respeto que como tal me merece, el permanente agradecimiento por su especial dedicación a este, repito, modesto trabajo.

El escribano, en la realización múltiple de sus funciones, cumple, en el elevado concepto de la mayoría, especialmente, la actividad social, asesora y conciliadora; diríamos, en términos generales, como el principio de ejecución de su labor autenticadora y de configuración instrumental del negocio jurídico que se le encomienda o somete a su consideración.

De tal manera que el planteamiento previo de la gestión a encomendársele importa la "consulta de la viabilidad legal" de la misma, sobre la que se asentará el verdadero contenido de la labor notarial, que es función jurídica importante y de alta responsabilidad.

Gira sobre esta última toda la estructura jurídico - filosófica para la apreciación de los valores que subjetiva y objetivamente determinarán la calificación de la misma.

Será el escribano el depositario de la confianza del cliente, quien contará con la seguridad de la garantía del secreto profesional, de la fe pública con que lo inviste el Estado y de la representación jerárquica que se le reconoce en el orden social; el consultor honrado, cuyos principios de honorabilidad y solvencia moral amparan los derechos y patrimonios a él confiados.

El escribano es, en síntesis, hacedor de instrumentos; pero antes consejero y conciliador, asesor de otorgantes y depositario de la fe pública, que sólo da cuando, al transformar hechos en derechos, pone su ciencia y competencia al servicio de la colectividad y de lo justo.

Gattari(7)(351), en la consulta y estudio previo que del presente trabajo le fue formulada y que se ha dignado aceptar con la generosa resignación que le es habitual, y que en este caso me honra, dice en uno de los párrafos de su dictamen: "... Debe destacarse posiblemente el hecho de que el escribano, en su faz asesora, es donde más se adentra en el secreto de las vidas individuales, que sólo a él quedan reveladas en la profundidad de los hechos; de allí que su figura tenga tanto de confesor. La entrega del cliente no es sólo de un negocio, de una suma de dinero, de unos títulos, sino que, con frecuencia, es una develación de su situación moral, de sus problemas íntimos, incluso de orden familiar...".

3) CONCIENCIA. Conceptos.

No podemos excluir para la mayor comprensión de nuestro punto de vista, aunque someramente, el estudio de lo que entendemos por conciencia, analizado desde el punto de vista científico - filosófico. Para hacerlo recurrimos al tratadista André Lalande(8)(352), que en las págs. 167 y siguientes de su importante y laureada obra distingue: Conciencia psicológica: (A) Intuición que el espíritu tiene de sus estados y de sus actos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta definición no toca la cuestión de saber si el espíritu humano tiene conciencia de todo lo que constituye o si existen para el yo individual del hombre fenómenos psíquicos inconscientes. Igualmente omite la cuestión de saber si la conciencia contiene o no la afirmación del sujeto como substancia.

Si este conocimiento del espíritu se entiende en el sentido (A), y si el hecho consciente no es considerado como distinto del hecho de que es consciente, la conciencia es llamada espontánea.

(B) Si este consentimiento se entiende en el sentido de suponer una oposición neta entre el que conoce y lo que es conocido y se hace un análisis del objeto de este conocimiento la conciencia es llamada reflexiva.

Claparède (mencionado por dicho autor), en los Archivos de Psychologie, en 1918, t. XVII, pág. 71, relaciona ambos supuestos (A) y (B) y establece la ley de toma de conciencia (Loi de prise de conscience), según la cual "El individuo toma conciencia de una relación - (entre los sentidos y la conciencia, consideradas como facultades paralelas adaptadas a objetos diferentes) -, más tarde y más difícilmente, cuanto más pronto, más largotiempo o más frecuentemente, su conducta ha implicado el uso automático de esta relación".

Nuestro estudio, que relaciona por vía de la conducta una etapa moral, admitiría una tercera división que denominaríamos: conciencia moral.

Según ella ésta sería "La propiedad del espíritu humano de dar juicios normativos espontáneos e inmediatos sobre el valor moral de ciertos actos individuales determinados". Caso concreto: la consulta.

Cuando esta conciencia se aplica a actos futuros del agente, torna la formación de "una voz" que ordena o prohíbe; cuando se aplica a los actos pasados, se expresa por sentimientos de alegrías (satisfacción) o de dolor (remordimientos) según los casos; esta conciencia es llamada clara, oscura, dudosa, errónea, etc.

Se dice por ende que una persona es consciente o posee "una conciencia" cuando particularmente moral es firme en sus conclusiones y las sigue sin concesiones. El adjetivo con que se lo distingue es el de "concienzudo".

Según el tratadista J. Lachelier, mencionado en la obra citada(9)(353), "es controvertida la cuestión de saber si el juicio es anterior o posterior al sentimiento en la conciencia moral", y agrega: "lo propio de la conciencia es aprobar o censurar, ya que la alegría y el dolor no aparecen más que después del juicio moral". Y según M. Bernés, a quien refiere la misma obra, habría que definirla, por lo contrario, como la propiedad que el espíritu humano tiene de sentir el valor moral y de hacer explícito este sentimiento por medio de juicios normativos. Tal la definición adecuada al propósito de este trabajo y de la que luego ampliaremos su concepto.

Completa su juicio Bernés añadiendo que la expresión clásica "la voz de la conciencia" es una imagen que no expresa sino el carácter inmediato y espontáneo de la conciencia. Se vincula con la concepción teológica de un Dios extraño que se deja oír en el alma, con el dato psicológico de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una vida interior que "es nosotros mismos".

Por otra parte, se puede observar en favor de esta imagen que corresponde a un hecho real de objetivación a menudo observado en psicología, por ejemplo: en los desdoblamientos de la conciencia, en la inspiración artística, etc.(9 bis)(354).

Es indudable que enfocada la conducta como hemos visto en las distintas gamas de acciones, ésta se regirá por impulsos interiores guiados por la conciencia, meta final de nuestro estudio.

Si por conciencia, en el sentido lato, aceptamos que es la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta determinando, según las circunstancias, por conocimiento reflexivo de las cosas: "el bien que debemos hacer, o el mal que debemos evitar", al emitir un juicio o una proposición, obraremos, según ella, bien o mal.

De ahí que quien buscado de consejo lo hace a sabiendas mal, sentirá por esa misma vía lo que comúnmente se dice: "un cargo de conciencia". Pero no es preciso que sepa que está mal; simplemente le bastará con saber que ha emitido un juicio o una opinión sin la seguridad del conocimiento preciso, o por la injusta vanidad de no confesar su ignorancia. Profesionalmente comete un daño no siempre apreciable, no siempre demostrable y por lo tanto inimputable, único medio éste para obtener el resarcimiento del daño, como después veremos.

Así las cosas, en el terreno filosófico del que nos queremos apartar, pero que sin embargo a pesar nuestro debemos transitar obligatoriamente para explicar de alguna manera la forma de actuar en algún momento determinado: el de la evacuación de una consulta, nos indica que la conciencia es la misma razón, pero no la razón especulativa que dice "lo que es", sino la razón práctica para nuestro ejemplo, que dicta o debe dictar en cada caso "lo que se debe hacer" o "lo que se debe omitir".

En otras palabras, la razón sería el medio revelador y promulgador de la ley, que es superior o preexistente a aquélla en el orden universal de las cosas; por lo tanto, la fuerza obligatoria del deber moral no viene de la razón, desde que nadie se obliga a sí mismo, sino de la naturaleza humana que le ha impuesto un fin y un orden, así como leyes para cumplir en la realización de ese fin.

Diríamos que es el conocimiento que el hombre íntimamente tiene de sus actos y de sí mismo reflexionando sobre las acciones que ejecuta o de las que se abstiene de ejecutar; de ahí que sea común oír que esto o aquello "está hecho a conciencia", o lo que sería lo mismo para el dictamen de nuestro asesoramiento, hecho con solidez, sin engaño o fraude, con escrupulosidad. De no ser así y por la misma vía deductiva, llegaríamos a lo que comúnmente se conoce por "el remordimiento", signo acusador de la conciencia por falta o mala acción cometida.

4) CONCIENCIA PROFESIONAL. Su libertad.

Frente al problema planteado, el profesional no puede mantener una actitud expectante, y se ve, según la naturaleza de la consulta, ante la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reacción de su propia conciencia, con las inclinaciones propias de sus aceptaciones, rechazos, simpatías o antipatías, o por lo que conforme a estas actitudes importe considerar lo bueno o lo malo, lo útil o nocivo, lo positivo o negativo de su posición o la de su antagonista consultante.

Aquí su conciencia se impregna por transformación de los conflictos o luchas interiores para procurar una definición que le proporcione el equilibrio justo para obtener su libertad, de lo que habíamos llamado "cargos de conciencia".

Obtenido ese equilibrio estará en lo que sería según su último criterio, la verdad, que libre subjetiva y objetivamente podrá expresar afirmando o negando las razones aducidas para producir su decisión. Esto es lo justo o lo injusto, lo que procede hacer o lo que no procede o conviene hacer. Será en definitiva lo que reafirme "su libertad de conciencia o de opinión".

Como es nuestro propósito, queremos llegar a través de estos estados psíquicos a establecer "la conciencia de la responsabilidad", que, válida para todos los actos, en nuestra materia será un presupuesto indispensable para la existencia de una decisión ética que justifique el conflicto íntimo a que se ve sometido el individuo para resolver libremente y sin presiones externas que lo induzcan a desvirtuar su real elección.

No siempre ocurre así, no porque el hombre no sepa definir con libertad lo que su "conciencia le dicta", sino porque le será difícil o a veces imposible superar las influencias externas que harán variar ese dictado. No son iguales en todos lados las costumbres, las creencias ni las leyes; varían las instituciones y los "conceptos generales" sobre un mismo punto en diferentes lugares. Para serlo deberíamos concebir la universalidad de la libertad ética, política y religiosa. Difícil, por no decir imposible, resulta este ideal, desde que la naturaleza juega su primer papel diferenciando a las criaturas humanas según la conformación de la tierra, su clima y características diferenciadas.

Mediante este proceso de diferenciación, operado naturalmente, el hombre deberá descubrirse a sí mismo y obtener la imagen de los demás y concluirá por asignar a los otros individuos conciencia propia como entes separados de él, independientes y dueños por lo tanto de su voluntad. Comienza con esto el proceso que lleva al subjetivismo creador de aquellos relacionados conflictos conceptuales para poder llegar a la autodefinición libre y a la calificación de los demás.

El problema se presenta así a la reflexión científica y filosófica, pero, como hemos visto, antes que a ellas se ha presentado a la conciencia social de los pueblos progresivos. Al referirnos a la diferencia de los distintos grupos humanos lo hemos hecho para destacar aquellos que han avanzado más en el camino de la civilización, presentando por ende un hecho psicológico de una importancia histórica capital que ha sido, siempre para nuestro tema, la distinción de la "idea de justicia, de la legalidad". En las mentes primitivas ambas estaban confusas y mezcladas, hallándose lo justo identificado con lo proscripto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La idea de la justicia, entonces, es un concepto abstracto, porque ella implica la conformidad de las acciones con la norma reguladora: la ley. Ley que supone o lleva implícita autoridad, obligación, observancia: he ahí los elementos constitutivos de la idea de la justicia primitiva, asociada a la del mando y de la prescripción divina o humana.

Los pueblos adelantados han efectuado la distinción de ambas ideas, desarrollando el espíritu crítico y el de la discusión, y por lo tanto se llega a examinar el contenido de la norma y su valor intrínseco. La autoridad no dirá por sí sola si son justas o injustas.

Así como se ha puesto en la conciencia humana el problema de la justicia el proceso acaecido en la mente humana de la colectividad civilizada se repite y reproduce por completo en el desarrollo individual.

Para explicar este proceso deberíamos llegar al pensamiento reflexivo por la vía filosófica con soluciones contenidas en los sistemas éticojurídicos así llamados porque consideran ya el problema de la ética y más especialmente aún el del derecho y la justicia. Carlos A. Pelosi(10)(355), al referirse a las "Declaraciones del notario", las clasifica en: A) Actos propios, y B) Actos ajenos. De los primeros hace una subclasificación: a) Del mundo interior, y b) Del mundo exterior. Correlacionándolos con nuestro tema, dice que los del mundo interior "son razonamientos del notario sobre hechos o derechos que como todo juicio humano, aun en lo científico, puede apartarse de lo verdadero. Algunos son históricos o valoración de hechos, y otros de naturaleza lógico - interpretativo, es decir, de derecho". Y agrega: "Esos juicios o calificaciones consisten en afirmaciones del notario ex intelecto suo que se proyectan en su mayor parte al ámbito de la legalidad. Junto a la versión formal de las realidades del mundo físico realiza el notario su función de asistencia jurídica para asegurar la eficacia del contenido. La cumple en su condición de perito en derecho y custodio de la certeza en cuanto a la legalidad del acto o negocio instrumentado, que es labor engarzada a su quehacer documental".

Este quehacer cede a la importancia de su realización ante el valor de la conciencia en cuanto a su eficacia. Libres de artificiales influencias nuestras sensaciones se modifican y con ellas nuestros juicios; esta independencia de criterio aplicada a nuestro propio conocimiento debe hacernos no sólo conscientes, sino conscientes de nuestra conciencia.

5) JURAMENTO.

a) Antecedentes etimológicos: "Jus" fue originariamente una palabra cuyo sentido era religioso; este sentido ha subsistido en jurare. Extendido al sentido de orden laico, después restringido a esta acepción "jus", ha dado "justus", "justicia", "injuria", y por composición: "judicare", "judex", o sea lo equivalente a "decir el derecho", y por ende, el que dice el derecho o el justo.

b) Actualidad aplicada al fundamento jurídico: La obligación legal de prestar juramento por el buen desempeño de su función, constituye para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quien requiere el servicio profesional una garantía más desde que el perjurio es castigado por el Estado, sin perjuicio de otras acciones a que diere lugar con la destitución del cargo conferido.

La voz juramento tiene distintos sentidos que gravitan en diferente forma, pero en la aplicación obligacional a que nos referimos designa la acción de tomar a Dios, en primer término, como testigo de su conciencia, como para afirmar más aún la confianza que debe inspirar su propósito de cumplimiento, bajo pena de caer en la sanción divina como supremo castigo de su perjurio.

No obstante y ante el avance moderno de la tolerancia religiosa de múltiples creencias, el laicismo del juramento ha substituido aquella promesa por la de la fe cívica y el honor sin el recurso impositivo de un dogma para reglar la conciencia individual.

Las sanciones, fuera de las propias convicciones, se transforman en disciplinas civiles y penales, reguladoras de las responsabilidades inherentes a las faltas cometidas. El juramento así prestado cae bajo la órbita de las instituciones jurídicas independizando al hombre de su creencia religiosa, que no obstante subsistirá acorde con su forma particular de pensar.

Subsiste el juramento religioso como fórmula indispensable para ciertos actos o el discernimiento de cargos políticos, a los cuales, por imposición, como por ejemplo en el de Presidente de la Nación, lo impone nuestra Carta Magna. Se quiere con ello imponer al hombre, además del castigo que pudiera corresponderle por la ley común a todos, el de una ley suprema: "Los Santos Evangelios" como última reflexión distintiva entre el bien y el mal obrar.

Para el propósito formal de demostrar el privilegio de la conducta en nuestro típico asesor - el escribano -, el juramento tiene, juntamente con las disposiciones legales que lo encuadran, una importancia más.

Su juramento de buen desempeño, probidad y honradez, no es solamente la declaración ni la promesa dada, ni aun su compromiso. Es todas esas cosas, sus propias convicciones y lo que constituye una garantía más alta y un vínculo más obligatorio e íntimo que el que existe en la fórmula de su juramento: es el empeño de su fe, la invocación testimonial y de fianza de su compromiso a lo que de sí tenga mejor, de más íntimo y querido, como su conciencia, su honor, su propia persona y la de su familia toda, portadora de su apellido y tradición. Carnelutti opina que el Juramento es un acto solemne que la ley prescribe a fin de añadir, o al menos de reforzar, para mayor garantía del cumplimiento de la obligación judicial, la sanción ética y la sanción religiosa. Por eso, si verdaderamente no puede ser considerado como una fuente de la obligación, asume el carácter de una confirmación por parte del obligado, de su voluntad de cumplirla.

No puede, como argumento jurídico calificador de culpa, acudirse a su perjurio para responsabilizarlo, pero lleva consigo la repercusión indirecta de las sanciones éticas y morales que determinarían el rompimiento del vínculo con que puede obligarse al hombre a decir la verdad o a cumplir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con su palabra empeñada.

Queda por lo tanto, como hemos visto, librado al propio criterio y a los designios de su conciencia cumplir con la palabra empeñada, desde que los códigos procesales de nuestra legislación no regulan el juramento como medio de prueba; pero sin constituirlo, ocurre como en muchas instituciones del derecho, que, aunque no legisladas, igualmente se aplican por imposiciones regulables por normas de cultura, tales como suponen las del sometimiento del profesional a cuyo juramento se le asigna un mayor valor que al recabado para los testimonios ordinarios a las partes de un juicio, por ejemplo. El decir verdad es propio del testigo asimilando sus dichos a la confesión.

No haremos aquí, por considerarlo ajeno a nuestro tema, el análisis exegético del juramento desde el punto de vista legal, extrajudicial o político, sino simplemente el que atañe al profesional y que exigido por las universidades a los efectos de la entrega del título habilitante, sólo compromete la conciencia de quien jura en orden al objeto de su promesa del buen desempeño de su profesión.

El juramento, al decir de Bielsa, se funda en un concepto puramente tradicional, de carácter formal y solemne, especie de ritual, que de por sí no constituye garantía alguna de buen desempeño del cargo, ni de la veracidad o fidelidad del acto para el cual se jura como lo ha probado la experiencia; para nosotros y atento al principio de la obligación éticomoral, es el compromiso que el funcionario escribano contrae consigo mismo, dándole él importancia y categoría al cargo que desempeña con el convencimiento íntimo que devuelve a la sociedad lo que ella le ha confiado: la seguridad de su proceder, su honestidad y honradez característica del confesor y protector de los intereses que se le confían basados en esos principios arraigados a la vez en el concepto popular de su "magistratura de paz".

El poder público le da el ejercicio de la fe pública que él titulariza a nombre de aquél y para el cual le exige el juramento que garantice, en primer término, su buena conducta y desempeño en concordancia con normas legales y espirituales, incluyendo en estas últimas las religiosas. Carlos Emérito González⁽¹¹⁾(356) introduce en las conclusiones a que arriba en los temas estudiados al intervenir como delegado al III Congreso del Notariado celebrado en la ciudad de París, Francia, en 1954, la opinión de Carnelutti cuando asemeja la función del juez al que se recurre para que administre justicia en el proceso litigioso; y a la del notario, cuando se lo hace voluntariamente, en el recurso preventivo, estableciéndose la diferencia entre uno y otro que separa la terapéutica de la higiene; esto es, la acción represiva de la preventiva. Así ha comparado también al notario con el sacerdote - a quien se lo supone en el juramento que ante Dios presta de su ministerio - , porque, concluye, "la persuasión es el mejor sistema de convicción. Contémplese sino, frente al sacerdote, al hombre que expone su duda de conciencia o ante el notario, al que a diario explica su problema hogareño, su afán de mejorar al hijo bueno o instituir heredero al amigo generoso, o transmitir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su vivienda en usufructo asegurándole su subsistencia...".

El escribano intérprete y componente de la institución notarial se basa históricamente en un principio que supera los demás factores componentes de su profesión, ciencia o arte, y éste es primordialmente el de la confianza.

Es la confianza en lo que el ser humano da de sí cuando consciente y voluntariamente se compromete a contribuir al cumplimiento de unos objetivos que ha formulado por medio del juramento, no tanto mediante la ejecución de determinadas tareas como por el aporte de su inteligencia e iniciativa.

El juramento se liga así al deber, y éste por imposición a la obligación moral en función de aquél. Puede considerarse el deber en función de ese juramento en dos sentidos, según nuestra observación:

1) En sentido abstracto: El deber es la obligación moral considerada en sí misma, y, en general, independientemente de tal o cual regla particular.

2) En sentido particular y concreto: Es la regla de acción determinada, una obligación definida, sea en general, sea en especial de la función, la profesión, etc.

c) Efectos del juramento:

Los efectos del juramento reposan sobre atributos personales basados en la verdad, la confirmación y consolidación de la confianza mutua, de la fe pública y de la garantía que representan la utilidad y honestidad privada y pública de quien jura comprometiendo en ello todos esos atributos que constituyen el patrimonio moral de su honor.

Como institución deriva de principios legales que han consagrado el juramento incluido dentro del régimen jurídico como requisito para la validez de ciertas pruebas, o como un requisito formal que regula la consecuencia de diversas instituciones de derecho, la notarial inclusive.

d) Finalidad funcional:

La finalidad funcional del juramento consiste principalmente en obtener la reclamación de sanciones penales contra la falsedad, demostrando, como lo sostenemos a través de toda la argumentación de nuestra tesis, que la declaración debe producirse con la plena conciencia obligacional de decir la verdad.

Las del notario, fuera de la prestada como carácter condicionante del ejercicio profesional, podría derivar, consecuente también con nuestro propósito demostrativo, en una gravitación indirecta sobre la conducta del jurante, pasible de sanciones morales, graves, como hemos visto, dada la condición especial del notario como consejero atribuido de confianza plena por la sociedad y el medio en que actúa.

Se cuestiona que el juramento no es prenda de fidelidad y por tal razón se dice que al hombre debe juzgársele por su conducta⁽¹²⁾(357), por su vocación definida, y que para evitar el perjurio, mejor es suprimir el juramento, porque el perjurio no castigado es un ejemplo deletéreo en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la moral del pueblo.

Sin embargo, sancionado o no el perjurio, el juramento es siempre un deber de fidelidad, que sin perjuicio de las sanciones que establece la ley con respecto a la responsabilidad que se contraen en razón de la misma, este compromiso contraído trae aparejadas sanciones éticas y defecto formales de repercusión indirecta.

Agrega Escriche que "el juramento es el más fuerte vínculo con que puede ligarse al hombre a decir verdad o a cumplir su palabra, porque quien la quebranta no solamente falta a la persona a quien se obligó, sino también al mismo Dios a quien invocó por testigo de la sinceridad de su promesa o aserto".

6) ÉTICA.

Etimológicamente considerada, la palabra ética deriva del griego *ethos*, significativa de costumbre, equivalente a la voz latina *more*; ambas calificaron desde la antigüedad los caracteres estimables del comportamiento humano ordenado. Surgió así la ética como una doctrina de las costumbres, teorizando los actos humanos en virtud de ciertos principios presupuestos por imposición de la sociedad en que actuaba.

Esta generalización fue luego particularizada, restringiéndola al comportamiento moral, íncito en el derecho. Se transformó por lo tanto en una dimensión ontológica de su conducta para identificarla con lo bueno, lo justo, honesto y valioso como atributos exigibles para su disciplina.

En la actualidad, las significaciones que se le asignan al vocablo ético con función adjetiva alude a los actos humanos referidos al derecho y a la moral; así lo expresa Giorgio del Vecchio(13)(358). Los actos humanos pueden considerarse ante todo, dice, en relación al sujeto mismo que los realiza.

Entre las varias acciones posibles para un sujeto, una sola será la prescripta, la que resulte conforme con el principio, excluyendo a las demás por no ser compatibles. La exclusión de éstas haciendo prevalecer una, será el resultado de una elección perteneciente al campo subjetivo que se realiza dentro de él. El principio ético aplicado en tal forma establece, pues, un orden de "necesidad" positiva y negativa, cuya resultante será el deber. El análisis establece en definitiva "lo que se debe hacer" o lo que "no se debe hacer". Esto ocurre, según la deducción de dicho tratadista, cuando se trata del individuo mismo; pero, agrega: "Las acciones humanas pueden además ser consideradas bajo otro aspecto: una determinada acción en lugar de ser parangonada con las demás acciones del mismo sujeto, puede compararse o ponerse en relación con los actos de «otros sujetos»".

Así se establece una consideración objetiva del obrar; y en correspondencia con los términos cambiados de relación, varía también la forma de las naturalezas de conducta. A la acción ya no se le contrapone sólo la "omisión" (por parte del mismo sujeto), sino el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"impedimento" (por parte de otros). Así las cosas: lo que un sujeto "puede hacer" no debe "ser impedido por otro sujeto". El principio ético de esta manera tiende a instituir una coordinación objetiva del obrar, y se traduce en una serie correlativa de "posibilidades" e "imposibilidades" de contenido respecto a varios sujetos. Constituye en definitiva esta coordinación objetiva el campo del derecho. Son las especies de valoración del obrar, es decir: las categorías éticas de la moral y del derecho.

Hablar del escribano, con estas breves nociones de ética, es ineludiblemente hablar de su ética profesional. Debe ajustarse a normas de conducta ineludibles que no sólo le son impuestas por los órganos reguladores específicos: los Colegios, los reglamentos y las leyes, sino, y en principal manera, el respeto que debe guardar de sí mismo, del título universitario que ostenta y el de la tradición secular que se perpetúa a través de sus gestiones para enaltecerla y dignificarla.

La Comisión Directiva del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, con fecha 6 de setiembre de 1938, sancionó el Reglamento de ética Profesional, que al respecto en su art. 1° establece: "Considéranse comprendidos en la presente reglamentación todos los actos profesionales de un escribano en cuanto pudieran afectar al decoro, el buen nombre de la institución o del gremio, a las reglas de convivencia profesional, o al respeto y consideración de sus colegas y de la institución notarial". Establece a continuación algunos de los actos que pudieran configurar las faltas pasibles de reprensión y la forma de determinarlas y sancionarlas.

Se pretende con ello encuadrar los deberes de la profesión frente a la sociedad y que debe cumplir atendiendo su propia dignidad y el prestigio que de la misma se sigue para con sus colegas.

Tales deberes son impuestos por las reglas de ética ya mencionadas cuya formulación responden a la experiencia y a la tradición de varias generaciones de escribanos y notarios que han ido transmitiéndose secularmente como preciada herencia de valores fundamentales de un oficio esencial para la sociedad. Su conducta no debe jamás infringir las normas elementales del honor y de la delicadeza que caracterizan al hombre de bien.

Debe merecer la consideración general y asegurarla no solamente a través de su vida pública, sino aun en la privada, ya que si se lo supone capaz de tutelar intereses ajenos debe dar el ejemplo tutelando los propios, entre los que se cuentan no solo los patrimoniales, sino, y en mayor grado, los morales, condicionantes de su dignidad privada, acorde con el deber de probidad.

No debe en su tarea de asesoramiento aconsejar ningún acto fraudulento, formular afirmaciones o negaciones inexactas tendenciosamente dirigidas a causar perjuicios a terceros, de los que aun por faltas de pruebas no deba responder luego a la acción de la justicia, pero sí, como lo sostenemos a lo largo de nuestra posición, ante su propia conciencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ángel Ossorio en su obra *El alma de la toga*, tomada aquí ilustrativamente, señala la escala de valores que el profesional debe tener en cuenta: "La rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos". Agrega: "Primero es ser bueno, luego ser firme, después ser prudente; y por último, la ilustración y la pericia". Vemos pues, que antepone las condiciones humanas - valores ético - morales - , a los objetivos de su ciencia y conocimientos periciales.

Es que la ética del notario adquiere por lo especial y delicado de su función una valoración social.

La sociedad encuentra en él uno de los pilares esenciales del mantenimiento de la paz y libertad al proteger uno de sus sentimientos más caros: el de su propiedad individual, seguro sostén propio y patrimonial, que pasando a su familia integra la comunidad social.

Su contribución a la sociedad se cumple vigilando no sólo los derechos individuales que se le confían, sino los del Estado que también tutela recibiendo y pagando derechos e impuestos inherentes a ellos.

Raúl R. García Coni, en su "A manera de prólogo" del mencionado trabajo de Carlos E. González(14)(359), destaca el papel conciliador del notario como consejero de las partes, exaltada por el propio González al revelar el papel trascendente que cumple como virtuoso de la convivencia jurídica, como custodio de la paridad obligacional y como hacedor de la escritura pública, precedida siempre de su consejo y orientación.

Esto, así considerado, nos permitiría resumir el valor ética desde el punto de vista notarial, como un juicio de apreciación en cuanto a su aplicación a distinguir el bien del mal. Por extensión podríase inclusive considerar su aspecto moral en todas sus formas, ya fuere como ciencia o como arte con la finalidad única de dirigir la conducta.

Como a nosotros nos preocupa, en forma general, el aspecto intrínseco de la conducta profesional y para ello eslabonamos la ética como rectora de la conducta y a ésta dirigida por la conciencia sobre bases morales, resumiríamos:

a) La moral sería el conjunto de las prescripciones admitidas en una época y en una sociedad determinadas. Y,

b) La ética, como ciencia que toma por objeto inmediato los juicios de apreciación acerca de los actos considerados como buenos o malos.

Todo esto, claro está, desde un punto de vista muy personal y de valoración unilateral de quien lo escribe. Por ello advierto que cualquiera que sea la hipótesis que se adopte sobre el origen y la naturaleza de los principios de la moral, sobre la que tanto se ha dicho y escrito, es indudable que los juicios de valor que se hagan sobre la conducta son hechos reales, cuyos caracteres pueden determinarse de diversa manera y según el concepto que cada uno tenga sobre ella, ya que la conducta de los hombres no está siempre conforme con sus propios juicios sobre el valor de los actos que ejecuta; por ende, menos puede pretender que conforme a la valoración que los demás hagan de ellos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En otras palabras, puede para uno ser buena una acción determinada, y no serlo para otros conforme al análisis que particularmente se haga sobre ella.

7) SECRETO PROFESIONAL.

Tomás Diego Bernard (h.)(15)(360) adapta el postulado de las reglas pretranscriptas de la obra de Hall(16)(361), en especial la tercera de ellas, al estudio que nos hemos propuesto sobre el asesoramiento como una de las funciones distintivas del notario, y concuerda con nuestro pensamiento al asignarle el carácter ético - moral, en principio, como una consecuencia de su obrar y dice al respecto: "El secreto profesional, como obligación impuesta a determinadas personas con el fin de evitar la divulgación de hechos confiados a las mismas, de los que tienen conocimiento en razón o por el ejercicio de su ministerio, excede, pues, según se verá, la órbita del derecho positivo y se adentra en el más vasto y complejo panorama de la ética profesional, que le sirva de sustentación".

Y prosigue: "Hay un plano ético - moral, que interesa a la conciencia profesional en su calidad de tal, donde el secreto tiene su último desarrollo; plano ético que señala una conducta gremial acorde con la importancia y responsabilidad de la función ejercida y la magnitud y calidad de los bienes confiados o administrados, y esto no sólo en un sentido cuantitativo, sino, y principalmente, cualitativo".

Nos hemos referido, además de los atributos personales condicionantes de la humanización del proceder que como ente integrante de la sociedad en que actúa debe poseer necesariamente el individuo, con prescindencia de los que le sean impuestos en razón del ejercicio de su profesión, la primordial de su conciencia, librada entonces a su propio criterio y decisión.

Es indudable que en la consulta formulada por el cliente, supone que éste confía en la discreción del profesional consultado, y más aún, según la naturaleza de la misma, en su secreto. Le está impuesto además como una obligación legal y es, por lo tanto, normativo. En efecto, entre otras disposiciones que luego veremos, el Código Penal contiene normas - art. 156 - que reprimen con una multa e inclusive con inhabilitación al que "teniendo noticias por razón de su oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulgación pudiere causar daño, lo revelase sin justa causa".

Es que el cliente ha hecho confidencia al notario de sus problemas con la convicción íntima, basada en la investidura del funcionario depositario de la fe estatal, de que no la revelará.

Le está, como dijimos, además de las normas legales que impiden al escribano la comisión de revelaciones confidentes comprometedoras, las que se derivan de su propio juramento al recibir su título profesional y el prestado al aceptar el desempeño de su cargo, para el caso de que se lo invistiera del carácter de titular o adscripto de un Registro de Contratos Públicos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Carlos N. Gattari(17)(362), comentando en su referida consulta, destaca: "El secreto profesional también es normativo" - lo referimos en párrafos precedentes - , y prosigue: "pero el ámbito ya no se refiere sólo al notario, sino a la posibilidad de un perjuicio derivado de un Concepto sociológico.

Ya en el ámbito del derecho la imparcialidad debe presidir objetivamente el asesoramiento del notario, y no se crea, es una imparcialidad como la de la justicia según se ve siempre: La de tribunales, tiene los ojos vendados para no hacer acepciones; la del notario, debe tenerlos abiertos, para establecer un equilibrio fundado en el acuerdo; constituye la regulación de los vasos comunicantes, y no la de vasos seccionados, como la sentencia que corta el equilibrio objetivo, pero lo produce en cuanto a los sujetos de los cuales uno es perjudicado, si así puede decirse".

El amparo que el cliente solicita le debe ser dispensado por el profesional, en este caso el escribano, en la órbita de sus deberes y atendiendo el estricto cumplimiento de los mismos; con la garantía de su secreto, así como, y además de las citas legales referidas, lo ha resuelto expresamente la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal, en un fallo pronunciado el 8 de noviembre de 1938(18)(363) cuya doctrina dispone: "1º) El secreto profesional es una cuestión de conciencia individual librada al propio criterio de quien se ampara en él".

El secreto profesional, además de quedar librado, como hemos visto, al propio criterio de quien se ampara en él, considera nuestra decidida posición de asignarle un mayor valor a la representatividad del escribano. por la naturaleza específica de sus funciones y de la confianza que en el se deposita; constituye o debiera constituir para él un deber jurídico.

"El concepto de deber jurídico(19)(364) tan como es actualmente empleado en la jurisprudencia y como lo define especialmente Austin, refiérese sólo al individuo sobre el cual la sanción recae en el caso de que cometa el acto violatorio. Tal individuo está jurídicamente obligado a abstener de la comisión de dicho acto: si se trata de una acción positiva, está obligado a no realizarlo; si se trata de la omisión de cierta conducta está obligado a ejecutar tal conducta". Es decir, que el profesional materia de nuestro estudio estaría, no solamente por revestir ese carácter sino por hallarse comprendido en la generalidad en que cae el común de los individuos, a ejecutar obligatoriamente los actos opuestos a los que darían lugar a la sanción respectiva.

Así considerado, violaría su deber u obligación cometiendo un acto antijurídico cuyo comportamiento determinará la conducta pasible de la sanción acorde con la falta cometida.

En nuestro estudio, el consejo o asesoramiento, sin llegar a ser el intérprete directo de una acción punible, lo convertiría en un infractor en potencia. Sabemos que jurídicamente sólo cuando la sanción va dirigida contra el violador inmediato es sujeto del deber el responsable de la sanción estipulada por la norma jurídica aplicable.

Kelsen(20)(365) sostiene que la conducta opuesta a aquella que como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto antijurídico es condición de la sanción, constituye el contenido del deber jurídico, Este es el deber de abstenerse del acto jurídico. Es la "obligación de obedecer la norma de derecho".

Villalba Welsh(21)(366) sostiene que el derecho es conducta, que es el objeto de su ciencia y que está dada por acciones en interferencia intersubjetiva; y que la conducta del notario, en cuanto está mentada por normas, debe dar lugar a relaciones jurídicas.

8) LA JUSTICIA. EL DERECHO. IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO.

El hecho de la convivencia social impone al individuo una serie de restricciones y de exigencias recíprocas, cuyo cumplimiento es ineludible para que pueda mantenerse el equilibrio, conservación y perfeccionamiento de la sociedad, para asegurar los fines del individuo cuya más amplia liberación es el único y verdadero desiderátum.

Estas exigencias deben cumplirse en forma tal que se llenen ciertos requisitos o condiciones, en los cuales, precisamente, se basa el equilibrio referido. Es decir, que dichos requisitos constituyen los principios esenciales de la justicia, siendo de rigor su observancia.

La palabra justicia, entre sus varias acepciones, se la ha usado y se usa para designar el criterio ideal del derecho; en suma, la idea básica sobre la cual debe inspirarse el derecho.

Por virtud de la idea de la justicia el hombre se ve incluido en un orden, es parte de una estructura, de una coexistencia social, dando a cada uno lo suyo por medio de instituciones, de leyes, de ordenamientos. Esto constituiría el derecho, como disciplina reguladora de las actividades humanas, llevando en sí a manera de imperativo, la necesidad de su realización. El derecho quiere siempre cumplirse y lo hace por medio de la justicia.

No entraremos en las consideraciones jurídico filosóficas de ambos términos, explicados por las diferentes escuelas que han pretendido adecuar sus principios para exponerlos, sino dar a los mismos el sentido social en virtud del cual la idea de la justicia y del derecho no pertenecen a la ética de la persona, individualmente considerada, sino a la ética de las ordenaciones o instituciones entre las cuales podemos comprender la notarial en su aplicación de normas que involucran voluntad, intención, reacciones y estructuras e instituciones creadas por los hombres. Cada uno tiene un "derecho" y se lo reconoce mediante la "justicia".

Para Giorgio Del Vecchio - obra citada - , la justicia exige que "todo sujeto sea reconocido (por los otros) en aquello que vale, y que a cada uno le sea atribuido aquello que le corresponde. Para que ello se produzca es necesario que el derecho elabore su sistema normativo legal, atendiendo a la igualdad, la proporcionalidad y la armonía. A lo largo de veinticinco siglos en la historia de la filosofía sobre ambos conceptos: justicia y derecho, paradójicamente ha existido similitud en sus conclusiones que son las expuestas anteriormente con criterio normativo".

La participación del escribano en la administración de la justicia,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

considerada como auxiliar de la misma y como jurista en la materia que tratamos, le confiere una participación activa en el derecho moderno atento a la diversificación de sus tareas, acorde por otra parte a la evolución del mismo.

El carácter público de que se halla revestido el escribano le obliga a servir por igual a todos los ciudadanos, primero de los principios antes enunciados, y a hacerlo como fiel intérprete de su voluntad, aplicando en salvaguardia de la equidad de la justicia su conocimiento del derecho y su imparcialidad, ajustados al clásico concepto contenido en el derecho romano Institutas, L. I., t. I, Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, esto es: La justicia es la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo suyo.

Su consejo no puede ser otro: el justo, el equitativo. La consulta debe ajustarse estrictamente a la ley y al derecho, y si pudiese vislumbrar alguna cuestión, debe ser el mediador entre las partes para obtener una avenencia, pues su misión es evitar pleitos en aras de su misión - tutelar.

Pero su actuación como jurista no se limita a la mera información, sino que desarrolla además actividades acordes con su pronunciamiento en esta triple dirección: a) Buscando fuera de la letra de las normas nuevas soluciones a los problemas nuevos que la vida y su evolución van presentando; soluciones que, repetidas y halladas adecuadas por la generalidad, llegan a tomar carta de naturaleza en el cuadro de las instituciones jurídicas.

b) Forzando la interpretación de las normas, bien para extraer de ellas todo su contenido para la solución de los casos concretos en defensa de la libertad y autonomía de los individuos en sus relaciones de derecho privado.

c) Desterrando las fórmulas e instituciones arcaicas o caducas que, vigentes en la letra de los códigos, no responden a las necesidades actuales y acaban por desaparecer de ellos(22)(367).

Su actividad en este campo del asesoramiento por su calidad de jurista es independiente de todo instrumento, y puede, sin ser necesaria, transformarse su consulta o dictamen como previa y preparatoria de un instrumento, en la etapa considerada en el derecho notarial moderno como de "rogación" de las partes.

Carlos Emérito González(23)(368) dice: "Su tarea es la más difícil - refiriéndose al notario - entre los servidores del derecho y su responsabilidad la mayor. Como no defiende a parte alguna, evade el pleito tratando de «dar a cada uno lo suyo» y sólo defiende a todos contra lo injusto o lo ilegal, sea en el consejo previo o al crear la fórmula jurídica".

"Responde ante el Estado que lo invistió, ante todas las partes que intervienen en el acto que confían en su equidad; aquí la consulta sería en diferendo por varias partes, las cuales asignan a su dictamen aquella cualidad - responsabilidad profesional - , y ante su conciencia que «no tiene clientes» sino «comparecientes en pie de igualdad»".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"El abogado en cambio no tiene en su augusto ministerio más que una parte a su cargo (si tiene dos prevarica) y responde ante ella que espera, muchas veces lamentablemente, no la aplicación de la norma justa, sino la solución a sus intereses particulares".

9) DEONTOLOGÍA. Concepto.

Deontología es la ciencia o tratado de los deberes desde un punto de vista empírico.

Jeremías Bentham en su tratado *Science of morality*, publicado en 1834, introdujo para designar, desde el punto de vista empírico, para el estudio de ciertas clases de deberes relativos a estados sociales particulares, el término de deontología. Merece el comentario sistemático de su trayectoria científica destacar que este eminente jurista y filósofo inglés, nacido en Londres en 1748, terminó su carrera de derecho en 1772, y en la práctica de la misma la desilusión causada por lo injusto e inaplicable de alguna de las leyes de su época lo llevaron a la meditación y estudio de sus principios filosóficos que culminaron con la creación de un sistema de legislación racional y humano que denominó utilitarismo.

Además, de la nombrada, motivo de nuestro título, escribió, culminando sus preocupaciones y estudios, las obras que denominó *Introducción a los principios de moral y legislación*, *Tratado de legislación civil y penal*, *Teoría de las penas y las recompensas* y *Ensayo sobre las tácticas de las asambleas legislativas*.

Su escuela del utilitarismo tuvo numerosos adeptos en toda Europa en la primera mitad del siglo XIX. El principio fundamental de todo su sistema moral y político consiste en procurar la mayor felicidad posible para el mayor número de personas, considerando que la felicidad general constituye el objeto único de la moral y el fundamento del derecho.

Nosotros no admitimos en forma absoluta que la felicidad general sea, por consideración inversa de ese pensamiento, la resultante de la aplicación estricta de principios morales y jurídicos. Constituyen tan sólo una parte para su logro y ella condicionada individualmente, con prescindencia total de su actividad específica, a su propia conciencia.

No podemos aún especificar claramente en qué consiste el "utilitarismo", pero si admitimos que consiste en una fuga del ser humano a la arbitrariedad condicionando un sistema regulador de su conducta, se condensará ésta en normas que determinan los modos y las formas que las acciones humanas deben seguir.

Son, según veremos, normas morales que constituidas de conformidad a la teoría del utilitarismo se denominaron de "moralidad positiva", vigentes en una comunidad dada y en determinado momento histórico.

Las normas morales viven difundidas en la conciencia social y por ello encuentran base y sostén en los sentimientos y en las ideas de la comunidad. El profesional, para incluirlo en el estudio que desarrollamos, participa de esa conciencia social que no sólo es de ella su depositario, sino su tutor y defensor, haciendo seguir a su observancia o no un juicio de aprobación o censura. Y este juicio no mira sólo al "acto realizado",

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sino que llega hasta la personalidad, que es la fuente del acto, y sobre todo y principalmente considera al individuo en su intimidad, aprobando o no el acto según se manifiesta en él la buena o mala voluntad, derivada de la intención, del motivo y de todo lo que, en suma, constituye lo "íntimo de la acción".

La investigación deontológica debe, en nuestro estudio quehacer específico del asesoramiento, concentrarse en el sentimiento de justicia que vibra en todo ser humano y que se revela contra aquello que es injusto, ya sea que lo antijurídico provenga de la ley o sea consecuencia de una acción humana.

Este sentimiento, que en su máximo desarrollo debiera ser incontenible, constituye un aspecto particularísimo del derecho que aparece siempre como correlativo, indispensable e inherente a cualquier fenómeno jurídico.

La deontología en este aspecto persigue la determinación de "cómo debe ser el derecho", no conformándose con las normas vigentes que lo condicionan, sino anhelando y promoviendo su mejoramiento. De ahí la tan mentada "magistratura de paz" asignada a los notarios. Su diferenciada función en el permanente esfuerzo de superación se caracteriza o debiera caracterizarse por su altruismo conducente al progreso social. Así la mayoría de las veces su consulta es desinteresada, no exige la contraprestación del honorario y se encamina desinteresadamente a la tutela de los intereses confiados, como "una obligación íntima" prometida en su juramento de actuación profesional.

Consideramos aquí oportuno reproducir las consideraciones de Vaz Ferreira transcritas por Rufino Larraud(24)(369) y las conclusiones que en base a las mismas arriba éste, cuando dice: "que los estudios de derecho ejercen una influencia perjudicial, pues tienden a hacer espíritus formalistas, fuera de la realidad; a formar mentalidades acostumbradas a dar inmensa importancia a las cuestiones de palabras, a las fórmulas, a las abstracciones y las deducciones". Y acota: "Aun es posible agregar que independientemente de esta especie de deformación profesional del jurista, que puede conducirlo por un camino extraviado hacia un objetivo opuesto al que señalan los fines propios de su menester, debemos admitir - aquí reproduciendo nuestras propias reflexiones - la humana posibilidad de que el individuo, por simple flaqueza de espíritu "no sepa estar en el plano ético a la altura de su misión".

Continúa: "Nada de esto autoriza a pensar que existe una moral del escribano, distinta de la del resto de los individuos: los deberes generales alcanzan al notario como al común de los hombres; aunque él tiene por consecuencia de su actividad particular deberes que se agregan a los de la moral general, además de que ésta lo obliga más severamente porque - como universitario - se le suponen una cultura y una educación que le exigen un concepto más riguroso de la propia responsabilidad".

Sería inagotable el tema de "ese tratado de los deberes" que comportan la deontología y que aplicada a la profesión notarial, dada su antigüedad,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no hace variar sino actualizar el concepto de su necesaria ilustración e imparcialidad acordes con la eficacia de sus postulados. De entre las consideraciones que merece el profesional y su función, anotamos de un pionero tratadista, J. J. Hall, de su mencionada obra El notariado: Cualidades que deben adornar al notario.

- 1° Ciencia y práctica para desempeñar con acierto su misión;
- 2° Verdad en todo cuanto se relacione con los hechos y actos de que da fe.
- 3° Reserva de los negocios secretos que se le confíen;
- 4° Pureza de estilo para acomodar el lenguaje a los instrumentos públicos;
- 5° Imparcialidad para tratar con iguales consideraciones a cuantos se presenten en su despacho y en todos los negocios que intervenga;
- 6° Hábito y amor al trabajo, que no degeneren en ambición;
- 7° Compañerismo para con sus demás compañeros que le hagan obtener el aprecio de los mismos.
- 8° Desinterés en el cobro de honorarios, pero sin abandono, en perjuicio suyo y de sus compañeros.

A poco de analizar estos postulados, vemos que a pesar del tiempo de su formulación permanecen actuales y constituyen el cotidiano bregar de los colegios notariales en pro de la jerarquización y consideración general de la sociedad en la que y para lo cual el notario actúa.

10) REGLAS NORMATIVAS DE CONDUCTA.

Consideramos indispensable para lograr la verdadera ubicación del profesional frente a su cliente en la asistencia asesora para la solución del problema jurídico que éste le presente, no solamente su erudición sino - y muy especialmente - sus condiciones morales, rectoras de su conciencia y determinantes de su conducta recta y justa respondiendo a la clásica fórmula de "a su leal saber y entender".

Debemos por lo tanto, aunque someramente y sin querer incursionar en el frondoso y discutible campo filosófico, explicar en qué consisten esos atributos subjetivos, de carácter moral, que unidos a los objetivos, físico - intelectuales, concluirán determinando la cúspide de nuestro estudio: la indispensable conciencia profesional.

a) Conducta:

En el lenguaje corriente entendemos por "conducta" el comportamiento, forma o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones. Para nosotros este concepto corriente y general cede a una subdivisión al adecuar la conducta humana al conocimiento y aplicación de los principios jurídicos, es decir, establecer la vinculación que existe entre la conducta del jurista - el asesor en la consulta - y el objeto de la ciencia del derecho a la que deberá recurrir para la resolución del caso planteado.

Anticipamos nuestra necesaria incursión en el terreno filosófico, para el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tema del material de que el jurista debe valerse, desde que nos introduce en la consideración de algunos principios rectores, base de una larga controversia investigadora que ha dado origen a numerosas teorías.

Nuestra pretensión, atendiendo a lo modesto de los conocimientos en la materia, será la de seguir una definición del gran filósofo y escritor español Ortega y Gasset, en su aforismo: "La claridad es la cortesía del filósofo". No nos queda, por otra parte, otro recurso que el de la exposición clara, no como cortesía, sino que la profundización del tema desde ese punto desvirtuaría un tanto el propósito fundamental de nuestro estudio, transformándolo en la confrontación de las distintas escuelas filosóficas, cuando en realidad nos proponemos rozar el tema en lo estrictamente necesario para la comprensión general buscada.

Giorgio Del Vecchio, eminente jurista e investigador filosófico, en su proposición de la Teoría general de la ciencia jurídica introdujo el criticismo kantiano, en cuanto a la conducta humana en los actos que la determinan conformando una "categoría" del obrar que, al correlacionarla, los interfiere de tal manera que divide tales acciones humanas.

Estas acciones correlacionadas, en su concepto pueden efectuarse de dos maneras:

1) Como una correlación o interferencia subjetiva: Modo subjetivo y unilateral de conceptuar y valorar la conducta humana como quehacer propio de la moral. De esta manera, todo sujeto puede decidirse eligiendo una entre varias acciones posibles de realizar, es decir, apelando a su conciencia, que por reflexión le dirá lo que se debe o no se debe hacer. Aquí el hombre ha de considerarse como ser racional y, por lo tanto, capaz de discernir entre el bien y el mal.

2) Como una correlación o interferencia intersubjetiva: O sea, según el autor, la forma bilateral de comprender la conducta humana, propia y privativa, del derecho. Contrapone la acción realizada por un sujeto con la que hubiera podido éste u otra persona realizar. Así, cuando se afirma que determinada acción humana es jurídicamente permitida, por implicancia se está asintiendo que otros sujetos no pueden impedirlo. Es decir, condiciona la acción a la validez legal de ella, compatible con la ley que la autoriza, y que por ende no prohíbe. *Legem sibi statuere*: imponerse una obligación, una ley, un deber; por oposición a *lege agere in aliquem*: obrar contra alguno según ley o derecho(25)(370).

Carlos Cossio ha conferido contemporáneamente a la conducta humana, como objeto permanente del conocimiento jurídico, su carácter esencial; concluyendo este jusfilósofo argentino en su Teoría egológica (de ego: yo), que la conducta entendida en su libertad metafísica es el verdadero objeto de la ciencia del derecho.

No podemos prescindir, conforme a nuestra promesa, evitar totalmente el análisis, aunque en forma superficial, del concepto filosófico, para continuar con el estudio teórico de la conducta desde este punto de observación; pero sí lo haremos ante la realidad perceptible: la naturaleza por un lado, y la cultura por otro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El hombre actúa y se defiende ante la naturaleza obrando biológicamente: es la razón de su existencia física. No obstante, provisto de inteligencia a diferencia de las otras especies vivientes, actúa bajo la presión de valores espirituales, que solicitan y gobiernan su intelecto, superando su vida natural para penetrar en el infinito e inconmensurable mundo de la cultura. Esta nace con la observación, reacciona frente a los fenómenos físicos, intriga por sus conclusiones y somete al sujeto experimentador en el mundo de la duda o de la conformidad, apelando a sus recursos inteligentes para la explicación científica de los mismos, formulando como resultado de ello, reglas, modos, métodos y leyes.

Se dirá que ubicamos al hombre frente a los hechos naturales y que por lo tanto su plano de orientación es el biológico, ajeno a nuestro propósito; pero es que su naturaleza es inseparable de su condición de ser pensante, y por lo tanto se da la doble relación: física u objetiva, y moral o subjetiva.

Se tiene la primera cuando existe un vínculo de dependencia que liga la acción o inacción a la resultante física del hombre; en cambio, la segunda proviene sólo de la autoría material del hecho de ese hombre, ejecutando, en razón de su discernimiento, libertad e intención, pudiendo, según sus estados de conciencia, realizarlo o evitarlo, según los elementos formativos de su conducta.

Wilhelm Dilthey(26)(371) filósofo alemán, profesor de las universidades de Basilea, Breslau y Berlín, que definió la filosofía como la ciencia del espíritu, basó ésta en la intuición y en la experiencia frente a la ley de causalidad de las ciencias cosmológicas.

El hombre, dijo, es por esencia histórico, y no podemos interpretarlo desde el punto de vista de la humanidad como unidad real; su método se basa en la comprensión, de ahí que su lema era el de "la naturaleza se explica, lo espiritual se comprende".

El derecho es una de esas formas de vida que sistematizan la conducta de estructuración interna basada en pensamientos normativos, entre los que surgen las normas jurídicas, cuyas prescripciones las dividirán conforme a sus acciones en: permitidas, exigidas o prohibidas; en definitiva, un sistema de conducta humana.

b) Comportamiento.

Comportamiento(27)(372) es un término recientemente introducido en la lengua filosófica para designar el objeto de la "psicología de reacción", llamada comúnmente y con términos impropios "psicología colectiva".

El comportamiento de un ser es el conjunto de las reacciones globales de su organismo; tanto de las comunes a la especie como de las particulares del individuo, según Claparede, mencionado en la obra remitida. El sentido dado por este autor a conducta es un poco estrecho. Y lo es, por cuanto existen conductas que no son exclusivamente individuales.

Esto nos decide a participar de la idea de que comportamiento se extiende más lejos que conducta; ejemplo de ello lo daría el movimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los insectos atraídos por la luz, etc. Es sobre todo un término técnico lo que hace que el empleo amplio de la palabra conducta no tenga nada de chocante. Es en todo caso el que mejor conviene desde el punto de vista de las distinciones fundadas sobre el predominio de ciertas acciones particulares. Esto explica que haya conductas de espera, conductas de triunfo, etc.

Daniel Lagache (28)(373) en su curso sobre "La conducta humana", dictado en la Sorbona, 1948/49, criticó todas las distinciones hechas entre conducta y comportamiento, y sólo tomó en cuenta al primero de los términos.

En conducta hay siempre un matiz que viene del sentido primitivo de "conducir": gobernar, dirigir, conductor, la conducción de un negocio, de una demostración; "Tener conducta" es gobernarse, no dejarse llevar por sus instintos o sus impulsos; la "inconducta" es propiamente la ausencia de la dirección de sí mismo.

III. RESPONSABILIDAD

La responsabilidad puede definirse "como la obligación en que se encuentra un agente de responder de sus actos o abstenciones y de sufrir las consecuencias de los mismos", según F. Dubás en su tratado La responsabilité notariale.

Es decir, que para responder por tales hechos o sus consecuencias no podemos prescindir de la noción de culpa, que constituye el elemento indispensable para determinar la responsabilidad y sus distintos grados o calificaciones.

A pesar de ello, Castán Tobeñas en su obra Hacia un nuevo derecho civil ensaya la teoría de que la responsabilidad sin culpa puede ser objeto de algunas aplicaciones concretas, sin perjuicio de mantener como básico el principio de la esencialidad de la culpa. Tal vez este ensayo sirviera para ubicar en alguna manera la difícil prueba de la responsabilidad en el asesoramiento.

Muchos tratadistas españoles, entre ellos Borrel Maciá, adhirieron a los fundamentos del maestro mencionado nutriendo la jurisprudencia con numerosos casos especiales de reconocimiento de la responsabilidad sin culpa.

La idea de la responsabilidad personal en nuestro particular caso de estudio - el asesoramiento - , aun a fuerza de insistir en ello, nace y corresponde a la conciencia ética, aunque se nos diga que para la sanción jurídica se requiera, por lo menos, cierta objetivación que haga posible la sanción resarcitoria.

La responsabilidad civil desde el tradicional derecho romano ha descansado sobre el principio tradicional de la culpa; ésta en el doble sentido ético, como ya lo hemos destacado; y en el jurídico, como consecuencia inevitable de aquél.

Según nuestro Código Civil, no puede condenarse a una persona a reparar un daño si a la misma no le es imputable un acto ilícito que dé

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lugar a la sanción, es decir, se requerirá conforme al doble sentido apuntado: como elemento ético, la subjetivación del inculpado; y como jurídico, la objetivación de la ley.

Concluimos: Para que exista responsabilidad es necesario entonces: que exista un hecho jurídico; y que se produzca el presupuesto causal o generador de la responsabilidad legal, esto es, el hecho jurídico señalado por la ley.

El presupuesto es un acto - (hecho positivo) - o una abstención - (hecho negativo) - .

La existencia del hecho indicado por la norma positiva es esencial condición sine qua non para la existencia misma de la responsabilidad. Según esto, nadie puede ser responsabilizado si no ha ocurrido el acto o la abstención previstos, según el caso, por la ley.

Para el encuadre de la disposición legal que corresponda aplicar, deberán prevalecer los criterios de apreciación que podrán ser: objetivos o subjetivos, ello teniendo en cuenta lo disperso de las citadas disposiciones y lo impreciso de las mismas, ya que, en la mayoría de los casos, los escribanos caen en la órbita del derecho común por ausencia de una norma precisa que califique su actuación contenida en las leyes especiales de represión.

Criterio objetivo: En la apreciación objetiva se tiene en cuenta el hecho en sí mismo, por su mera existencia o realización con prescindencia de factores volitivos. En principio dicho criterio prevalece en los actos ilícitos. En éstos el escribano es responsable por la simple existencia objetiva del hecho (acto o abstención).

Criterio subjetivo: En la apreciación subjetiva del presupuesto causal se toman en cuenta factores volitivos y, muchas veces, la particular conducta observada por el profesional actuante.

Como regla general, la calificación, la naturaleza jurídica de la responsabilidad notarial por actuaciones protocolares o extraprotocolares se ubica dentro de la trilogía clásica de responsabilidad disciplinaria, civil y penal.

De ello se sigue que el alcance de la responsabilidad puede afectar al profesional en sus bienes, en su investidura o en su persona. Es decir, puede recaer sobre el patrimonio (mediante sanciones pecuniarias); sobre la actividad funcional (mediante suspensiones, inhabilitaciones, etc.); y por último, sobre su persona, privándolo de la libertad individual (mediante arresto o prisión).

Por lo expuesto surge que la inobservancia o violación de una norma o regla legal, como consecuencia jurídica, da lugar a una sanción disciplinaria civil o penal para el transgresor. Este resulta pasible de ellas en virtud de la responsabilidad que le cabe por la comisión u omisión del hecho determinante. Al respecto decía Sanahuja que "la responsabilidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es la atribución de la consecuencia jurídica coactiva, producida por la inobservancia de la conducta debida". (Cita de la obra de Larraud).

La mayor responsabilidad que como transgresor a la norma o regla jurídica le cabría al escribano surge de la importancia que en razón de su cargo o funciones le son atribuidas por las leyes y el Estado; de ahí que sus faltas o transgresiones adquieran mayor gravedad que si en el mismo orden fueron cometidas por otros profesionales.

La Conclusión terminante es la de que: a mayor importancia de poderes, jerarquía y atribuciones conferidos, corresponde mayor severidad en el régimen de responsabilidad y, consecuente con ella, la aplicación de la sanción ejemplarizadora o resarcitoria en su caso.

En este orden de ideas, si se tratare de la responsabilidad civil, la violación de la norma determinante obliga a la reparación del perjuicio causado a un sujeto de derecho por la vía de la indemnización.

La responsabilidad penal se redime por la sanción privativa de la libertad con la imposición de la pena aplicable según la gravedad del hecho cometido.

La responsabilidad fiscal - propia y característica del escribano en razón de sus funciones - combina el doble aspecto de las dos anteriores : es civil, en cuanto a la indemnización (repetición y multa); y es penal, cuando la violación de la norma configurare dolo.

Continuando con el análisis de la responsabilidad y limitándola a la esfera civil conforme al presupuesto principal de nuestro tema, agregaremos que entre sus principios ella contiene el de los "efectos principales anormales de las obligaciones", como lo sostiene Boffi Boggero; aunque generalmente al hablarse de los efectos de las obligaciones contractuales en la dimensión particularizada del artículo 505 del Código Civil. La norma que éste contiene va más allá en sus efectos derivados, digamos de un acto jurídico, voluntario, lícito o de una abstención privada lícita si no de las que surgen de otras fuentes legales, como por ejemplo la obligación genérica cuyo contenido, aplicable al estudio que realizamos, sería la de no hacer daño al prójimo y cuya transgresión daría lugar a la comisión de delitos o cuasidelitos, según hubiere dolo o culpa en el agente agresor.

La responsabilidad civil, conforme a la sistematización de las obligaciones así concebidas, admite la clásica división de "contractual" y "extracontractual". Ambas tienen un elemento común: la indemnización. En la segunda, extracontractual, ubicamos la responsabilidad derivada del asesoramiento, constituida por la violación de un deber de carácter general e indeterminado, y al respecto Alberto G. Spota(29)(374) afirma que "el damnificado por el hecho u omisión de un escribano en el ejercicio de sus funciones, puede optar por solicitar el resarcimiento por incumplimiento de contrato o por aplicación de los principios de la responsabilidad extracontractual".

La responsabilidad tiene relación íntima con la culpa, cuyos principios vinculados a la conducta indebida, y con ella a la imputabilidad, es graduable si en materia de asesoramiento o consejo se trata - "culpa in

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eligendo" o "culpa in vigilando".

Su determinación, de difícil prueba, se configuraría por la falta de asistencia técnica debida, acorde con los conocimientos que al asesor, en este caso el escribano, se le atribuyen como "profesional del derecho", y como tal prudente y cuidadoso de sus obligaciones.

En esta actividad específica profesional, la del asesoramiento, y a los efectos de determinar su responsabilidad civil, ¿se regirá ésta por los principios de la responsabilidad aquiliana, o corresponderá ubicarla en la responsabilidad típicamente contractual? Nos formulamos esta pregunta porque bien podría considerarse el asesoramiento a este respecto, como el requerimiento contractual tácito para la resolución y tratamiento previo de un hecho jurídico negocial, que luego se materializaría documentalmente.

Si por el contrario, la relación profesional - cliente se considerase extracontractual, nos ubicaríamos decididamente en la responsabilidad aquiliana, y consecuente con ella la culpa.

En este último caso, la culpa incide directamente sobre el acto culpable, que tiene su origen en la impericia, la negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier intención o voluntad dolosa. Es decir: la culpa cuasidelictual significa la imprevisión de un acontecimiento eventual, que siendo perfectamente previsible en el momento en que se manifiesta la voluntad del agente que lo comete, pudo evitarlo poniendo el debido cuidado, diligencia y pericia acorde con sus conocimientos en la materia.

Para Colombo(30)(375) la noción de cuasidelito está íntimamente ligada a la idea de culpa, si bien ésta se halla despojada de toda intención tendiente a ocasionar un perjuicio, y así la define como "La violación dañosa del derecho ajeno, cometido con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse". Para nuestro estudio y aplicando la noción de cuasidelito en el asesoramiento profesional, convendría la definición de Giorgi para quien "Es en sentido general cualquier violación de una obligación jurídica, incluso la violación dolosa. En sentido más restringido excluye al dolo, significando comisión voluntaria de negligencia por lo cual, no previendo las consecuencias ilícitas de una acción u omisión, violamos inadvertidamente nuestro deber jurídico".

La culpa en este caso se manifestaría característicamente por la imputación a una persona por hechos que nada tienen que ver con "un acuerdo de voluntades", y entonces, volviendo a Colombo, definiríamos la culpa aquiliana como "la violación del derecho ajeno cometido por negligencia del agente fuera de toda relación convencional y que trae como consecuencia para el mismo la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado".

Para graduar el perjuicio indemnizable conforme al comentario del art. 512 del Código Civil - De la naturaleza de las obligaciones -, por Baldomero Llerena(31)(376), "El grado de responsabilidad en la falta de cumplimiento de las obligaciones es una cuestión de hecho, que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplica a toda clase de obligaciones". Éste constituye una regla explicada por el codificador en la nota del citado artículo aplicable a toda clase de obligaciones, sea que se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer, o que se trate de obligaciones que nacen de las convenciones, de los delitos o de los cuasidelitos.

1) DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA ESFERA NOTARIAL

Rayces, en su trabajo Responsabilidad de los escribanos, al analizar las disposiciones del título de las escrituras públicas que contiene la legislación vigente, sostiene que ella no responde a una "idea integral de la función de los notarios", y que entre sus obligaciones considera primordiales las que se "derivan de la esencia misma de sus funciones", tales como "tomar las medidas de previsión", tendientes a asegurar "la validez del acto" o ilustrar a las partes sobre las consecuencias de sus compromisos. Lo contrario traería como consecuencia de su irregularidad una constante amenaza para la seguridad de las transacciones. La fe de los pactos y la estabilidad de los derechos.

La doctrina y la jurisprudencia no son uniformes respecto a las características del "funcionamiento notarial" en cuanto a sus actividades protectoras de los derechos y obligaciones de las partes mediante el asesoramiento previo de las mismas, o si por el contrario su actitud es meramente pasiva y limitada a la redacción documental que se le proponga, encuadrándola dentro de las disposiciones legales pertinentes, sin intervención alguna voluntaria para la adecuación de la mejor solución que convenga a las mismas⁽³²⁾⁽³⁷⁷⁾.

Dada la importancia jurídica del ejercicio de su profesión, la actividad del escribano está rodeada en nuestra legislación de condiciones y normas mucho más rigurosas que las de otras actividades profesionales. Conforme a las teorías modernas que en materia de responsabilidad ha elaborado preferentemente la doctrina francesa, se tiene en cuenta para su aplicación el estudio de la naturaleza jurídica de la función notarial; y aquí será preciso destacar si se lo considera un "funcionario público" o un profesional liberal. En consideración ambos aspectos, las fuentes de la responsabilidad notarial pueden hallarse: a) en derecho privado (responsabilidad civil como profesional libre); o b) en derecho público (responsabilidad hacia el Estado: disciplinaria, administrativa y penal).

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad notarial, el escribano puede responder:

- a) Frente a su cliente, de acuerdo a las normas de la responsabilidad contractual, o a las de responsabilidad aquiliana, según el arbitrio de este último, como ya hemos visto;
- b) Frente al co - contratante, no cliente, según los principios de la responsabilidad "extracontractual"; y
- c) Frente a terceros no intervinientes en el acto, su responsabilidad será también, según los casos, de naturaleza "extracontractual" o aquiliana (por cuasi delitos).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Resulta la aplicación de las diversas normas jurídicas, según que en el ejercicio profesional el escribano realice hechos o actos perjudiciales:

- 1) Del orden jurídico de la sociedad (responsabilidad penal).
- 2) Violatorios de los deberes impuestos por su legislación orgánica (responsabilidad disciplinaria).
- 3) Los que lesionan el interés de los particulares o del Estado, cuando éste actúa en su esfera puramente patrimonial (responsabilidad civil) .

Ubicados en la esfera penal, las figuras delictivas propias de sanción serían someramente: falsificación documentaria; falsedad ideológica; violación de sellos; estafa y apropiación indebida de valores; violación del secreto profesional, etc.

En lo que respecta a la responsabilidad disciplinaria, diremos que ella nace con el incumplimiento de deberes individuales dentro de la profesión y extra profesionales. Entre los primeros se comprenden los deberes morales que pueden existir hacia la sociedad, hacia los clientes y hacia los colegas.

Los deberes morales, salvo los de la conciencia, no tienen sanción disciplinaria y constituyen el deber de probidad e integridad incorruptible, exactitud o asiduidad en el ejercicio profesional: conducta moral, respeto a la ley.

La responsabilidad civil deriva en la mayoría de los casos en la penal, como consecuencia de aquélla, y actúa por la vía de la indemnización. Puede existir hacia el Estado por incumplimiento de leyes fiscales.

En cuanto a la materia especial de nuestro estudio, puede dar lugar a su aplicación por incumplimiento del deber de consejo, de las obligaciones de mandatario, de gestor de negocios o depositario; de la negativa de autorizar actos lícitos y de la aceptación de hacerlo con los ilícitos(33)(378).

Prescindiendo de la responsabilidad con características que la ubican dentro de la órbita del derecho y por éste de la imputabilidad castigada por el delito configurativo, en lo aplicable a la materia del asesoramiento, ante la imposibilidad en la mayoría de los casos de reputar culpable o sancionable como agente causante del daño por falta de los medios eficaces de prueba al escribano consultor, nos queda para nuestro supuesto que la responsabilidad en el sentido psicológico y moral de la palabra es anterior al sentido social, civil o penal.

Dicho en otras palabras, la responsabilidad es la solidaridad de la persona humana con sus actos, condición previa de toda obligación real o jurídica.

2) CULPA. IMPUTABILIDAD.

Como veremos más adelante al analizar, aunque someramente, el cuasidelito en la tarea de asesoramiento, lo que entenderíamos por culpa, en el supuesto que el dictamen causare directa o indirectamente por error o negligencia un daño, estaríamos en el concepto general del acto ilícito, de realización común si nos atenemos al avance del hombre en la época actual sobre el concepto moral y cultural.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La idea de culpa, elemento sustancial, común en muchas legislaciones, inclusive en la nuestra, la ubica como primera causa para cualquier supuesto de su consiguiente responsabilidad.

Si la culpa entonces es la base sobre la que recae la responsabilidad, admitiendo su origen en una conducta libre y voluntaria, requiere además el elemento de la capacidad del sujeto actor, su discernimiento e intención. Si el sujeto no discierne no puede, por lo tanto, evitar la inejecución ni prever las consecuencias de sus actos o deberes; así como también si carece de intención y libertad por obrar compelido, coaccionado u obligado física o moralmente a realizar una acción no querida. En nuestro supuesto, obligado a dar consejo o producir dictamen en contra de sus convicciones libremente determinadas, moral e intelectualmente.

Dice al respecto nuestro Código Civil en su art. 900: "Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna" y Vélez Sársfield en su nota al correlacionarlo con el código de Prusia y los tratadistas Freitas y Maynz destaca que "El elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito". De ahí que si el asesor no se encontrare en tales circunstancias en el momento de producir su dictamen actuaría con razón, discernimiento y libertad, y no hallándose tampoco coaccionado incurriría en culpa al no concentrar toda su atención jurídicomoral o realizar con la debida diligencia su cometido, evitando así resultados contrarios a su propósito o antijurídicos por el hecho de su acción.

La ley exige para la imputabilidad consecuente de culpa, en la realización del acto ilícito, el discernimiento del agente, no la plena capacidad de hecho como lo requiere para los actos jurídicos - mayoría de edad, por ejemplo -, sino la necesaria para la distinción entre lo lícito y lo ilícito. Esta distinción reposa en el discernimiento, y el sujeto está en condiciones de hacerlo desde los 10 años de edad, conforme a lo estatuido por el Código Civil en su art. 921.

La ley ha querido entonces, con miras a la protección de terceros, determinar la capacidad de hecho, suponiendo en el individuo el uso de una razón común apta para diferenciar lo bueno de lo malo, y la capacidad de derecho para el enjuiciamiento de lo conveniente o inconveniente de sus actos jurídicos. La doble capacidad jurídica asignada al asesor lo ubica en la decisión entre lo bueno y lo malo, lo acertado o equivocado, justo o injusto, conveniente o inconveniente de su consejo.

Como nuestro Código no admite la diferenciación de la culpa en grados, cualquiera fuere el error en que incurriere el autor del hecho en la imprevisión de sus consecuencias lo pondrá en la obligación del resarcimiento por el daño causado injustamente a terceros; y si su intención fuere la de dañar, estaríamos entonces frente al dolo con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

características punibles de mayor gravedad.

El asesor deberá hacer prevalecer sus cualidades personales para que la culpa en que incurriere se conceptúe dentro del orden subjetivo. Si para él la culpa es la omisión de la diligencia necesaria para prever o evitar la ejecución de un acto delictivo, ¿cuál será el criterio para determinar la incorrecta o improcedente diligencia? Este es evidentemente nuestro problema por la dificultad que entraña la prueba de su errónea elección causante del daño y de su imputabilidad.

Dice el art. 512 del Código Civil: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación (en nuestro caso el asesor obligado al resarcimiento por culpa) consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Cabe aquí aplicar los adjetivos característicos del "pater - familias" de los romanos, o los del código alemán y de la doctrina francesa cuando califican al "hombre prudente y previsora u hombre normal dentro de la sociedad imperante". De todas maneras haciendo prevalecer el criterio razonable dentro de lo que aconsejare la sana lógica.

La nota de este artículo es explicativa en cuanto a la innecesaria graduación de la culpa, desde que la misma será en definitiva de apreciación judicial, sin que priven para ello disposiciones que limiten su gravedad. Así las Leyes de Partidas reconocían tres especies de culpa: grave, leve y levísima; el derecho romano tan sólo las dos primeras. Se tomaba, siempre siguiendo la nota, para la graduación de las culpas la conducta del buen padre de familia más o menos diligente. Como sutilmente coligió Vélez, toda esta ciencia de nada servía al juez cuando en los juicios era preciso aplicarla, que al decir de Barbeyrac "La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario, a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cual es el interés de las partes, cual ha sido su intención al obligarse, cuales son las circunstancias del caso". Y prosigue: "Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad".

Tal vez nos convendría ubicarnos en la posición del juez para la consideración del asesor como tal, cuando decide con su sapiencia y consejo sobre la base del discernimiento adecuado para el logro de la fórmula acertada de la consulta. Es decir, deberá ante todo apelar en principio a su conciencia profesional.

Acallará su voz, si producido el dictamen o asesoramiento, que íntimamente juzgó equivocado, no produjo daño, es decir, no se dio la condición esencial del acto ilícito, o como señala Salvat (34)(379) : 1° Que haya daño causado. (Art. 1067 del Código Civil). 2° Que al actor del hecho se le pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

Nosotros pensamos que el daño puede o no ser perceptible, pero ello no exime de culpa a quien potencialmente pudo producirlo, pues bien pudo incurrirse en culpa sin causar daño a nadie. Pudo aconsejarse en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinado momento realizar una operación inmobiliaria que, de hacerse inmediatamente, ocasionaría, por el estado de la plaza, un quebranto económico al aconsejado; pero circunstancias ajenas por el transcurso del tiempo o de una eventualidad fortuita, el perjuicio potencial se transformó en beneficio. No lo decidió en su época así el consejo, la culpa se hubiera evidenciado y el daño consecuente también. Pero conforme a nuestro derecho: si hay hecho ilícito sin daño, el resarcimiento del mismo es improcedente.

Hemos mencionado el art. 1067 del Cód. Civil, según el cual "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código si no hubiese daño causado y sin que a sus agentes (asesor en nuestro estudio) se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia". No siendo el agente punible no es por lo tanto susceptible de sanción, carente en consecuencia de responsabilidad, por lo que deducimos que el acto ilícito puede no ser punible, y al no serlo no dar lugar a la obligación resarcitoria por la inexistencia de un dato cierto.

Así las cosas, si el daño es consecuencia de la responsabilidad o su condición determinante, no lo sería en este caso el del acto ilícito que lo causa, desde que no da lugar a la sanción condenatoria.

Puede el asesor, por vía de ejemplo, aconsejar a su cliente que transite sin autorización por una parte de un predio ajeno (lo que legalmente le sería dado realizar válidamente con una servidumbre de paso) y este hecho pasar inadvertido por el propietario del fundo o simplemente consentirlo, sin oponer acción alguna, pero bien pudo ejercer las acciones legales procedentes para impedirlo. Es decir que aunque la invasión de su propiedad se realizare sin daño, la conducta del vecino importa la comisión de un acto ilícito. Ilícitud que le ha sido aconsejada por el asesor, que potencialmente pudo hacerlo pasible del resarcimiento de un daño.

3) REPARACIÓN DEL DAÑO. Conceptos.

Respecto del notario, las disposiciones de la ley que le son aplicables en razón de su función, y que más adelante analizaremos, preceptúan en términos generales que la menor imprudencia, negligencia o inatención comprometen su responsabilidad en el supuesto de haberse producido un daño por tales causas; y en alguna de ellas no se limitan a disponer una sanción contra el autor, sino que formulan a la vez una indicación a proceder correctamente, so pena de soportar las consecuencias de sus actos: es un llamado preventivo atento a su condición de funcionario y más aún de protección social, apoyando el principio de la invulnerabilidad del cargo.

La responsabilidad fundada sobre la culpa tiene, como ya hemos visto, la característica peculiar de hacer eco a la libertad humana, mantener en el hombre la conciencia de su interés primordial en usar bien de esta libertad - como reiteradamente lo hemos postulado - , y hacerle sufrir las sanciones en que incurre cuando la ejerce indebidamente, mal, con negligencia o en forma imprudente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por el contrario, si su comportamiento es diligente, su actitud mesurada y cuerda, no incurre en culpa; pero, no obstante, actúa con responsabilidad sin ser por ello punible.

Este razonamiento nos lleva a la conclusión de que sólo en los casos en que al sujeto puede imputársele error, negligencia o inconducta, cualquiera sea su grado, habrá imputabilidad y la consecuente reparación debiendo la víctima de ello cargar con los perjuicios. Mas no es así en forma absoluta, como a continuación veremos.

Para nuestro sujeto, el escribano, el sentimiento de justicia, que exige para ella cuando es inocente una compensación a su infortunio, protesta por aquella solución, y al margen de la culpa, fuente de su responsabilidad, busca otra causa para legitimar una equitativa distribución del daño, y si bien de acuerdo a su conciencia nada le sea imputable, pudo inadvertidamente con su comportamiento, aun escapando a la noción de ilicitud, incurrir en falta que lo obligue, no obstante, a responder aunque sea en parte por el detrimento causado.

La doctrina actual parece uniformarse en el criterio afirmativo, aceptando que cada vez que se produzca un daño por causa de haberse introducido en el medio social "un factor anormal", dentro del cual puede muy bien ubicarse el asesoramiento notarial, para la seguridad de sus miembros, está obligado a reparar las consecuencias perjudiciales.

El problema de la reparación del daño, en nuestro caso admitiendo lo difícil de la prueba de su imputación, debe contemplarse en un doble aspecto: uno, más amplio y de características comunes, el de la responsabilidad; y otro, más reducido, pero de singular importancia dada la jerarquía del transgresor, el de la obligación de indemnizar, aun sin necesidad de culpa probada o presunta.

En el primer supuesto impera la situación de culpa, que para el asesoramiento deberá entenderse como un comportamiento reprochable, que obliga "conscientemente" al autor del acto dañoso a reparar sus consecuencias, por leve que sea la falta. Así lo requiere su cargo y la seguridad que representan para el Estado y la sociedad a la que sirve la rectitud de sus proceder.

En el segundo caso, complementario de aquél, la noción objetiva del "deber de resarcimiento", independiente de toda noción de culpa, aplicable a los únicos supuestos de daños producidos por uno o varios elementos anormales o involuntarios de la actividad, se impone de igual manera por las mismas razones de seguridad social.

En ambos supuestos mantendrá el escribano su responsabilidad a la altura de un concepto de contenido ético, indispensable al ejercicio de su quehacer específico dentro del derecho y del que no puede desprenderse sin traicionar su conciencia jurídicoprofesional.

No obstante, y en salvaguardia de los principios rectores de la conducta profesional de nuestro asesor, existen elementos conciliatorios de su conciencia que atemperan el rigorismo antes dicho.

Dentro de los innumerables problemas generados por la vasta y difícil materia de la responsabilidad extracontractual, tal como lo supondría el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asesoramiento, el referente a la medida y procedencia de la obligación de la reparación del daño o su resarcimiento a cargo del autor del hecho ilícito, ha constituido y constituye la preocupación constante de los juristas.

La medida de la obligación puede darse en extensión o en profundidad, es decir, puede referirse a los daños indemnizables o a la o las personas con derecho a demandar la reparación por su causa.

Si se admitiese lisa y llanamente que la obligación del responsable consiste en la "reparación total del daño inferido a quien quiera que lo haya padecido", podría darse el caso muchas veces que la verdadera víctima sería el lesionado - aquí el asesor - y no el lesionado, que aprovecharía las circunstancias antes expuestas de su expectabilidad social para presionar sobre él moralmente creándole supuestos cargos de conciencia, que incidirían extorsivamente sobre su patrimonio moral y económico.

Tal vez obedezcan a estos considerandos la ausencia de una legislación más precisa sobre el particular, ya que ni lógica, jurídica o moralmente podrían admitirse tales supuestos de manera absoluta e indiscriminada, puesto que si la ejecución del hecho ilícito por parte del actor causara una perturbación del orden social, asumirían el mismo carácter las del lesionado frustrando el destino armonizador del derecho.

4) RESPONSABILIDAD NOTARIAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.

Después de haber esbozado muy someramente de entre el quehacer notarial la tarea específica del asesoramiento y la responsabilidad proveniente del mismo, aplicaremos esos principios al análisis de las disposiciones respectivas contenidas en la legislación argentina, especialmente en el Código Civil y en las leyes orgánicas de reglamentación profesional, incluyendo el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, Comenzando por las normas contenidas en el Código Civil argentino, el instituto legal de la responsabilidad se halla consagrado por el art. 1109, que al respecto dispone: "Todo el que ejecute un hecho que, por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio.. ". Este principio es de jurisprudencia universal, generalmente aceptado por todos los códigos y autores. Directamente relacionado con él juegan las disposiciones del art. 1112 que dice: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

Para la aplicación de la sanción derivada del incumplimiento por vía de indemnización, dispone el art. 520: "En el resarcimiento de los daños e intereses, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación".

Conforme a la doctrina y jurisprudencia actual, el resarcimiento comprende la indemnización únicamente por los daños intrínsecos, pero no los extrínsecos o accidentales, es decir, los que se refieren a una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cosa determinada, materia del contrato, y no los derivados de ella o de otros bienes como consecuencia de la inejecución de la obligación. La causa deberá ser inmediata y necesaria, entendiéndose por inmediata la que no admite otra intermedia; y necesaria, la inevitable.

La regla para la determinación del quantum de los daños y perjuicios es de aplicación directa por el juez, conforme a los hechos y circunstancias de su apreciación.

La responsabilidad civil deberá acreditarse para la determinación de la culpa y graduación de la imputabilidad ante los tribunales competentes, con fundamentos sobre el derecho y el hecho o acto concreto determinante, con la intervención previa del Tribunal de Superintendencia y del Colegio de Escribanos en virtud de lo dispuesto por la ley 12990, y sus modificaciones por la 14054, si se tratare de su aplicación en jurisdicción de la Capital Federal y territorios nacionales, disponiendo al respecto la citada ley 12990 en su Sección 3ª Gobierno y disciplina del notariado. Capítulo I. Responsabilidad de los escribanos. Artículo 28: "La responsabilidad de los escribanos por mal desempeño de sus funciones profesionales es de cuatro clases: a) Administrativa, b) Civil; c) Penal; d) Profesional". Artículo 30: "La responsabilidad civil resulta de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por incumplimiento de la presente ley, o por mal desempeño de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en las leyes generales". Artículo 33: "Ninguna de las responsabilidades enunciadas debe considerarse excluyente de las demás, pudiendo el escribano ser llamado a responder de todas y cada una de ellas simultánea o sucesivamente".

La intervención del órgano de contralor representado por el Tribunal de Superintendencia y el Colegio de Escribanos, antes referidos, resulta de la aplicación del art. 32 in fine que dice: "...en cuanto esas transgresiones afecten la institución notarial, los servicios que le son propios o el decoro del cuerpo, y su conocimiento compete al Tribunal de Superintendencia y Colegio de Escribanos", y del art. 34 que dispone: "En toda acción que se suscite contra un escribano... deberá darse conocimiento al Colegio de Escribanos... los jueces, de oficio o a pedido de partes, deberán notificar a dicho Colegio toda acción intentada contra un escribano, dentro de los diez días de iniciada".

La ley 1893 de Organización de Tribunales comprende a los escribanos públicos, definiéndolos en su art. 169. Su articulado, en general, resulta insuficiente para la determinación de la responsabilidad civil del escribano. Dos son en especial los artículos configurantes de esa responsabilidad: el 174 y el 209. Dispone el primero: "Los escribanos de registro están obligados a extender los actos y contratos (conforme a las leyes) sin que puedan excusarse de esta obligación bajo pena de responder por los daños y perjuicios que causaren", y el segundo: "Los escribanos deben cuidar estrictamente de salvar al fin de cada escritura... bajo pena de responder por los daños y perjuicios que pudieren originarse, si por tal omisión se anulase la escritura".

Estos preceptos legales no difieren de los contenidos en el Código Civil;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y en cuanto a la exención de la primera norma, puede inferirse como una especie de obligación legal determinante de la responsabilidad extracontractual de que ya hemos hablado.

La ley orgánica 6191 de la provincia de Buenos Aires, en su título definitorio preliminar establece: "Los escribanos públicos o notarios son profesionales de derecho, funcionarios públicos, depositarios de la fe pública notarial. Como profesionales de derecho asesoraras a las partes intervinientes en cualquier clase de negocio jurídico, darán su consejo y ejercerán su ministerio de conciliación alitigiosa".

En el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina. Título I. Funciones Notariales. Capítulo I. Competencia en razón de la materia, se contempla y autoriza al notario a prestar su asesoramiento jurídico notarial en las prescripciones que textualmente dicen: "Art. 5º: Compete al notario: I. La función de recibir, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico las exteriorizaciones de voluntad de quienes en cumplimiento de precepto legal o de estipulación contractual, o por otra causa lícita, requieran su ministerio.. .", y agrega el art. 6º: "Integra la actividad notarial en el plano profesional: 1. El asesoramiento jurídiconotarial en general: la formulación en su caso de dictámenes orales y escritos, y la redacción de instrumentos privados... 3. Las gestiones requeridas por los interesados, cuyo cometido se han aceptado. .. 5. Toda otra actuación no fedataria prevista por las reglamentaciones locales".

Para el ejercicio de sus funciones dispone el capítulo III, art. 12, que "sólo actuará a requerimiento de parte...", y según el art. 15 del capítulo IV, incluye entre sus deberes "la obligación de prestar sus funciones toda vez que se lo solicitase, salvo que el acto para el cual hubiere sido requerido fuere contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres o su intervención fuere excusable según la reglamentación local...".

IV. CONCLUSIONES

La responsabilidad constituye el principio de la estabilidad social. Así se desprende del concepto general de que todo individuo es responsable de los actos que realiza, y aun cuando pretenda eludir las consecuencias de las mismas, si los perjudican o lesionan jurídicamente a otros, el Estado por medio de sus poderes y en defensa de la sociedad agraviada impone la sanción correspondiente de acuerdo al carácter de la lesión.

Hemos visto que si la acción u omisión de un acto que deliberada o indeliberadamente, es decir, con conciencia de realización o presunción de haberlo realizado ocasiona un perjuicio y si el mismo adquiere la gravedad delictual, da lugar a la sanción o corrección penal y a la indemnización civil.

Se reputa pues responsable a la persona obligada socialmente a responder de sus actos o satisfacer alguna carga impuesta por la ley. Es responsable socialmente como individuo con relación a otro cuando le es reclamado algo con derecho, civil, comercial o criminalmente, obedeciendo al concepto genérico de la responsabilidad aplicable a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todos y al de que responden individual o colectivamente, según el medio de ejecución, con la imputabilidad atribuible a ellos.

Imputar es atribuir a una persona un delito, una acción o una omisión generadora de sanciones reparadoras. El sujeto, en el concepto clásico, debe ser moralmente responsable, además de la materialidad que la ley le atribuye, para ser imputable, y por lo tanto castigado en caso de transgresión. Y si por ausencia de discernimiento no fuere punible por la vía del castigo, lo será por la precautoria, poniéndolo a cubierto de acciones que directa o indirectamente puedan perjudicarlo tanto a él como a la sociedad de que forma parte. De tal manera que, carente de responsabilidad, el individuo por ausencia de discernimiento, en estado demencial o de disminución mental, no es pasible de castigo sino de represión, que puede llegar inclusive a la reclusión como medida de seguridad personal y colectiva.

Según nuestra legislación sólo se castigan las sanciones u omisiones establecidas por las leyes, de tal manera que la imputabilidad tiene su aplicación en la alteración del ordenamiento jurídico a tenor de la responsabilidad del o de los individuos que lo alteren con la comisión de hechos o abstenciones previstos por aquéllas.

La responsabilidad, y consecuente con ella la imputabilidad notarial, es más esencial y grave, atento las funciones públicas realizadas por el escribano, y a que a éste se le atribuye, presuntivamente, mayor capacidad para su ejecución por el conocimiento que supone el resultado de sus gestiones.

Su responsabilidad se vincula, entonces: a) Con el Estado, a causa del cumplimiento de sus deberes impuestos por las leyes orgánicas que reglamentan el ejercicio de su profesión; las de orden fiscal, administrativo y de las que por razones de materia son de típica aplicación normativa. Y b) Con los particulares, por la aplicación de la ley común, civil, o penal, Arata(35)(380) habla de "obligación de resultado" y no de hacer la que contrae el notario con su cliente, ya que su asesoramiento y actuación documental dependen del resultado final de las mismas para la determinación de su eficacia. Consecuente con ella habla de "obligación de medios" y los refiere a los objetivos que con su pericia alcanza para lograr las aspiraciones del cliente, todo lo que reúne bajo la denominación de "actividad diligente".

No puede admitirse dentro del consenso general, que el Escribano realice sus funciones si no es con la seguridad y garantía que deben dar su capacidad, condiciones de idoneidad personal, comprendiéndose en ella los conocimientos especiales de su profesión, su diligencia, honestidad y corrección encuadrada en el más estricto cumplimiento de las disposiciones legales y de ética moral.

Hemos dicho al comienzo de este estudio que la responsabilidad constituye el principio de la estabilidad social a la que contribuye aún en mayor grado el profesional, como tal y como ciudadano, participe de la comunidad a la que pertenece.

Ello resulta de considerar que paralelo al progreso histórico en las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formas sociales y en las instituciones jurídicas, de la que destacamos en forma particular la notarial por su antigüedad, hay también un progreso psicológico que se efectúa en los espíritus y en las inteligencias. No se da para todo, ni en todo igualmente; pero en los grupos más evolucionados, y en los individuos más preparados de esos grupos ha habido una adaptación progresiva de los sentimientos, del carácter y de las acciones a las exigencias de la vida social; se ha desenvuelto o reforzado el sentimiento de la solidaridad y de la pertenencia al todo social, el hábito de considerar y proponerse como fines propios, los fines del todo mismo. Se entiende que este proceso psicológico de adaptación no se ha terminado aún, que es imperfecto y que él designaría la meta de la evolución humana.

Pero todo paso que se dé en este camino facilitará la verdadera solución del gran problema de las relaciones entre el ciudadano y la comunidad. Será necesario para ello que se cumpla dentro de nosotros, de nuestro sentimiento y de nuestro carácter. Así, la cuestión de las relaciones entre el individuo y la comunidad, y todas las cuestiones sociales que son conexas, se resuelven en cuestiones morales. Tal es la enseñanza final a que nos ha llevado toda la indagación que hemos hecho acerca de los valores humanos, que hemos practicado en el decurso de nuestra vida como regla normativa de conducta con el resultado de su conversión inevitable hacia la sociología y la ética. Aquélla, es decir, la sociología como suprema ley, supone la solidaridad; la ética, como supremo principio de la conducta, fija también la solidaridad; ésta es la condición de la existencia humana; de aquí surge la exigencia a lo que ha de conformarse la conducta; aquí descansa el supremo ideal, el que debe confortar y dirigirnos en los senderos de la vida. Es necesario para ello despojarnos un poco del yo, para redimirnos un poco más en la comunidad, en la especie, poniendo no sólo los sentimientos en lo personal sino en las obras, dedicándoles todas nuestras fuerzas, conocimientos y, si cabe, erudición, conscientes de la responsabilidad que nos incumbe.

El escribano que actúa en carácter de asesor encuadra su responsabilidad en su libre accionar, titularizando derechos y obligaciones. Sin su libre actividad, sin la autonomía de su acción, no puede responder, por principio lógico, sino de aquello que hizo ejercitando o tomando opción entre dos o más actitudes posibles. Así considerado, su responsabilidad presupone admitir la idea de la libertad, de la "autonomía de su voluntad". Ello juega en forma directa, como ya lo hemos visto, con el criterio personal para dar sanos consejos, atribuyéndole características de "confesor laico".

Esta tarea importa el riesgo del compromiso de su auténtica espectabilidad señorial a merced del debido equilibrio, la obligada medida y el correlativo conocimiento.

En todo caso, esta función específica del notario sería semejante a la del abogado en la de "decir derecho frente a un problema jurídico, diferendo, litigio, pleito o contienda derivada de la interpretación de un precontrato o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato", podría especialmente citarse como ejemplo un boleto de compra. Su dictamen podría decidir a las partes a tomar determinada actitud, que en el supuesto de un resultado adverso al previsto daría nacimiento a la culpa obligacional, y de ser probada, el condigno resarcimiento.

Si se admite la responsabilidad del autor, se admite que ha obrado incorrectamente, que ha hecho algo que jurídica o moralmente no está bien, porque, y es bueno insistir en el concepto, la idea de responsabilidad presupone la de culpabilidad, y le es inseparable.

Según Paul Esmein(36)(381), "Hablar de responsabilidad sin culpa, de culpa sin acto ilícito, es como hablar de un hombre sin cabeza, de un automóvil sin motor, de un silogismo sin premisa".

En nuestra materia la "obligación de reparar" puede hacerse pesar sobre el autor del daño el asesor - independientemente de toda idea de culpa. Pudo, en efecto, el asesor aconsejar un determinado procedimiento, pero no realizarlo personalmente. Desde este punto de vista, sobre el cual existen discrepancias, a los fines de la indemnización, la responsabilidad por culpa resultaría insuficiente. Concluyendo, y en apoyo de nuestra posición notarial subjetiva, en relación estrecha con los principios rectores de la moral y la ética, cualquiera sea la aplicación de la disposición o el procedimiento que fuere aplicable a la decisión del dictamen emitido por vía de asesoramiento, será en definitiva para el profesional el justo y equitativo que responda al dictado de su conciencia supremo juez de su conducta.

Hay que ampliar tal vez los sentidos y decir que la responsabilidad es la aceptación de las consecuencias naturales de los actos humanos, en sí mismos y en los demás, o la actitud del agente que acepta las consecuencias de sus actos. Responsabilidad implica en nuestro estudio del asesoramiento o consejo, reflexión anterior sobre las repercusiones de nuestros actos; no tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista natural. Sólo es responsable en nuestros ejemplos el que puede y debe prever. La medida de la responsabilidad es proporcional a la medida de la previsión, que es siempre incompleta, pues a los efectos directos e inmediatos de nuestros actos se añaden efectos indirectos y lejanos.

En este sentido, la responsabilidad se relaciona estrechamente con la convicción que tiene el hombre de ser libre.