

## PRUEBAS REALIZADAS POR EL ESCRIBANO PARA ALCANZAR LA FE DE CONOCER

Por **Carlos Nicolás Gattari**

Estoy trabajando desde hace tiempo en la fe de conocer. Presento aquí uno de los capítulos que considero importantes. Es breve; de la lectura se podrá advertir que no estoy descubriendo nada. Empero, es algo como la anécdota de Colón: una vez que cascó el huevo y pudo ponerlo parado en el polo mayor, todos se achisparon súbitamente. Lo mismo creo que puede pasar con esto. De todos los que han escrito sobre la fe de conocer, no conozco a ninguno que haya tratado la prueba del notario sobre su fe de conocer con el Código de Procedimientos en la mano.

### VI. Enfoque procesal desde el escribano

*El escribano ¿debe decir en el texto qué medios utilizó para llegar a la convicción? No. ¿Debe resguardar y tener las pruebas por si se cuestiona? Éste es un problema práctico. Entiendo que debe hacerlo como prueba y recaudo contra su olvido.*

Eduardo Víctor Cursack

Entramos en la segunda parte de la monografía con el enfoque procesal. Los dos primeros títulos del libro I de la Parte general del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y de todos los influidos por él, se refieren al Órgano Judicial y a las partes. Antes de entrar en las sentencias propiamente dichas, debo tratar necesariamente de una de las partes: el escribano que, además, puede ser el demandado o el acusado.

En efecto, “la redargución de falsedad de un instrumento público tramita-

rá por incidente, que se deberá promover dentro del plazo de diez días de realizada la impugnación bajo apercibimiento de tenerla por desistida. Será inadmisibles si no se indican los elementos y no se ofrecen las pruebas tendientes a demostrar la falsedad. Admitido el requerimiento, el juez suspenderá el pronunciamiento de la sentencia, para resolver el incidente juntamente con ésta. *Será parte el oficial público que extendió el instrumento*” (395).

45. *El escribano y las pruebas en su actividad.* ¿Por qué debo tratar sobre el escribano? El pensamiento de Cursack me dio la idea (862-00-82). En síntesis, no saco nada si me limito a reproducir y comentar las sentencias de los jueces porque los necesitados de ayuda son los notarios y, quizá sobre todo, los abogados defensores y, ciertamente posible, a través de ellos, quizá también los jueces puedan servirse al menos de algún escombros o cascote mío, útil en la construcción de sus sentencias. Aquí van ofrecidos con la mano abierta, pero no para arrojarlos.

Antes de entrar en el asunto, Cursack estima que no deben indicarse los medios en el texto de la escritura. Arévalo y otros prefieren: “de ser posible, las precauciones que se adopten deberán constar en el instrumento autorizado y agregarse constancias documentales al mismo”. Varios autores y aun reuniones notariales emiten opiniones sobre la conveniencia, o no, de informar en el mismo texto, sobre lo cual se me ocurre una solución.

Es cierto lo que piensa Cursack sobre la conveniencia de no expresarlo porque se introduce en el texto algo que no es propio del negocio y ocuparía quizá bastante espacio. Ciertamente es también que, de constar en el texto, se habría formalizado la prueba directa y constante en el propio instrumento, lo que defendería al propio notario y, al mismo tiempo, quizá crearía nuevos recaudos.

Considerando las ventajas de ambas opiniones se me ocurre que podrían conciliarse así: a) cumplida la obligación de redactar el acta de apertura, nada hay que impida indicar enseguida los medios que se utilizarán para la fe de conocer en el protocolo; b) conviene numerarlos v. g., como lo hice en el párrafo 40, por orden alfabético o de otro modo; c) poner los números que utilicé en cada escritura como si fuera nota marginal al pie o en el margen: v. g., cesión total de herencia: 3, 4, 7/12, 16; poder general: 4, 7/12; donación: 3, 5, 7, 8/12, 14/16; compraventa: 3/7, 8/12, 14/17: de paso, adviértase la masividad individualizadora del 7, el DNI: número, foto, firma, impresión digital

Esto sin impedir que en la carpeta quede toda la documentación referida al asunto, si cabe. Fundamento jurídico: 1) estoy indicando en el primer folio del protocolo los medios que utilizaré para dar fe de conocer; 2) al ponerlos de relieve los recuerdo para mí y para, v. g., el juez; mi abogado; 3) la colocación de los números es simplemente un código numérico de remisión que ocupa muy poco lugar: todo está en el protocolo. Si por él pueden condenarme, que pueda salvarme también él.

46. *Las pruebas ¿significan lo mismo para el juez que para el notario?* Prefiero asignar el vocablo *proceso* al trámite judicial y *procedimiento*, al notarial. La palabra *proceso* da la idea de ir o marchar adelante (*pro*: adelante y *cedo*: ir), en mi estima, es el judicial, como camino dialéctico o quebrado, esto es, conten-

cioso. Aquí son necesarias las pruebas cuyo objeto son los hechos conducentes, sobre los cuales las partes no conforman, y el hecho controvertido (359 y 377, 1).

En cambio, el *procedimiento* es, simplemente, el modo en que el notario utiliza sus operaciones cuando varios en acuerdo le ruegan que las ponga en ejercicio. Aquí no hay dialéctica:

Las partes acuden libremente al oficial público. Calificado el acto o contrato y proporcionados los elementos, el notario impulsa todo el camino directo posterior hasta la audiencia definitiva: los hechos conducentes concuerdan en ir hacia el protocolo como recipiendario de la escritura.

Aunque los dos ámbitos verifiquen muchas veces los mismos actos y documentos, por la diferencia de sus fines: sentencia y escritura, el enfoque desde el cual los miran el juez y el notario es disímil. Siendo los fines distintos, aunque los medios puedan ser materialmente los mismos, poseen, sin embargo, diverso significado, uso propio y poderes característicos: el juez juzga y hace ejecutar su sentencia; el notario asesora y añade la plena fe al instrumento.

En el 359 CPCC se lee: “[...] siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiere conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba”. El concepto procesal es la *disconformidad* entre las partes, sobre los hechos *controvertidos*, siendo, pues, la consideración objetiva. Sólo se prueba en el proceso, hay pleito.

En cambio, en la fe de conocer se busca la *individualización* del sujeto para distinguirlo de los demás afirmando la identidad de una persona, con todos sus datos y, además, como titular de derechos y actos, que se realizan con el fin inmediato de celebrar negocios jurídicos y registrar diversidad de circunstancias; se estipula, pues, desde un punto de vista subjetivo.

Pero la diferenciación conceptual entre “disconformidad de hechos” y “conformidad entre datos de un sujeto” (sujeto identificado, titular de derechos y actos) pone más de relieve la coincidencia en la materialización de los medios de prueba. Es indudable que tanto en el proceso judicial como en el procedimiento notarial pueden ser las mismas, pero usadas con diversa mentalidad, nacida al calor de la diferente actividad y posición jurídica.

Se presupone cierto cuestionamiento del cual es responsable el notario. En efecto, la ley lo obliga a dar fe de conocer, pero no le indica los medios para lograrla; sin embargo, existen y son muchos más que el conocimiento y los testigos (1001/02). El problema fue captado por los integrantes del cuerpo notarial; se dieron cuenta, andando el tiempo, de que aquéllos apenas servían y miraron otros que estaban a la mano. No todos los jueces los descubren.

Por encontrarse dentro del derecho, la relación jurídico notarial establecida entre partes y escribano obliga a éste a poner en funcionamiento sus operaciones siempre que le rueguen un acto propio de su competencia. Y, posiblemente, una de las primeras que se le ofrecen es la fe de conocer (legitimación subjetiva). Tanto es cierto que, aun teniendo las tres competencias, no podría intervenir si no puede dar fe o no tiene los dos testigos, si sospecha o no está seguro.

Ante el notario no se prueba por disconformidad de partes (esto es propio del proceso para eliminar dudas), sino que, a partir de una afirmación voluntaria como es la nominación de la persona que requiere el servicio notarial, se acumulan los datos, hechos, dichos y documentos sólo con el objeto de *mostrar* lo afirmado, no de probarlo. Se trata de *exhibición pacífica, no de prueba contenciosa*, razón por la cual no existe en principio ninguna prevención, propia de la heteronomía.

No se trata de individualizar a una persona por eliminación de disconformidad, sino de individualizarla por acumulación de conformidades. No se trata de alcanzar una verosimilitud judicial eliminando las dudas existentes, sino de asegurar una veracidad planteada hipotéticamente: ¿este señor quién es? ¿Es el Manuel González, DNI... propietario según el título exhibido, a quien el certificado de dominio presenta libre para disponer y no trabado según el de inhabilitaciones?

El proceso judicial parte de una duda y de indicios para alcanzar una verosimilitud, que quizá sea diferente en otra instancia, sin que nadie se escandalice. Lo que busca es que la sentencia asigne a uno el entuerto y, por oposición, a otro el derecho, sin garantizar del todo que sea verdad, porque también hay sentencias erróneas, pero se trabaja con los elementos dados, los inquiridos y los elaborados; éstos, a veces, algo abstractos y doctrinarios.

“La valoración de la prueba judicial por el sentenciador es una actividad esencialmente humana, y como tal puede ser imperfecta, errada e incompleta, cuando no oscura o equívoca. Es más, las partes no siempre relatan la verdad al juez, y además no toda verdad es siempre susceptible de ser probada, así como que no todo medio de prueba intenta justificar un hecho cierto, ya que puede ocurrir que el litigante trate de probar lo falso”.

El procedimiento notarial busca la veracidad y, a lo sumo, le acumula otros signos veraces parciales que la refirman. El punto crítico notarial en la fe de conocer es que Manuel González sea éste y no otro, lo que también puede ser erróneo, porque es un juicio, interno, no material (993), por lo cual no cabe sujetarlo a querrela de falsedad. En cambio, el punto crítico notarial de la plena fe es que la declaración del notario sobre lo hecho por él o percibido sensorialmente sea veraz, al menos hasta que se decrete su falsedad en el respectivo juicio.

Correlativamente a lo expresado por Fenochieto, la individualización por la fe de conocer notarial es una actividad esencialmente humana y, como tal, puede ser imperfecta, errada e incompleta, cuando no oscura o equívoca. Es más, el sustituto que disimula su identidad ante el notario y ante su contraparte (o estando de acuerdo con ella) intenta aparentar una verdad que oculta su verdadera individualidad e intención.

Fenochieto expresa que “por más frondoso que sea el material reunido, a instancia de parte o por decisión oficiosa, el resultado a que el juez podrá llegar sobre los hechos conservará un valor relativo, puesto que se tratará de una certeza judicial de verosimilitud” (444). Aplíquese esto al notario: he marcado

casi una veintena de medios posibles que podrían desembocar en cierta veracidad, como valor relativo, sobre la identidad e individualidad del sujeto.

47. *¿Cuáles son las pruebas que puede ofrecer el notario?* Hasta ahora hemos visto las 18 informadas en el párrafo 40. Tienen diversos nombres y las traté por separado, agrupándolas en personales (1/7), documentales y técnicas (8/13), legitimaciones (14/19). Sin embargo, no las consideré pruebas ante el notario y tampoco lo son: el título de propiedad no prueba ante notario porque para que haya prueba es necesaria la confrontación.

Que el Código Civil los estime pruebas (993/96) no significa que el valor principal de la escritura sea el ser prueba; si lo fuera, en algún momento debería ingresar en algún juicio porque no puede admitirse que lo esencial o principal en algo no exista en ninguna oportunidad. Basta pensar un número (siempre dije que faltan estadísticas): ¿cuántas escrituras se inscriben anualmente y en cuántos juicios ingresan esos mismos títulos para mostrar su supuesta esencia probatoria?

Sin embargo, para los casos en que el escribano integre un expediente judicial cuando se impugna una escritura por él autorizada, podríamos especificar y mirar los medios utilizados por él para individualizar, desde el punto de vista del proceso. El notario y su abogado pueden presentarlas como pruebas de su actividad frente a las acusaciones levantadas contra él en esa oportunidad: *en el juicio sí tienen el valor de pruebas* porque recaen sobre la actividad notarial impugnada.

Un pensamiento intersticial: para quienes sostienen que la obligación de dar fe de conocer es de resultado, casi toda la argumentación que sigue está demás porque, como dice Bueres: “Para nosotros el escribano promete un resultado: identificar al interesado. Si el fin fracasa, la exención de responsabilidad del profesional sólo será factible si prueba un caso fortuito” (106). Ocurre que las reflexiones que siguen se refieren a la actividad del notario con los medios para identificar.

Estimo que los medios utilizados por el notario pueden ingresar en las normas del Código Procesal como una panoplia defensiva. Será, pues, conveniente que recordemos las clases de medios que puede utilizar el escribano para identificar e individualizar a un sujeto en el instrumento a fin de encuadrarlos como pruebas que el CPCC acepta. Estoy de acuerdo con la conclusión 17 de la Primera Jornada Sanjuanina de Derecho Civil, que vuelvo a reproducir:

“Cuestionada la fe de conocimiento por un tercero, es a cargo de escribano la prueba de los hechos que lo llevaron a la convicción sobre la identidad de los otorgantes”. Por otro lado, será necesario y obligatorio exhibirlas. Para la tesis de la obligación de resultado quizá se podría probar que por ventura hubo caso fortuito o desconexión entre la causa y su finalidad; pero es intolerable el extremo a que llega. Los números entre paréntesis iniciales son los artículos de la norma formal.

1. **Prueba documental.** (387/395). El escribano deberá exhibir los docu-

mentos esenciales para la solución del litigio que en este rubro corresponderían a los siguientes medios:

*Medio 8:* DNI, Documento Nacional de Identidad, Cédula de Policía local, pasaporte y otros: agregar fotocopias de estos documentos que, en buen estado material, certificó o hizo certificar por otro notario; tampoco por el adscrito pues infringe la ética: quizá algún cretino impugne (985 CCiv). Tiene importancia la firma en: a) la escritura matriz, b) cotejada con la de DNI, y con c) la ficha personal, certificada (medio 10 y 393).

*Medio 11: Fotografía* o fotografías actuales entregadas con motivo del acto: Fenochieto la cita entre los medios no previstos, pero las asimila al documento aplicando “por analogía las disposiciones de los que sean semejantes” (378, 2).

*Medio 14: Títulos* o copia del título: algunos conservan la buena costumbre de anexarlos al título actual y antecedentes. Quizá convenga retenerlos en carpeta o bien encuadernarlos con la escritura, lo que aumentará los volúmenes y reducirá los espacios del archivo; pero será una prueba más del procedimiento para individualizar.

*Medio 18: Poder:* el cuidado aquí debe ser por el apoderado; el poderdante identificado por otro notario, con el que quizá convenga ponerse en contacto. Las normas del Código son suficientes a efectos de agregar copias o fotocopias (1003). Lo mismo se diga con respecto a representantes legales de sociedades, de menores, etc. ¿Convendrá tener fotografías de ellos?

**2. Prueba de informes** (396/403). Informes solicitados a oficinas públicas: Registro de la Propiedad, reparticiones públicas; entidades privadas: administradores de PH, etc.

*Medio 13:* cibernética, cuando se aplique.

*Medio 16:* certificados registrales oponibles (22/23, 17801).

*Medio 17:* certificados administrativos de impuestos, tasas de servicio.

**3. Prueba de confesión** (404/425). Parece muy difícil de aplicar, incluso por extrajudicial.

*Medio 10:* quizá por analogía podría interpretarse que en las audiencias preliminares y en la definitiva se hayan hecho ciertas referencias conexas con cosas, documentos, sucesos que permitan aclarar algo, aunque fuera remoto. En realidad, en cada escritura, como dice Núñez Lagos, hay referencias a los tres tiempos, también el pasado, como boletos de compraventa, intermediario, pagos antes del acto, toma de posesión anterior. No se me ocurre, pero seguro que debe de haber alguna idea válida que saltará como la liebre menos esperada. ¿Qué pasaría si se grabara?

**4. Prueba de testigos** (426/456). Pueden ser propuestos testigos y testigos necesarios.

*Medio 2:* testigos de conocimiento.

*Medio 4:* presentaciones de conocidos, profesionales, martilleros, vecinos.

*Medio 5:* identificación entre las partes en la propia escritura.

*Medio 6:* escribano del título anterior y el del poder.

Algo que supongo debe de haber ocurrido en más de una oportunidad en el contexto de testigos es proponer también a los dependientes (441,4), o sea,

a los empleados. Tal circunstancia no es óbice para que sus declaraciones sean tenidas por veraces, en razón de tratarse de testigos necesarios por su intervención personal. Aunque no lo sean, con mayor razón a gestores y a gente con la que el escribano departe en su oficina. En alguna oportunidad serviría tener en cuenta cuando alguien acompaña como asesor o amigo en las audiencias, sobre todo en la escritura.

**5. Prueba de peritos (457/478).** Parecería que debe ser posterior. Si el Colegio propiciara cursos periciales, con expedición de certificación de asistencia, el notario tendría más recursos él personalmente para autodefenderse, sobre todo por sus conocimientos, no por el papelito. Resulta cargante repetirlo, desde hace más de 50 años Belçaguy lo propició y otros reiteraron su utilidad.

*Medio 9:* cotejo de firmas: matriz, ficha (varias), DNI, título anterior.

*Medio 11:* cotejo físico con fotografías del DNI, carpeta actual y protocolo del título anterior.

*Medio 12:* impresión digital en escritura, ficha (varias) y DNI.

*Medio 15:* estudio de títulos y antecedentes; planos de división, PH, etc.

**6. Reconocimiento (479/80).** No se advierte en qué podrían servir. Pero es cuestión de apretar los sesos. Algo que no suele hacerse, a pesar de que Argentino I. Neri lo pone en sus más de 500 modelos de compraventa, es la toma de posesión del inmueble. Se podría realizar el mismo día, quizá poco antes de la escritura, firmándola en el mismo inmueble que se vende, con dos vecinos como testigos. El *acta de toma de posesión* podría ser solicitada por el comprador o vendedor que nombra al escribano. La diligencia en el lugar con todos y los dos testigos vecinos amigos, declarando éstos que los conocen. (El colmo: ¡volver a los testigos! ¿En algún caso?).

Aunque el escribano pudiera tomar como resguardos la totalidad y aún más de estos medios, sigue vigente el 1% de mala fe que puede vencer al más prevenido porque lo supera la preparación artera, consciente, serena y decidida del sustituto. Pero es indudable que todo este conjunto ayuda mucho más que lo que hasta ahora se hace.

Tampoco es cuestión de vivir estresado, sino de tomar la actitud y la precaución de un hombre razonable, *reasonable man* americano porque hoy el *paterfamilias* latino fue sobrepasado como casi inocentón. Los medios deben utilizarse razonablemente, es decir, cuando haya una causa y un motivo de duda fundada. El 99 % suele tener buena fe.

Menos es cuestión de realizar las diligencias en todos los casos, sino cuando se justifique, aunque quizá el defraudador puede aparecer inmune a la sospecha. Anécdota reciente: una notaria, en una escritura con varios otorgantes, toma la impresión digital de *uno* de ellos. Entra en juicio, perdió: “Eso está probando que no lo conocía según el 1001 y no acudió al 1002”. Si Vélez Sársfield viviera, recomendaría que no se concluyera con tanta agudeza, profundidad y desgaste mental.

**7. Presunciones.** La presunción se da cuando es posible fijar ciertos caracteres comunes en la conducta, o sea, coherencia de vida con ciertos principios



valiosos. Las reglas limitativas son: estar fundadas en hechos reales y probados, darse en número, precisión, gravedad y concordancia como para poder producir convicción según las reglas de la sana crítica. La misma conducta observada en el proceso puede coadyuvar (163, 5).

Si en 20/30/40 años de ejercicio notarial el oficial público jamás ha tenido ningún problema con la fe de conocer ni ningún otro, ¿puede presumirse que la sustitución de un sujeto en una escritura es no sólo caso excepcional, sino también incidental, dentro del contexto de conducta de ese oficial público si puede mostrar que puso la diligencia de siempre? ¿Qué motivo habría tenido para sospechar una arteria, si no estaba preparado mentalmente? ¿O se pervirtió de repente?

¿Podrá imputársele que le falló la fe de conocer y que debió haber utilizado el único medio codificado, los testigos de conocimiento? Siendo así que compulsó el DNI en su triple función: foto, firma, impresión digital, presentación testimonial y otros medios en uso, ¿puede invocarlos válidamente? Fenochieto, al referirse a la aplicación de la costumbre, cita a Sentís Melendo en la nota 67 quien, en *El juez y el derecho*, se pregunta:

“¿Es admisible que el pueblo conozca y viva el derecho consuetudinario y que el encargado de aplicarlo permanezca indiferente al mismo y hayan de enseñárselo en cada ocasión? El juez debe conocer y estudiar el derecho consuetudinario, lo mismo que el articulado en códigos, leyes y reglamentos”. En Jornadas se brega, aun antes de 1950, por el uso de medios que no están en la ley y que tampoco quieren los notarios que lo estén, sino remitidos a su criterio.

El mismo Fenochieto, al tratar el valor probatorio de los medios de prueba innominados, expresa: “Sostener que por falta, en nuestro medio, de elementos técnicos de comprobación directa de su fidelidad, se debe desechar esta prueba, es negar el adelanto permanente de la ciencia en el progreso de los medios probatorios”. Cuánto más de los medios que el notario no sólo aplica en su actividad, sino que puede precisar su nominación en las normas procesales.