

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autenticidad del documento privado, reglamentado por el art. 32 de la ley de abreviación de los juicios uruguayo y en el art. 251 del proyecto que para la provincia de Buenos Aires elaboró la Comisión creada por el decreto 7630/64.

8. Las recomendaciones aprobadas por las Primeras Jornadas de la Justicia en punto a juicio ejecutivo no comprenden las reformas que consideramos erróneas o confusas.

PRENOCIONES EN TORNO AL DERECHO NOTARIAL

ARGENTINO I. NERI

1) Los fines jurídicos están encaminados a distintos órdenes, pues los intereses individuales, propios de la dinámica que impone la vida de relación, se juzgan preexistentes y sólo se mueven o bien por libre designio humano o bien por obligatoriedad derivada del orden público y, desde luego, siempre dentro de la ordenación legal. Dicho en otros términos: el derecho es, por principio, un haz de fines sociales, y como los fines son distintos, el Estado se ha visto precisado a dividir y clasificarlo atento a la naturaleza y objeto de su cometido (1)(171). Por otro lado, el mundo jurídico es de una integración impresionante; su misma evolución hace que se eslabone una serie de normas contemplativas de más de una necesidad social; normas que, si bien vienen a enriquecer el derecho, ciertamente lo complican por causa del aumento de las consiguientes disciplinas jurídicas. Se perfila así, como una resultante natural y obligada, la necesidad de reconocer el desarrollo lento y progresivo de varias ramas del derecho. Y este surgimiento de nuevas disciplinas jurídicas es un hecho irremediable, pues resulta provocado por necesidades, una vez de orden científico, otra vez de orden didáctico, y "tal vez, aun al mismo tiempo, por esas dos necesidades". Es claro, sin embargo, según se puntualizó (2)(172), que solamente recién "cuando el estudio autónomo de una parte del derecho sea provocado por necesidades de orden científico, se podrá hablar de una nueva disciplina en el sentido propio de la palabra, es decir, de una disciplina que debe ser estudiada con métodos particulares y propios, por formar un sistema de normas jurídicas regidas por principios comunes diversos de los que rigen otros sistemas de normas...". No se trata, pues, de reglas convencionales; se trata, en concreto, de disciplinas autárquicas que encarnan un positivo valor, y que, siendo impuestas por la necesidad, se conciben como ramas jurídicas autónomas. Se reconocen, así, proyectados en el amplísimo y heterogéneo campo de los fenómenos sociales, a diversos derechos, como ser el de autor, el de marcas, el económico, el notarial, todos examinados a la luz de la experiencia jurídica, como de suma importancia por su gran utilidad para satisfacer sus específicos fines. De todos estos derechos el notarial es, sin duda, el que aún no ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abandonado su tradicional posición, y el que, pese a su propio y enorme valor, tanto en concepción filosófica como cuanto en función pública, todavía sigue estando adherido, si bien con ligaduras cada vez más endeables, al tronco sustantivo del derecho. En realidad, hace tiempo que se viene reaccionando con actitudes realmente extremas acerca del imperativo, aconsejado por los científicos, de sacar al derecho notarial del encasillamiento heterónimo en que se lo tiene enclaustrado, para hacerlo independiente, es decir, para libertarlo de la esclavitud en que lo tiene sujeto la rama superior del derecho. Amplias ideas se han difundido, y muchas han arraigado con fuerte convicción. Pero, como siempre y en todos los espacios, los más sanos propósitos expuestos a través de claras posiciones filosóficas han venido a ser perturbados por las tendencias opuestas subestimativas de la notaría, por lo general aferradas a una concepción todavía histórica. Hay que entender que la notaría es una indiscutida realidad jurídica de imponente valor por el servicio que presta al derecho en el plano de la autenticidad de los actos biológicamente normales. Y no hay que olvidar que existe por virtud de los "principios" que le han dado sustentáculo como rama científica, y no simplemente conformación objetivamente empírica. Por esto mismo no admite posiciones intermedias; por esto mismo, por su estructura científica, por su vivencia dentro del derecho, específicamente determinada, la notaría encarna una concepción científica; y, por todo ello, mismamente, hay un derecho notarial.

2) La idea de la existencia del derecho notarial no es reciente; data desde hace varias centurias. La idea madre de su existir la dio Rolandino en el siglo XIII: tomando como cepa a la función notarial señaló que la notaría es ciencia y arte, y que su plano de sustanciación estaba en el notariado. En verdad, este sostenido fue un acierto; amén de constituir un alzamiento contra la indiferencia de los juristas de la época, que no intuyeron el carácter científico de la notaría, Rolandino sacó al notariado del estado de opacidad en que se encontraba para convertirlo, virtualmente, en el ente legal que habría de organizar y disciplinar la ciencia y el arte de la notaría, y definir y jerarquizar a su órgano funcional, el notario, y a su producción científica, el instrumento público. Por algo Rolandino fue un genio esclarecido: su fina coherencia de ideas, su espíritu selectivamente notarial, lo llevó a exaltar su profesión, haciendo del notariado una ciencia y de la notaría un arte; ciencia, de probada revisión por su atrevida postura, y arte, de reconocida sensibilidad, por ser la instrumentación pública no sólo cuestión de mecánica notarial sino también asunto de creación intelectual. Con este análogo pensar, Rolandino fue seguido en la península itálica por muchos notarios, algunos de ilustre actuación. Pero se desconocen los corifeos que debió haber tenido en la patria de Cervantes. Así y todo, y a juzgar por las referencias recogidas en el texto de Gibert (3)(173) se sabe que en España se comprendió la ventaja que aportaría el aprender la "ciencia de la notaría" . Tomaron buena iniciativa, en 1682, el notario Gerónimo Galí

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y Ramón, de Barcelona, con un libro de doctrina que "presentaba unidas la práctica y la teoría" de la notaría; a principios del siglo XVIII, el libro de José Comes, que por su claro resumen de la ciencia notarial pasó a ser un texto de estudio y consulta; en 1828, la traducción al castellano de la obra en latín hecha por el propio notario Gibert reveló que ella fue una obra de texto "ordenada y arreglada a los principios fundamentales de la ciencia" notarial (4)(174).

Desde los tiempos de Gibert hasta Fernández Casado, en 1895, los principios de la ciencia notarial no variaron, pero, amainaron los cultores, pues el período de vocación científica quedó excepcionalmente interrumpido. El propio Fernández Casado se limitó a afirmar, sin abrazar un desarrollo de conjunto, que "la notaría es una ciencia de aplicación que ha llegado a la mayor edad y necesita emanciparse del derecho civil, por tener condiciones de vida propia e independiente...". Después, Sancho Tello y Burguete y Novoa Seoane expresaron, el primero, que la ciencia estaba confundida con el arte notarial, con lo cual dejó entrever una falta de perseverancia doctrinaria, y el segundo, que era menester despertar, por reacción, la apatía que fluctuaba en el ambiente, y, a tal efecto hizo resaltar la sentida necesidad de "un libro notarial jurídico - razonado, que recoja y estudie la legislación. . .; un libro de ciencia y arte, que no sólo indique las condiciones formularias del instrumento. . . sino que también precise. . . el desenvolvimiento del derecho. ..". Más tarde comenzaron a realzar los méritos del derecho notarial: Mengual y Mengual, Sanahuja y Soler, Giménez Arnau, González Palomino, Escobar de la Riva, Núñez - Lagos. Este último (5)(175) referido - de conjunto - al instrumento público, pero, sólo en sus aspectos más significativos, señaló que el derecho notarial puro, stricto sensu, no es ni puede ser una suma más o menos clasificada de preceptos positivos referentes al notario y al instrumento público. "El derecho notarial puro, para ser autónomo, sin derecho civil, ha de llegar a ser el conjunto sistemático de los conceptos que regulen el instrumento público y la actividad documental del notario. No puede ser un montón de normas atinentes al notario y al documento notarial, sino un orden interno y autónomo de «conceptos» que sitúen, que ubiquen, científicamente, los «preceptos» sobre la actividad instrumental del notario...". Condensando: Núñez - Lagos: a) en una primera aportación de ideas alude al problema vital que ofrece el derecho notarial de lucha por su autonomía científica, a través de una situación similar por la que se vio afrontado el derecho procesal al empezar la segunda mitad del siglo XIX; y b) en un estudio posterior(6)(176) complementario de los "esquemas conceptuales" del instrumento público, y en base a ideas proporcionadas por Carnelutti, en "Metodología del derecho", afirma que el derecho notarial no es más que un trozo del derecho que ha de seguir en mayor o menor medida las mismas rutas de evolución de otras ramas del derecho.

3) Sin temor a errar, cabe sostener que la primera etiqueta con el rótulo de "derecho notarial" la puso Rolandino como resultado obtenido: a) del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordenamiento y la sistematización de todo el acervo jurídico inherente al ejercicio funcional de la fe pública; y b) de la elaboración científica del derecho merced a la enseñanza metódica, regular y pública, del arte notarial. Esbozada, así, la idea de la existencia de una legislación notarial de características únicas, surgió la ambiciosa tesis de crear una disciplina jurídica independiente, de vida propia, aunque alimentada sustantivamente por el cordón umbilical del derecho civil, esto es, embebida y sujeta a las normas generales de este mismo derecho. Tal fue la idea de Rolandino, resignada a no separar cabalmente, con características de autónomo, el derecho notarial del derecho civil. Sin embargo, la idea de que la legislación notarial no puede ser autónoma por juzgarse conceptualmente derivada del derecho civil corresponde considerarla errónea: por su linaje es genealógicamente civil, como lo son otros derechos; por su personalidad es específicamente único, como lo es todo derecho autónomo. Y no es con esto, con el designio de reconocerle su autonomía, que se quiera renegar de su ascendencia jurídica, así sustantiva como adjetiva. A poco que se investigue la actuación del notario, no en sus comienzos sino a través del ya cristalizado mundo jurídico romano, se lo observa uncido de facultades propias ejerciendo una función típicamente autónoma, aunque no totalmente abstraída de las normas del derecho civil. De modo que la función notarial ya era en ese entonces una institución señorial, en cierto modo desprendida de la sustantiva rama del derecho, y ya estaba organizada y disciplinada jerárquicamente, sin dependencia de ninguna paternidad jurídica. Hasta aquí, las ideas vertidas sólo tienden, en parte, a justificar la función de dación de fe pública, y en parte, a valorizar el derecho notarial "concebido" como un derecho independiente, fundamentalmente científico y orgánicamente autónomo, un derecho - en fin - de capítulo propio, organizado y disciplinado por la ciencia y el arte de la notaría; ciencia y arte como derecho legislado y vivido: - legislado, porque lo impone la seguridad social de afianzar los intereses jurídicos en juego, y vivido, porque lo demanda el tráfico de los individuos particularmente interesados en hacer autenticar los hechos y actos jurídicos por ellos procreados. No está demás, entonces, hacer resaltar que el derecho notarial es una realidad científica desarrollada como consecuencia de la necesidad de autenticar el instrumento público, y que, por tanto, derecho notarial e instrumento público se conexionan entre sí por virtud del órgano dador de fe pública.

Dentro de esta brevedad de ideas, puede uno impulsarse a buscar otras, y decir, de seguido no más, que esa interconexión columbra el concepto de que el derecho notarial es derecho estático y dinámico, a la vez; lo primero, porque, por estar la notaría admitida como ciencia ella brinda las nociones teóricas fundamentales del derecho, estructurado y sistematizado bajo el punto de vista exclusivamente notarial; y lo segundo, porque, teniendo la notaría por objeto la autenticación de los actos y contratos, y la redacción a priori de los instrumentos y escrituras públicas, es forzoso el dictado de las reglas necesarias para concebir,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordenar y redactar la instrumentación pública, para analizar el derecho y calificar el acto, para atender su transformación, renovación y extinción. Y puede aditarse, además, que se divisa una suma de presupuestos y una multiplicidad de operaciones a cargo del documentador público que por razón de su importancia, corresponde tratar por separado. Asimismo, a) se vislumbra la coexistencia de dos derechos: de fondo, el sustantivo o estático; y de forma, el adjetivo o dinámico; derechos que no pueden escindirse por fuerza de su lógico enlace; y b) se percibe la creación jurídica - como producto racional, típico por su técnica y estilo - lograda por virtud de la actividad del notario. Se ha hablado de dos derechos: el sustantivo y el adjetivo, y por supuesto que tales derechos no son iguales. El distingo entre uno y otro encuentra su base en la facultad de obrar puesta en juego para obtener el fin previsto: "sustantivo" es aquel que, de existencia, concentra y unifica los derechos y obligaciones inherentes a las personas y dispone acerca del modo de usarlos; para imponer una finalidad el hecho jurídico demanda la conexión de múltiples aspectos; y "adjetivo" es aquel que señala las normas de conducta que deben realizarse para la formalización del acto que ha de contener el designio jurídico; en una palabra: el derecho adjetivo importa la seguridad jurídica del derecho sustantivo; es norma accesoria que se ejecuta como medio expeditivo de la norma principal. Uno y otro derecho son, recíprocamente, medio y fin para la preconstitución de la prueba, o sea, son manifestación y forma de la voluntad jurídica traducida y representada en el instrumento público, que, como pieza jurídica, es un producto de incomparable valor, puesto que concentra dos grandes atenciones: 1) la del planteo y profundización de la teoría del instrumento público, visto como documento público sustancial y formal; y 2) la del desarrollo del vasto tema que proporciona el concepto de oficial público. Con todas estas ponderaciones y sin perjuicio de otros méritos que aun pueden obtenerse por indagación y consiguiente estudio, se está en condiciones de emitir categóricos juicios acerca de la existencia de un derecho notarial sistematizado, puesto que los principios que lo componen aparecen como enlazados entre sí: 1) los principios propios, o sea, la razón fundamental de su existencia, cuya realidad está referida a valores únicos de verdadero orden público por lo mismo que caben ser respetados y obedecidos, tales como la autenticidad, la prueba preconstituida y la fe pública; 2) las normas exclusivas, convenientemente metodizadas por ser inseparables de la naturaleza de su mismo derecho; normas de fondo y forma que satisfacen las necesidades del propio derecho notarial, y que para su realización se conexionan armónicamente: a) el cumplimiento de los presupuestos, o sea, la calificación del acto por su naturaleza y objeto, el tiempo y el espacio en que el acontecimiento jurídico tiene lugar, los sujetos actuantes y su capacidad e identidad personal; y b) la prestación de la función notarial: aseveración de la verdad por virtud de la dación de fe pública; 3) la característica de su materia, subsumida en dos grandes rubros: hechos y actos jurídicos, y cuya acción derivada de la soberana

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad de las partes sólo puede ejercerse en el protocolo mediante la actuación notarial, eminentemente receptiva y autenticadora.

Por todo lo sucintamente expuesto se desprende que el derecho notarial es una realidad jurídica, y que los aspectos que lo destacan pueden concretarse a los siguientes: 1º) es positivo, vale decir, reconocido por la ley; 2º) es normativo, se valora sustancial y formalmente por los preceptos que gobiernan y disciplinan las declaraciones unilaterales y paccionadas de la voluntad humana; 3º) es genérico, rige para todos en cuanto favorezca o afecte por igual; y 4º) es autenticador, o lo que es igual, trasunta veracidad, fe pública. Desde el punto de vista de estos valores, o bien, axiológicamente considerado, el derecho notarial puede definirse (7)(177) como el conjunto de normas positivas y genéricas que gobiernan y disciplinan las declaraciones humanas formuladas bajo el signo de la autenticidad pública.

4) Finalmente, a pesar de la recepción del derecho notarial, habida por virtud del exhaustivo examen realizado a su materia, de tanto en tanto suele iterarse esta pregunta: ¿Existe realmente en derecho una rama que abraza conceptos jurídicos generales, aplicables por igual a la disciplina de la fe pública notarial? Para contestar a esta pregunta corresponde ante todo aceptar como premisa básica el haber de una ciencia del derecho, y el consiguiente conocimiento de estudios e investigaciones formuladas por numerosos tratadistas. Dejando de lado el apasionado debate de si el derecho es un producto de deducciones naturales, excogitadas por el intelecto humano, o ciertamente es una obra discernida por el ser pensante; y, asimismo, pasando por alto los planteos doctrinarios promovidos en derredor del derecho, en cuanto se lo concibe y admite como un conjunto sistematizado de "normas estatales" de carácter orgánico, es preciso advertir que la ciencia del derecho es una creación humana que ha sido instigada por elementales razones de necesidad: la protección jurídica y el ordenamiento legal, la conducta humana, la autenticidad funcional y la creencia pública. Estos valores han servido de médula a la rama del notariado, pues, encajan con exactitud y hacen de estrella polar en cuanto, con su luz, guían al horizonte de la comprensión de que la notaría es, vista de conjunto, ciencia por los valores teóricos que, cual soluciones, le sirven de sustentáculo, y correlativamente, es arte por la excogitación de los medios que demanda la practicidad, o realización de esos loables enunciados. El problema, pues, de si el derecho notarial es o no una rama autónoma, vale decir, si es o no de competencia netamente propia, radica en el hecho de determinar si los valores teóricos que detenta la notaría, y sirven de base a su estructuración, operan realmente como principios propios de un poder fedante exclusivamente estatal. Se comprende perfectamente bien, entonces, por el concepto que trasunta el notariado, que en el cuadro del ordenamiento jurídico: a) se hayan establecido los derechos patrimoniales y enunciado los preceptos de protección, y, asimismo, se hayan estatuido los relativos a la conducta humana que cabe seguir para la realización; y b) se hayan preceptuado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las reglas que conciernen a la consiguiente actividad funcional de recepción, redacción y sanción del acto que voluntariamente ejercido se encuentre legalmente previsto. Se comprende, de igual modo, que tales postulados operan como principios de un sistema que, por ser único y estar severamente disciplinado, se juzgan propios e inquebrantables. Se comprende también que en el proceso de formación del instrumento el funcionario viva la vida jurídica conociendo cabalmente a los individuos, al derecho invocado, y a la volición puesta en juego, pues estos aspectos esenciales se conjugan recíprocamente merced a una superposición concéntrica, por lo que quedan ligados entre sí por un nexo inescindible. En una palabra: los valores que hacen de fuerza creadora del notariado tienen una efectiva realización en el plano de la notaría. De consiguiente, el notariado y la notaría vienen a ser el contenido y la forma, lo sustancial y lo formal de una rama específica de preeminente postura en la vida del derecho, o lo que es igual, vienen a proclamar, cual principios, la libertad de su existencia, vale decir, de su autonomía.

5) Por último, y a modo de prolucción de un título, que podría rotularse "diversidad de criterios", se impone aditar lo siguiente: son múltiples las opiniones vertidas sobre la existencia o inexistencia del derecho notarial. Entrar en el análisis comparativo importaría asumir una tarea ardua, de mucha dimensión y responsabilidad, y su resultado, tal vez, fuera imperfecto. Parece más prudente, entonces, ofrecer una síntesis preceptiva para percibir, más de cerca, la característica de sus distinciones; ello, sin perjuicio de que en el planteo de una sistematización ofrecida como contribución a la solución se eche mano a cuanto punto de vista doctrinario merezca aceptación o rechazo. Para comenzar, puede enunciarse sumariamente que el problema de la autonomía del derecho notarial ha dado lugar a la formación de dos sectores peculiares: de un lado, y cada vez más numeroso, el sector de los reformistas, verdaderos agitadores del ambiente merced a una crítica alumbrada de reflejos cautivantes; y del otro, el bando de los quietistas, parcos e indiferentes, que, aún soñolientos, no han abierto sus ojos a la realidad; aquéllos, vibrantes, recibiendo el homenaje de los admiradores de un derecho notarial autónomo; estos otros, subyacentes, apenas iluminados por los resplandores de sus pálidas candilejas, y sin percibir el tintineo de los autonomistas que viene repicando en el ambiente.

Considerada en conjunto, la obra de los pro - autonomistas es de gran aporte, y merece buena atención: tratadistas y colaboradores ciertamente poseídos del tema analizan y juzgan los principios básicos de la rama jurídonotarial, algunos con aproximación de ideas, o con afinidad de criterios; otros con la intención de recentar el tema, agregando principios generatrices del derecho, o formulando un planteo en base de teorías relativas a la representación de los derechos en la normalidad, o del negocio complementario, o de la jurisdicción voluntaria, o de la relación jurídonotarial, o de la autenticación, o calificándolo derecho autónomo de la forma, o uniformándolo a una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

función ontológica, esto es, puramente instrumental o puramente egológica por causa del carácter de autor de la forma que debe asumir el notario en el ordenamiento jurídico, o haciéndola depender exclusivamente de la fe pública. Tales encontrados puntos de vista han suscitado una polémica, tanto en lo nacional como en lo internacional, en particular modo la teoría de la relación jurídica notarial. El designio que los autores se han propuesto es aparentemente sencillo, pues se piensa de inmediato que habiéndose fijado apriorísticamente el concepto de que el derecho notarial es rama autónoma, resulta fácil demostrar que tales principios son el sostén en que se apoya el derecho notarial. Desde luego, cada examen realizado es un presupuesto que cabe valorar y tomarlo en consideración para fundamentar, o para tenerlo presente como método, o para compararlo en lo legislativo u orgánico de su sistema, muy especialmente en cuanto a la tesis que estima que el notariado es un resabio histórico derivado del derecho procesal.

Como quiera que sea, aún existe en el gremio cierta parsimonia que es preciso azuzar para sacarla del límite de indigencia en que se halla postrada. Nada mejor, entonces, interpretando anhelos y aspiraciones comunes, que formular algunas apreciaciones críticas en cuanto a los puntos de vista expresados. Como primera ojeada cuadra apuntar que tal función notarial es de una naturaleza plástica de alta cotización, y pese al transcurso de las múltiples generaciones, sea por su plasticidad material, o por su complejidad esencial, o por ambas cosas a la vez, aun no ha modelado toda la ornamentación que ciertamente le pertenece. No hay en ello exageración: en tanto sigan los rescaldos y no se barran los escrúpulos, en tanto no se encare con atrevida audacia la reforma en toda su justeza, los esfuerzos no pasarán de ser puros amagos, meras tentativas; en una palabra: pese a las conquistas logradas, a la obtenida jerarquización de la función, el notariado seguirá enlutado entre muchas sombras. Por ahora, de tanto en tanto se lo ve brillar, todavía parpadeante, en los planteos que alientan los congresos internacionales del notariado. Y por desgracia, el halo refulgente aún no ha alcanzado adentrarse en la pesadez intelectual de los legisladores que, ajenos y vacíos al problema, siguen pecando de cómplices de una situación que, más que de suspenso, es de una inercia inexplicable. Empero, como quiera que sea, la evolución filosófica del notariado está en marcha; su voz es resonante y su empuje gana terreno día a día.

LEYES SOBRE DEBENTURES (*) (178)

CARLOS N. GATTARI

Dos son las leyes fundamentales sobre debentures: N° 8875, de 23 de febrero de 1912, cuyas beneficiosas disposiciones poco se usaron y, nada menos que cincuenta y cinco años después, la N° 17122, de 20 de enero de 1967, sobre moratoria previsional, que tampoco parecería haber tenido la trascendencia esperada.