

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trabajos

LA INSTITUCIÓN NOTARIAL Y EL DERECHO

IGNACIO M. ALLENDE

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. Antecedentes históricos y concepción moderna del notariado: I. Rolandino y el notariado científico. II El notario en sus orígenes. III. Justiniano y la regulación del notariado. IV. Carlomagno y el notariado francés. V. Alfonso el Sabio y el notariado español. VI. El notariado moderno.

CAPÍTULO II. Derecho y técnica notarial: I. Desarrollo conceptual. II. Declaración del III Congreso Internacional del Notariado sobre la existencia del derecho notarial. III. Concepción de contenido configurativo amplio. IV. La fe pública como estructura en que se fundamenta el derecho notarial. V. Concepción generalizada. VI. El derecho notarial como derecho autónomo de la forma". VII. Técnica notarial.

CAPÍTULO III. La notaría como especialización del derecho: I. Desarrollo conceptual. II. El notariado en el derecho anglosajón. III. El notariado estatizado y conceptualización de la institución por la Iglesia. IV. El notariado latino. V. El notario, profesional especializado del derecho.

CAPÍTULO IV. Adecuación de la institución notarial: Ejemplificando a través de la dación de fe de conocimiento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

INTRODUCCIÓN

El hacer historia como mero hecho de hacer y recordar no es propósito de este estudio. Nos alienta, sí, un sentimiento de historicidad que nos pueda hacer llegar hasta la fuente que nutre toda vida, incluso la de las instituciones. Vamos tras una fe histórica, quizá porque, como en toda época, el hombre considera que en esencia no existen garantías, sino tan sólo posibilidades. El hombre pareciera inclinado a integrarse en lo que es sólo medio y no fin, pero en definitiva, por no encontrar en ello satisfacción, termina por dar el espaldarazo a aquello que le presta valor y dignidad.

Todas las épocas han sido de transición y también de crisis; jamás el hombre acabará de maravillarse frente a acontecimientos científicos y adelantos técnicos, y producidos éstos adviene la transición que engendra la crisis; en definitiva desconfianza, sentimiento que se proyecta por todos y hacia todo.

El intentar retomar confianza en lo que han sido el hombre y sus creaciones durante milenios, significa apuntalar el edificio espiritual de la humanidad que pareciera derrumbarse. A lo que de primera intención aparentemente no cabe en el mundo nuevo se lo intenta destruir.

A las instituciones, creaciones del ingenio humano y cimentadas a través de la historia, se las presenta como caducas sin haberles otorgado posibilidad de adecuación. Sobreviene hostilidad contra el pasado y adviene la crítica que es virus social cuando está en función de destruir pero no es capaz de crear.

La importancia que los hombres acuerdan al conocimiento del pasado demuestra un instinto que, a pesar de todas las convulsiones, no quiere destruir la posibilidad de la continuidad histórica. Las celebraciones son un síntoma de la voluntad de conservación.

Haremos en este estudio una incursión en la historia, para destacar la evolución y estabilidad de una institución a través de los colapsos y contingencias sociales.

Al referirnos a la moderna tendencia de nivelación valorativa que tiende a generalizar concepciones, pondremos de manifiesto las dificultades de alcanzar una promiscuidad conceptual en determinados casos y en resaltar aquellos en que no sólo cabe la compatibilidad, sino que ésta es necesaria.

La embriaguez del espacio pareciera hacer sentir a la propia tierra y a los derechos que de ella emanan como algo que quedó atrás; y así se producen desapegos espirituales y desencuentros con la cultura y la civilización de hoy.

Trabajar por la incesante adecuación, no sólo a lo presente sino también previendo lo futuro, es la única esperanza que tienen las instituciones tradicionales de no estar continuamente vapuleadas por esa crítica que muchas veces es picota y no idea.

Si las instituciones no son esencialmente dinámicas correrán el peligro de malograrse, y toda evolución debe responder a realidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conceptuales.

El mundo está demasiado apremiado de urgencias de toda índole para poder captar nada que no sea positivo y tangible.

Este hecho nos previene contra toda postura ficticia.

La imagen de un notariado sustentado sobre motivaciones históricas y modernas y con miras de futuro, es lo que anhelaríamos poder proyectar, y lo intentamos por tener fe histórica en la institución y seguridad en su misión social en el devenir.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPCIÓN MODERNA DEL NOTARIADO

SUMARIO

I. Rolandino y el notariado científico. II. El notario en sus orígenes. III. Justiniano y la regulación del notariado. IV. Carlomagno y el notariado francés. V. Alfonso el Sabio y el notariado español. VI. El notariado moderno.

I. ROLANDINO Y EL NOTARIADO CIENTÍFICO

Puccinelli(1)(477) cuenta que el emperador Carlos V, al recibir el homenaje de las autoridades y profesionales de Milán, en el momento en que ante su presencia comparecían los escribanos se descubrió diciendo a los príncipes y nobles que lo rodeaban que estimaba muchísimo a los notarios por su fidelidad, cultura y buenas costumbres.

Este monárquico saludo, respetuoso y sencillo, se nos ocurre un reconocimiento histórico brindado para la historia. Gestos leves, frases cortas, que por provenir de grandes hombres no se olvidan jamás.

Interesa a nuestro propósito no ya el origen como la razón de ser de la institución notarial, enraizada en la sociedad tonificada por vivificante savia que la adecua y mantiene vigente.

¿Cuál es la fuente del prodigio de esa vigencia institucional a través de tanta y tanta historia? ¿El mito? ¿El apego socialmente justificado a las tradiciones? ¿O es que realmente el notario desarrolla su actividad en las más importantes contingencias de la vida civil, no solamente en la faz documental sino en forma históricamente gravitante como nexo legal y jurisperito?

En la Edad Media es cuando el notariado alcanza valor trascendente y se forja la imagen del notario como jurisperito ubicándose en su verdadero rol profesional. Y es entre los siglos XII Y XIII y en Bolonia, precisamente, cuando la notaría como especialidad del derecho adquiere jerarquía y características prominentes.

Bühler(2)(478) considera que la Edad Media revela una agitación espiritual superior a la de ninguna otra época de la historia y aparece sometida a transformaciones políticas, económicas, científicas y artísticas de gran envergadura; "pero, a pesar de estas transformaciones, la gente de la época estaba convencida y siguió estándolo de que la salvación de la humanidad no se cifraba en algo fundamentalmente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuevo, en el constante progreso, sino única y exclusivamente en dejar en libertad, en desplegar las fuerzas y los valores contenidos en el patrimonio heredado de la antigüedad. Este punto de vista absolutamente conservador - el cual no impedía naturalmente que a veces se abrazaran, sin darse cuenta de ello, caminos totalmente nuevos - explica muchos de los fenómenos casi inconcebibles de la Edad Media". El laborar para todos los tiempos - dice Bühler - es un afán perenne de la humanidad, y sólo los hombres y las épocas cuyo cerebro y cuya mano no se sienten paralizados por la idea de que todo el presente se hunde irremisiblemente y sin dejar rastro en el mar del pasado son capaces de crear cosas. "La fe en la pervivencia de los valores de la cultura y de la civilización, fe que se mantiene viva a través de la historia, desde la antigüedad hasta nuestros días, es fuente de poderosos estímulos para hoy y para el mañana, ya esté poseída la humanidad, como en la Edad Media, de la conciencia de un algo absoluto que el hombre no puede perder, ya concebido cuanto acaece como un proceso incesante de evolución y de cambio, con la incorporación constante de valores nuevos, y como la resultante del entrelazamiento y las mutuas influencias entre lo nuevo y lo tradicional". Con esta concepción de lo trascendente, en la Universidad de Bolonia - donde germinó en los siglos XII y XIII la semilla de la ciencia jurídica que sentó las bases del derecho común europeo - es que Rolandino acordó científicidad a la notaría, arte de tan lejano origen.

Por Falguera(3)(479) y Núñez - Lagos(4)(480) nos interiorizamos de la personalidad fulgurante de Rolandino, el boloñés güelfo, profesional en su notaría, consultor de la Sociedad de Banqueros, la más fuerte empresa de Bolonia, y de la Cancillería de la Comuna, Consejero de la República, reorganizador de su Partido, organizador de la Compañía Cívico - militar de la Cruz; creador de una milicia de dos mil ciudadanos adiestrados y armados que al toque de campana - según narra Núñez - Lagos - "un día de 1274 se concentró en la plaza, amotinó al pueblo, tomó militarmente el poder, organizándose espontáneamente entre milicia y pueblo, más que persecución, una verdadera cacería de gibelinos"(5)(481). Rolandino al subir al poder transforma la milicia ciudadana en ejército de la República. Dicta la carta en que informa al Papa del triunfo güelfo. Nicolás III logra poner de acuerdo a güelfos y gibelinos acerca de determinadas bases excepto una: la disolución de la milicia de Rolandino.

En 1280 se organiza la segunda y definitiva persecución de gibelinos, instituyéndose el cargo de "procónsul" para el que fue designado Rolandino y que puso el gobierno de la Ciudad en sus manos. Su gobierno fue justo y moderado - sigue diciendo Núñez - Lagos - y en los comicios del 14 de diciembre de 1284 obtuvo plenos poderes. Jurista ante todo, guió la revolución por cauces legislativos y promulgó y aplicó un nuevo orden jurídico, y en seguida se apresuró a dejar los cargos públicos en manos de otros.

Personaje tan poderoso, de personalidad tan polifacética, no pudo desoír

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el llamado de la vocación, y vislumbrando la trascendencia y dignidad de una profesión consagró su vejez a cimentar el notariado profesional y científico a través de sus enseñanzas. Novati, que fuera célebre profesor de la Universidad de Milán, dice: "En el 1200 se reputa verdadera ciencia la notarial". Al morir Rolandino la notaría era ciencia del derecho y el notario uno de sus artífices.

En el proemio de la "Aurora" Rolandino dice: "Es cierto que fui joven y casi ya soy viejo; durante toda mi vida escudriñé los misterios del arte notarial, ayudado de la divina gracia, leyendo, reflexionando y practicando sin descanso este ejercicio: mis manos examinaron en prolongadas y continuas prácticas este arte, adquiriendo firmes pruebas de su importancia, tanto oyendo a otros como palpando y viendo sus resultados".

En la pacífica relación jurídica entre los hombres, el contrato desempeña el rol fundamental dentro del cual Rolandino señaló como protagonista al notario. Al respecto en su Eurora Rolandino a modo de sentencia dice: "En cualesquiera negocios humanos de cuya ordenación legal se ocupe el notario conviene advertir dos extremos, a saber: el ius y el factum; la cuestión de derecho y de hecho . . . En efecto, el derecho lleva de la mano al conocimiento del arte notarial; el hecho a la facilidad en el ejercicio: se engaña quien, sin estos dos recursos, pretenda conocer el arte notarial; de donde se deduce que han de armonizarse en un buen notario. De uno y otro surgirá cierta coyunda armoniosa para que, sin arte no yerre como ciego en la aplicación de las leyes, ni resulte infructuoso por falta de habilidad en el ejercicio notarial".

Odofredo, Azón, Acurcio - de quienes Rolandino manifiesta en su "Flos Testamentarum" que expone sus enseñanzas -, así como Guido Fava y Raniero de Perugia que se suponen sus maestros en el "ars dictandi", e Irnerio, acordaron relevancia a la fórmula. Pero fue Rolandino quien señaló al mundo jurídico que el contrato merecía especial dedicación y ubicó como especialista al notario, conocedor de las leyes, jurista, entrelazando el ius y el factum; jerarquizando la artesanía notarial a través de sus obras, primero jurídicas, en segundo término prácticas.

A la muerte de Rolandino, Bolonia le erige un Panteón. Nos preguntamos: ¿Homenaje principal al ciudadano ilustre o al notario? Savigny de las inscripciones del panteón sólo nos transmite la que dice: Autore magno naturae lege vocato,
Patre Rolandino caetus Proconsule primo,

.....
.....

En el primer lado del monumento reza esta leyenda: Rolandino Passaggeri nacque di popolo in Bologna a 1207; nella giovinezza apprese ed insegno l'arte del notaio: in cui divenne autorevole famoso.

Se nos ocurre que el homenaje del pueblo de Bolonia era ofrendado en primer término al notario y en segundo lugar al ilustre ciudadano, a quien se puso el gobierno de la ciudad en sus manos con plenos poderes.

El tan augusto homenaje al notario le alcanza al notariado, a quien

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Rolandino ubicó por vez primera en la verdadera senda de su significación como ciencia y como arte(6)(482).

A partir de Rolandino el notario no ocupa fundamentalmente un cargo sino que ejerce una profesión. El consejero Favard desconocía este hecho - al querer aniquilar al notariado, pretensión esporádica pero sistemática a través de la historia - cuando dirigiéndose a la Asamblea de los Quinientos concluye su discurso increpando con las siguientes palabras: "El notario es todavía lo que era . . . conserva su actividad; sus prerrogativas y sus abusos. Sólo el notario permanece en pie entre los escombros de la Revolución".

El antiguo notario de los Richelieu, los Bretuil y los Froulay, dice la Marquesa de Créquy en sus recuerdos, había dejado un hijo que se llamaría luego M. de Voltaire(7)(483).

Alfredo de Noyes - recuerda Gregorio de Altube(8)(484) - copia una carta de Voltaire, donde recomienda "se reconozca a su padre cierto mérito por sus triunfos literarios, pues eso le pondrá contento". Ello explica en cierto modo el porqué la agria imprecación de Favard no tuviera eco en circunstancias tan propicias al derrumbe de tradicionales instituciones.

Con Rolandino nace el notariado jerarquizado como actividad profesional de derecho.

II. EL NOTARIO EN SUS ORÍGENES

La importancia que desee atribuírsele a nuestros antecesores no es jurídica. Ya se trate de los legógrafos griegos, los escribas hebreos y egipcios o los tabelliones romanos, éstos no eran jurisperitos en la amplia acepción de la palabra. Sin intención de hacer de este trabajo un estudio histórico institucional, y habiendo repasado los respectivos antecedentes, llegamos a la conclusión de que en los pueblos hebreo y egipcio, donde los escribas adquirieron gran preponderancia, ello no ocurrió precisamente por su actuación profesional específica, tal cual es concebida hoy y lo fue fundamentalmente a partir de Rolandino.

Escriba, ante todo, era quien sabía leer y escribir conocimiento poco común que los llevó a importantes funciones, entre ellas la interpretación y enseñanza del derecho. Esta actividad jurídica la desarrollaban determinados integrantes de una casta, no por ser escriba sinónimo de notario, sino por haber optado por el quehacer legal en lugar de otra actividad dentro de la administración pública.

Otro tanto ocurría en Egipto; escriba era el consejero del Faraón, el sacerdote, el magistrado, el funcionario, el doctor.

En Roma, los escribas no se confunden en modo alguno con los juristas, si bien podían llegar a conocer las leyes por razón de su oficio, pues eran quienes las copiaban y conservaban. Conocían como copistas lo que escribían los autores; reproducían, no creaban. Por sus manos pasaba la administración pública en todos sus organismos y ramificaciones, pero fundamentalmente como pendolistas, y no puede encontrarse en los orígenes de la actividad documental o fijativa del tabellio romano una significación jurídica creativa o configurativa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los tabelliones romanos eran llamados según la corporación a la que pertenecieran. Unos tenían por encargo escribir en tabletas de cera, otros conservar los libros; los notarii eran los diestros y ligeros para escribir - embrión de taquígrafos - en forma abreviada a medida que el orador dictaba los escritos o pronunciaba su discurso.

En definitiva los escribas romanos eran secretarios de funcionarios y magistrados, empleados para redactar y conservar documentaciones, eran peritos en el arte de escribir. Con el Corpus Juris Civilis de Justiniano la actividad del escribano con funciones documentales empezó a adquirir el cariz de profesión autónoma y a ser reglamentada en base a disposiciones legales. La Novela 45, de Justiniano, reglamentó la actuación notarial y fue el origen legal del protocolo.

Justiniano fue quien acordó al notario función documental organizada; Rolandino su relevancia jurídica profesional. A ambos elementos de su actividad conjugados, documentos y jurispericia, deben los notarios el prestigio profesional ante la sociedad y el notariado la trascendencia de que goza entre las instituciones civiles. No dudamos, en señalar a Justiniano y a Rolandino como los fundadores del notariado latino, que sigue encauzando legalmente las voluntades y dando relevancia jurídica a los actos y hechos en que la ley o los otorgantes tienen especial interés de resguardar o acordar erga omnes fuerza probatoria.

El documento auténtico y fijativo de los hechos y actos jurídicos configurado por persona idónea fue una preocupación de los gobernantes como consecuencia de una necesidad jurídica; en definitiva, fijar y salvaguardar la verdad de los hechos de la deformación, consecuencia del transcurso del tiempo o de la deshonestidad.

Núñez - Lagos(9)(485), que tanto y tan bien escribió para honra de los notarios, manifiesta "que el documento creó al notario; aunque el notario haga el documento".

Sin aventurarnos a profundizar las antiguas civilizaciones orientales, vemos como un punto de partida del documento la orden de Moisés del acto escrito para el repudio de la esposa (Deuteronomio XXIV, 1)(10)(486), acto que posteriormente fue sometido a formas minuciosas: escritura de caracteres claros, en doce líneas, sobre papel más largo que ancho sobre el cual no se perciba ninguna traza de raspadura ni la tacha más ligera(11)(487). Ya en el 600 antes de Cristo se han encontrado que el encargo de recibir y sellar los actos convencionales se daba a los escribas.

Los griegos, según Pappafava(12)(488), nos legaron documentos antiquísimos como "el testamento de Epitetha, matrona de Esparta, y fragmentos transmitidos por Laercio de los testamentos de Epicuro, de Platón, de Teofrasto y de Licone, el contrato de matrimonio entre Teagene e Ismene".

Los documentos eran pasados o no ante los escribas o argentarii y su intervención no acordaba a aquéllos especial eficacia probatoria.

En Roma, señala Núñez - Lagos(13)(489), el jurisconsulto se especializó principalmente en dos direcciones profesionales, la del ad vocatus y la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del tabellio. Ambos no tenían más título que su experiencia y su pericia" .
. . El abogado era, por regla general, orador, y el tabellio, escritor".

Nos inclinamos a situar al escriba hebreo y egipcio, al argentarius griego y al tabellio romano - como ya lo dijimos en lo que hace a lo jurídico - en la faz operaria, de copista, de amanuense, pero lo cierto es que el documento, como indica Núñez - Lagos, creó al notario.

No es nuestra intención acudir a la afirmación o a la negación en materia histórica; lo concreto es que sobre todo lo leído y que hace específicamente al notario tal cual hoy se lo concibe hay dos hechos fundamentales que son: en lo que atañe al documento y su vinculación con el notario y ordenamiento de actuación protocolar, la obra de Justiniano; en lo referente a su significación jurídica profesional, la obra de Rolandino.

III. JUSTINIANO Y LA REGULACIÓN DEL NOTARIADO

Justiniano, de quien se dijo que pasó de una cabaña de Iliria al trono de Constantinopla, más que por sus obras edilicias y sus guerras se inmortalizó como el Grande por sus obras legislativas. Sabido es que durante su Imperio se publicaron sucesivamente el Código, las Cincuenta Decisiones, el Digesto, La Instituta, la nueva edición del Código y, en fin, las diferentes Novelas, cuya reunión constituye el Cuerpo de Derecho de Justiniano.

Justiniano fue un renovador y, como tal, mereció la incompreensión de muchos juristas, especialmente de los de la escuela histórica. En sus códigos muchas veces - tantas como fue necesario - desfiguró o mutiló la opinión de los antiguos autores. Al respecto Ortolan(14)(490) se pregunta y luego afirma: "¿Hacía esto como historiador o como legislador? ¿Debía ofrecer a sus súbditos un cuadro de la ciencia del derecho antiguo, o debía darles leyes? Justiniano ha sido un emperador guerrero, arquitecto y legislador: de sus guerras nada ha quedado; de su arquitectura, sólo algunos monumentos, pero sus leyes han regido al mundo, y forman todavía la base de las legislaciones europeas". Así como Justiniano renovador desfiguró y mutiló, también conservó, y al conservar creó sistematizando.

En lo que hace a lo nuestro, la Novela 45 de Justiniano reglamenta las actuaciones notariales y fue el origen legal del protocolo. La Novela 48 establece la forma en que correspondía empezar las escrituras y los requisitos a que debían sujetarse los tabelliones. En la Novela 76 se esboza la relevancia probatoria de la escritura pública por la sola intervención del notario al preceptuar: "mas si el mismo notario escribió por sí todo el instrumento, y lo perfeccionó, o si está presente el que lo escribió o por otra causa no puede él comparecer, atestigüe, sin embargo, bajo juramento su propia intervención, de suerte que no haya lugar al cotejo, y sean también así fidedignos los documentos; porque el testimonio prestado por voz del que lo perfeccionó y que tiene agregado juramento dio cierto valor al negocio".

Con la creación del protocolo notarial por Justiniano comienza la

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regulación institucional del notariado. "Que los notarios no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el que al principio tenga el nombre que a la sazón sea gloriosísimo Conde de nuestras libertades (imposición del timbrado), la fecha en que se hizo el documento, y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido".

Justiniano instaura con el protocolo el mecanismo documental de mayor jerarquía, y con su creación es mucha la responsabilidad del gobernante y del legislador al ponerlo en custodia y manejo de calificada persona. Así es como la Constitución 115 puntualiza cómo ha de ser el notario preceptuando lo que transcribimos por ser de actualidad permanente: "Que tenga el conocimiento de las leyes, aventaje a los demás en la escritura manual, no sea porfiado, o de vida disoluta, conspicuo por costumbres e irrepreensible por su prudencia, juicioso, e inteligente, hábil para hablar y apto para raciocinar a fin de que no sea fácilmente llevado de acá para allá por escrituras de falsarios y argumentos de astutos". Y a estas exigencias de orden personal se agregan las siguientes de orden cultural: "El que haya de ser admitido ha de tener a la mano los cuarenta títulos del manual de leyes, y el conocimiento de los sesenta libros, haber aprendido todas las enseñanzas para no cometer yerros en las escrituras o para no sufrir equivocación en las palabras. Ponga manos de las escrituras en el Colegio y no las haga de improviso, pero si esto fuera descubierto decaiga en su cargo". Se destaca así la necesidad de capacitación técnica, de organización institucional y de regulación de la responsabilidad. Se estaba por entonces en el siglo VI de nuestra era.

Con las Novelas de Justiniano y la Constitución 115 del emperador León de Oriente, el notariado queda para el devenir jurídico cimentado sobre bases organizativas tan sabias como perdurables a través de la historia. Nada de lo dicho en lo que hace a la institución notarial pierde en el futuro relevancia. El Imperio romano había muerto en manos de Odoacro en el 476; el bizantino estaba decadente.

IV. CARLOMAGNO Y EL NOTARIADO FRANCÉS

A dos siglos y medio de Justiniano, Carlomagno gobierna y legisla, para en el 800 revivir el espíritu de Roma en el "Sacro Imperio". Al codificar Carlomagno legisla para el notariado disponiendo que los instrumentos de los escribanos tuviesen el mismo carácter, la misma fuerza y los mismos efectos que una sentencia inapelable. Ya el orden jurídico tiene a su alcance el documento oponible erga omnes por el hecho de ser otorgado ante notario.

Carlomagno ordenó a sus enviados instituir en cada lugar notarios, propuestos a las asambleas provinciales. Por un capitular del año 805 dispuso que también los obispos, los condes y los abates tuvieran sus escribanos propios(15)(491).

La legislación de Carlomagno cimenta y difunde la institución notarial en Francia.

Ya en el siglo XIII la mayoría de los actos en los países de derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escrito francés pasaban ante los notarios a quienes Houdard denomina magistrados independientes, quizá por la reticencia de siempre a calificarlos como profesionales. Houdard(16)(492) señala que cuando las provincias meridionales fueron reunidas al reinado, los reyes de Francia no tocaron a esta institución de notarios; por el contrario, le entregaron el monopolio de la escrituración, creando junto a ellos los notarios reales. Estas creaciones, según Houdard(17)(493), trajeron consigo una serie de desórdenes, los que junto con los abusos que cometían los notarios debido a su gran independencia hicieron necesaria una reglamentación; ella se produjo mediante la Ordenanza de Felipe el Hermoso, de julio de 1304.

Nos aferramos a este precedente histórico - la Ordenanza de Felipe el Hermoso - y las razones invocadas por Houdard que la motivaron, para poner en evidencia que en Francia existió en los orígenes de la institución notarial el notario profesional liberal, que configuraba el documento con fuerza probatoria especial a partir de Carlomagno, pero cuya especialísima delicada actividad exigía por parte de los poderes públicos minuciosa reglamentación.

Como elemento de valoración histórico sobre la concepción funcional del notario francés, recordemos que Lotario I, sobrino segundo de Carlomagno, entre otras disposiciones concernientes a los escribanos, fijó el honorario que éstos percibirían, es decir, se los reconoció como locadores de servicio.

El notariado francés, desvanecido en los primeros tiempos de la Edad Media, después de las Capitulares de Carlomagno, reaparece rejuvenecido y casi revestido de su forma actual: pletórico de prestigio, más que social, familiar, "Monsieur le notaire" es en la familia francesa una necesidad espiritual, con quien los padres sienten compartida la responsabilidad de las decisiones trascendentes.

Y siempre fueron grandes los reyes que en Francia tuvieron fe en los notarios después de Carlomagno. Felipe el Hermoso, Carlos III, Francisco I, Enrique IV y entre tantos, el rey San Luis a quien Cottignies(18)(494), al precisar el punto de partida del notariado moderno, lo conceptúa como el fundador de la institución.

La Revolución Francesa encuentra a los notarios divididos en tres clases: los reales, los señoriales y los apostólicos. La ley del 6 de octubre de 1791 suprime tales distinciones y la del 25 ventoso del año XI, con otras modificaciones, introduce una reestructuración, pero nada, absolutamente nada, se resta o se añade en lo que hace a la institución notarial en sí.

Los Revolucionarios siguen pensando de los notarios tal como el consejero del Estado Real, que manifestó conceptos siempre vigentes: "Al lado de los funcionarios que juzgan y concilian las diferencias, la tranquilidad llama a otros funcionarios que siendo tanto consejeros desinteresados de las partes, como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer la extensión de las obligaciones contraídas, redactan sus compromisos con claridad, dando el carácter de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un acto auténtico y la fuerza de un juicio, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito, impidiendo cualquier diferencia que nazca entre los hombres(19)(495)".

V. ALFONSO EL SABIO Y EL NOTARIADO ESPAÑOL

Observamos a través de las referencias históricas que hemos venido haciendo que cada estatuto notarial comentado ha sido dictado bajo el imperio de eminentes gobernantes y en circunstancias históricas coincidentes con transiciones político - sociales.

La reconstitución de la monarquía española por parte de Fernando III tuvo como consecuencia la concesión de fueros nobiliarios y municipales que si bien cumplieron una finalidad política positiva, en el orden jurídico y civil trajeron una verdadera confusión en cuanto significaron la instauración de una legislación múltiple y contradictoria.

Fernando III no alcanzó a cumplir su propósito de unificación legislativa y fue su hijo, Alfonso X "El Sabio", el gran codificador que España precisaba en esa encrucijada política y social que precedía a la reconstitución de la monarquía. En 1255 Alfonso promulga el Fuero Real, donde se legisla en siete leyes sobre la institución notarial.

Al igual que Justiniano, Alfonso por sobre todo es pensador y estadista y en el status legal ve reposar los cimientos de las grandes naciones y en definitiva de la civilidad. El Fuero Real no fue dique de contención suficiente para alcanzar la unidad legislativa anhelada y se hacía difícil arrancar tanto a la nobleza como a los municipios sus cartas y privilegio en los que fundaban sus derechos.

Por no bastar el Fuero Real y el Espéculo, Alfonso en 1265 promulga para gloria de España el Código de las Partidas.

Alfonso, para bien legislar - honroso precedente institucional - dedica un título, el XIX de la Tercera Partida, para organizar el notariado. No hace al propósito de nuestro trabajo el analizar estatutos legales en particular, pero destacaremos sí un hecho que confirma históricamente nuestra concepción sobre la naturaleza jurídica del escribano.

El Código de las Partidas consagra dos clases de escribanos: los de la casa del rey y los de oficio. Los primeros, notarios oficiales predecesores del notario eclesiástico creado por San Clemente, cuarto Papa de la Iglesia del 88 al 97, son los antecesores de nuestros escribanos mayores de gobierno; los segundos, los escribanos de oficio, lo que es lo mismo que decir de profesión, son los notarios que desarrollan su actuación dentro de la esfera privada. El notario, profesional del derecho con funciones especialmente reglamentadas, y con facultad de suscribir documentos que autentiquen actos y hagan constar hechos jurídicos con especial fuerza probatoria, es el notario de oficio o escribano público cuya actuación reglamenta la Ley IV del título XIX de la Partida III.

Los escribanos de oficio tenían por misión conforme a las Partidas redactar las escrituras de compra y de venta interviniendo en las situaciones surgidas de los contratos entre las partes, fueran éstas vecinas de ciudad o de villa. Les era impuesto el celo y cuidado en las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

atestaciones que realizaran, pues los beneficios de tal comportamiento se consideraban de suma importancia cuando se daba solución a los conflictos o se avenían a los contrincantes obteniéndose orden y paz en las cosas del reino. Las escrituras debían ser conservadas por los escribanos para mantener o resolver las situaciones legales ulteriores. Debían guardar secreto del acto cuando las partes lo exigían (Ley II), ser diligentes y expeditivos en los negocios (Ley VIII) y ser vecinos del lugar donde actuaran y estar allí matriculados para recibir y autorizar las escrituras.

Como en el Fuero Real y como en otros estatutos notariales desde la ordenanza de Lotario I, por la Ley VIII se establece el arancel como retribución de los servicios profesionales. Tan delicadas funciones las encomendadas al notario de oficio por las Partidas, justifican que mantuvieran lo que ya había dispuesto el Fuero Real estableciendo que el nombramiento de escribanos era una prerrogativa de la Corona. En la actualidad el nombramiento emana de la autoridad pública, en nuestro caso del Poder Ejecutivo, pero tal designación no acuerda al notario carácter de funcionario público, pues intrínsecamente no lo es como ya lo sostendremos, sino que es consecuencia de la reglamentación especial a que debe necesariamente estar sometida la actividad notarial. Vemos en las disposiciones del Fuero Real y del Código de las Partidas la reglamentación minuciosa de la actividad del notario como profesional y no como funcionario público y exaltamos estos antecedentes como de gran influencia en el sistema notarial de tipo latino, uniformemente adoptado con diferencia de matices por las modernas legislaciones de extracción románica, con la excepción provocada en Cuba con la implantación del sistema comunista.

VI. EL NOTARIADO MODERNO

El notariado sucumbe tan sólo cuando se avasallan las libertades individuales y se elimina o desvirtúa el derecho de propiedad. Los hombres libres precisan del notario para la mecánica de sus relaciones jurídicas, como los enfermos del médico, como el puente del ingeniero.

El modernismo mal entendido descalifica lo tradicional por el solo hecho de ser histórico, y no son pocos los que reniegan de tradiciones porque no les corresponden directamente, cuando en definitiva si son trascendentes pertenecen a todos y no sólo son espiritualmente necesarias, sino pragmáticamente insustituibles en determinadas organizaciones. Al modernista excluyente, que puede ver en nuestra institución enfocada solamente en su faz documental - de otro modo no se concibe - algo superado por la técnica, contestamos con conceptos de Gregorio de Altube(20)(496): "Los escribanos legítimos descansan en lo prestigioso, en lo reverencial de su orden, convencidos de que cuanto más noble es la casa más patentes son sus bastardías, y seguros de que la facilidad de la ironía aumenta con la altura del blanco".

Nada nos ha impresionado tanto en nuestro sentir profesional, como la conferencia que pronunció en el Colegio de Escribanos de Buenos Aires

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el notario español Gregorio de Altube bajo el título: "Sentido reverencial y valor literario del notariado". Nadie como él ha descrito, radiografiado, humanizado con tanta propiedad y con tanto vuelo literario la figura del notario, la síntesis conceptual de su ser o de su deber ser, su significación y su imagen: "enlutado, catarroso, tresillista y refranero, que sabe consolar en la alcoba modesta del labrador que se acaba con la palmada taumatúrgica de un viejo médico".

En lo que atañe a su ser, Altube cita a Ramón Gómez de la Serna quien en su Automoribundia relata su visita infantil a la casa de un notario de Paredes de Nava: "se notaba una cosa que después no he notado nunca... Se tenía allí una seguridad en el destino que no se sentía en otros sitios". La observación es sutil y la apreciación certera, dice Altube y agrega: "Da en el blanco de nuestra corpulencia. Para el público tenemos la estabilidad de lo apaisado, y somos en lo jurídico algo tan rítmico y acompasado como el metrómetro para el solfeo". Y qué sutil se muestra también Altube insistiendo en asegurar: "cuando una clase profesional es zaherida tradicional y continuamente como la nuestra, es indiscutible que también ha sido envidiada".

En cuanto a la significación del notario nada más tangible, nada más descriptivo, sencillo y profundo a la vez que los geniales brochazos expresivos de Altube: "somos nosotros los notarios quienes redondeamos esas leyes puntiagudas, quienes peinamos esas leyes hirsutas, enfermas de improvisación y plagadas de sectarismo que dientan los momentos revolucionarios. Desde la Revolución Francesa, hemos canalizado muchas. Y esa función conductora, un tanto cariñosa y mucho reguladora; esa función tutelar, un poco de nurse y un bastante de ángel de la guarda, ha impedido colapsos funestos. Podemos asegurarlo, somos el taxi y la ambulancia del derecho. Si la vida corre más que las leyes, nosotros conseguimos hacerlas llegar a tiempo; si las leyes envejecen, nosotros reanimándolas, aseguramos su existencia. Y resulta que ese alabeo de la ley, esa ortopedia del derecho, ese escribir en peralte para alcanzar el último deseo de un testador; esa maceración del vocablo para traducir la sutileza contractual de un aldeano, forzosamente nos lleva a una especialización".

Hemos terminado la cita de Altube - a quien rendimos homenaje de admiración - con la palabra "especialización".

La fundamental premisa de todo notario y el pilar en que descansa la institución es y debe continuar siendo la honorabilidad. Honorabilidad escrita con mayúscula, sobre la cual no cabe filosofar y que encierra y presupone condiciones elementales de salud moral. El honor es una virtud que sólo la poseen los sanos de espíritu como los récords sólo los alcanzan los sanos de cuerpo.

El sentido del honor y consecuentemente la honorabilidad se posee o no se posee por entero, no se tiene a medias ni en proporciones, es calidad y no cantidad.

El notario de todos los tiempos ha debida por regla ser hombre de honor, desde el momento en que ha sido depositario de la fe pública través de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tanta historia. La moneda y el escribano, y el escribano aún antes del ocaso del trueque, merecieron la fe pública porque mediaba, en la moneda el honor del cuño del Estado, y en la aseveración del escribano muy gravitadamente su propio honor.

La falsificación de la moneda, como los escribanos falsarios, no han podido descalificar conceptos que responden a una necesidad vital de los hombres: creer.

Pero así como han sido superados los sistemas primitivos de acuñación de la moneda, el sistema fedatario notarial ha debido y debe imperiosamente evolucionar para estar en el foco del objetivo de su razón de ser, o sea prestar la utilidad social que nadie puede discutir, pero con concepción jurídica y técnica acorde con los tiempos en que se vive.

Si el Concilio Vaticano II remozó la Iglesia, el notariado debe por las mismas razones de adecuación modernizarse en su estructura. San Clemente, el cuarto Papa, o sea el casi sucesor directo de San Pedro, recurre al notario con el cargo fundamental de recibir los actos de martirio. El notariado sirve a la Iglesia desde sus albores, dando fe sobre los actos de fe más sublimes y heroicos: dolor, sangre y plegaria.

La esencia de las instituciones, su razón de ser, son inmutables, pero el progreso impone evoluciones muchas veces fundamentales.

El notariado precisa impostergablemente su remozamiento y adecuación. Nos lo está urgiendo la propia sociedad en que actuamos a través de muchas exteriorizaciones que a nosotros, los propios notarios, no se nos escapan. Percibimos también que esas exteriorizaciones - llamadas de atención - son formuladas esporádica pero sistemáticamente a través de proyectos de reformas de leyes, de forma y de fondo, que en definitiva tienden a cercenar el alcance de nuestra esfera profesional.

Y si digno y enaltecedor es el carácter de depositario de la fe pública que a través del documento inviste el notario, se supone que quien optó por el ejercicio del notariado lo hizo por vocación jurídica, y ha de resistirse por todos los medios idóneos a su alcance al menoscabo de su jerarquía.

¿Cuál es el primer antídoto contra la desconceptualización profesional del escribano? Sin lugar a duda lo es el nivel moral de los integrantes de la institución, que por encima del concepto de bueno deben merecer de la opinión pública el de óptimo. En este sentido es fundamental la acción de los Colegios de Escribanos que agrupan y representan a todos los notarios de cada distrito y que ejercen con atribuciones disciplinarias el contralor profesional. Responsabilidad la nuestra de ser juzgados por nuestros propios pares que nos compromete doblemente con la sociedad por la distinción que ésta nos acuerda.

El segundo antídoto contra la desconceptualización profesional está en la especializada capacitación jurídica.

Si el ser honorable es primera y esencial condición, ello no basta para la sustentación profesional. El escribano ha de ser especialista del derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y para ser especialista de una ciencia o un arte es preciso primero haber abarcado en su integridad esa ciencia o ese arte.

En este sentido es fundamental la acción de las universidades. En nuestro país las universidades argentinas se pusieron a la altura de las exigencias, habiendo dado la pauta la Universidad de Buenos Aires al ajustarse a lo preceptuado por la ley 12990 que impuso para expedir el título de escribano haber obtenido el título de abogado y efectuar dos cursos de aplicación.

El notario letrado egresará así capacitado para la especialización. Todo lo relacionado al acuerdo o exteriorización de voluntades en el campo del derecho es de su incumbencia. Producida la litis, entre cuyos motivos los contractuales son una de las tantas causas de litigio, el campo de acción está reservado al abogado - sin perjuicio de su función consultora - y no de cualquiera, sino en determinados casos del especializado en la naturaleza del conflicto. Nadie más indicado que el penalista para defender a un querrellado criminalmente; el notario letrado no deberá incursionar en el proceso por cuanto no ha hecho de éste su especialización. Los límites impuestos al abogado están dados por su propia responsabilidad profesional, los del escribano por la ley que reglamenta el ejercicio de su profesión.

Todas las profesiones tienen sus decálogos ético - morales. Si se respetasen cabalmente, por encima de la propia estimación, la sociedad en definitiva, resultaría beneficiada.

Carnelutti (21)(497) ubica la actividad de los hombres de leyes asignando como actividad específica del abogado defensor postulare, responder es actividad común al notario y al abogado y cavere, esto es, precaver, es la función específica del notario y sin duda - lo afirma el insigne jurista italiano - la más alta y honrosa.

Nuestro concepto sobre la función social del notariado es tan "profesional" que consideramos que ella no termina con la escritura pública. Suponiendo que se prescindiera del requisito de la escritura pública para la constitución de las sociedades anónimas, no por ello los notarios seremos extraños a este tipo de sociedades. Donde haya contratos, allí estará presente el notariado.

El médico de campaña deberá actuar como tocólogo, oftalmólogo, y no se librárá incluso de actuar como cirujano; fundamentalmente tiene la posibilidad de culminar como gran clínico. Pero en los grandes centros urbanos, donde proliferan los institutos especializados y los centros de investigación, ¿qué más razonable y aceptado que los partos sean atendidos por los tocólogos, los niños por los pediatras, los tumores extirpados por los cirujanos y los alienados tratados por los psiquiatras?

El notariado debe evolucionar hacia la especialización. Nos declaramos partidarios de un "aggiornamento notarial", adecuando la institución al imperativo de la misión social que la época le impone. El gran maestro Carnelutti cree a pie juntillas en la función social del notariado y así textualmente lo expresa(22)(498): "Si tenemos en cuenta los progresos científicos que la técnica nos presenta cada día, podemos decir que si el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notario fuera exclusivamente un mero documentador, estará en trance de desaparecer porque con los progresos de la fotografía, de la cinta magnetofónica, etc., esa función de plasmar una declaración de voluntad en un documento de modo que no quepa ninguna duda acerca de su autenticidad se llegará a realizar por medios mecánicos y más que suficientes para los fines pretendidos. Sin embargo el notario tiene algo más que hacer, y estas consideraciones son las que nos llevan a la conclusión de que esta función documentadora es lo accesorio en el notario. De ahí la injusticia que supone llamarlos, como en algunos países, "escribanos", puesto que si por ser lo más aparente - sobre todo en base a la consideración histórica del desarrollo del notariado - puede confundirse la misión puramente adjetiva de documentador con su esencia, es preciso ir mucho más lejos para encontrar la verdad... La esencia de la función notarial hay, pues, que buscarla en otra que nos da de manera definitiva su base, su contenido y su significado. Esta esencia está en vías de encontrarse cuando se supone la idea de su misión con la mediación. Es decir, cuando se parte del estudio de la figura jurídica del intérprete. Pero no del intérprete material. . . y he aquí lo más importante, del intérprete jurídico. El notario lo que hace en realidad es interpretar, "traducir", la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, "ligar la ley al hecho".

Carnelutti, con todo el ascendiente de su prestigio como jurista y maestro de maestros, está indicando a los notarios el derrotero dentro del cual debe producirse la gran reforma no sólo legal sino conceptual de la institución notarial.

El tercer antídoto a la desconceptualización profesional es la reforma de concepto y legal. ¿La reforma del notariado deberá hacerse sobre bases y enfoques nuevos, o remozando como el jardinero que poda dejando el tronco sano que nutrirá de savia los nuevos brotes? La reforma será como la del jardinero. Nuestro tronco es como el de los olivos del huerto bíblico.

El notariado será fundamentalmente profesional. El documento notarial podrá ser superado por la técnica, pero el notario continuará siendo profesionalmente tan útil como la sociedad se lo exija; ésta podrá prescindir de funcionarios públicos en la medida que le convenga, pero los especialistas día a día surgen como secuela del progreso.

De la fe pública debe ser depositario un profesional del derecho que es el notario. Su especialidad es el contrato y la exteriorización de la voluntad y no un derecho autónomo susceptible de ser rebalsado por el amplio campo de su actuación.

¿Existe un derecho notarial? ¿No se identificará como un derecho autónomo lo que no es más que "legislación notarial", o sea, el conjunto de normas atinentes a la organización del notario? Y por último, ¿no se confunde derecho notarial con técnica notarial? Trataremos de contestar estos interrogantes en el próximo capítulo, para referirnos finalmente al alcance de la función notarial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CAPÍTULO II DERECHO Y TÉCNICA NOTARIAL

SUMARIO

I. Desarrollo conceptual. II. Declaración del III Congreso Internacional del Notariado sobre la existencia del derecho notarial. III. Concepción de contenido configurativo amplio. IV. La fe pública como estructura en que se fundamenta el derecho notarial. V. Concepción generalizada. VI. El derecho notarial como derecho autónomo de la forma. VII. Técnica notarial.

I. DESARROLLO CONCEPTUAL

Los hombres de derecho y específicamente los juristas, al enfocar un problema, no pueden prescindir, por lo menos de primera intención, de determinadas ideas directoras, producto de su formación y temperamento.

Así lo entendió Bunge(1)(499) cuando expresó que "no ha existido jamás un verdadero jurisconsulto cuyas ideas jurídicas no se relacionaran con sus conceptos genéricos del método, de la naturaleza de la sociedad y aún del universo".

El enfoque jurídico de un problema tendrá rumbos diferentes según que el expositor participe de una concepción jusnaturalista o comparta doctrinas fundadas en presupuestos jurídicos, pero de fondo primordialmente político o económico.

Las leyes pueden ser arbitrarias y mutables, el derecho natural ha de ser siempre justo y firme. Grocio, Pufendorf, Leibniz, Wolff, como sus numerosos discípulos, coinciden en que el derecho natural, ya tenga su origen en la naturaleza de las cosas, ya en la sabiduría de Dios, es innato e inmutable. Para los positivistas el derecho es un fenómeno y no puede tener más existencia que la empírica.

De la negación o de la prescindencia de los principios del derecho natural es como surgen leyes arbitrarias, creaciones artificiosas, cuando no nocivas, y esquemas infatuados en relación inversa a su consistencia científica. Esto dicho en función a lo trascendental. El perder de vista lo trascendental lleva a construcciones inconsistentes, que por carecer de científicidad no hacen más que enmarañar y oscurecer el camino que conduce a la gran síntesis que es: la verdad.

Del Vecchio termina su obra *El concepto del derecho*(2)(500), afirmando enfáticamente que "el derecho natural existe y tiene valor, porque existe y tiene valor el ser humano, del cual es atributo inseparable, y sus determinaciones se obtienen del examen de la misma naturaleza humana que la razón puede realizar recogiendo en sí misma. El dogma del esencia carácter positivo del derecho se deshace así por medio de la crítica, demostrando que ese carácter positivo nos es más que una imagen transitoria y superficial de una verdad más profunda".

Frente a las escuelas positivas, llámense histórica, económica, positiva del derecho penal, etc., el derecho natural ha resurgido como reivindicación contra concepciones filosóficas de fondo político y en pro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de lo esencial del sistema jurídico tradicional, que nace con el derecho romano.

Ha dicho el internacionalista ucraniano Halajczuk(3)(501): "Los juristas del mundo entero vuelven sus ojos hacia Alemania, donde está realizándose algo notable, extraordinario; más extraordinario que el propio "milagro económico" alemán. Es la reentronización del derecho natural en el orden jurídico de Alemania Occidental. Hay algo impresionante, algo dramático en aquella onda iusnaturalista que viene precisamente desde Alemania. Pues Alemania no es España, no es la patria de Vitoria, nación forjada en la Reconquista, que desde aquella época remota hasta hoy sigue identificando su individualidad nacional con su fe. Alemania es un país con un catolicismo hondo y sano, pero, sin embargo, es la patria de Kant, Hegel, Savigny, Stammler".

Estos conceptos destacan la existencia de un revisionismo, de un volver a las fuentes, precisamente en el país del gran milagro de la reconstrucción y en una de cuyas ciudades - Munich - se celebró el último Congreso Internacional del Notariado.

En Roma el derecho positivo tomó el nombre de derecho civil (jus civile), que comprendía también el público, el mercantil, el penal, etc. Con la división del trabajo, y en razón de las naturalezas y calidades diferentes de las normas, se han ido desglosando paulatinamente - parcializándose - ordenamientos jurídicos de las ramas madres del derecho positivo, hecho que la pragmática fue consagrando, en función a requerimientos metodológicos y didácticos.

Fue y seguirá siendo útil y necesaria la esquematización y clasificación técnica de las normas en forma metodológica, o sea aplicando método. Pero mucha responsabilidad cabe al jurista en emplear erróneamente el método jurídico que es el que construye conceptos, establece principios y determina la verdadera metodología integral, para propender al descuartizamiento del derecho positivo.

Una finalidad práctica no justifica teorías o slogans jurídicos que propician la autonomía de ramas del derecho, en detrimento de una integridad conceptual que debe mantenerse en razón del bien entendido concepto de "Método Jurídico" que es, repitiendo lo dicho, el que construye conceptos, establece principios y determina la verdadera metodología integral.

En las especulaciones jurídicas, como en cualquier clase de especulación, donde existen posturas antagónicas resulta positivo, para evitar caer dentro del círculo vicioso de las controversias bizantinas, que quien sustenta una tesis determinada ponga en evidencia su extracción o escuela jurídica.

En lo que a la división del derecho se refiere, quien tenga una inclinación a la escuela jusnaturalista, tanto más reacio será que otros que no la compartan en aceptar la creciente subdivisión del derecho que las múltiples relaciones jurídicas van imponiendo. En esta postura reticente declaramos estar ubicados.

Ayarragaray(4)(502), al manifestar su divergencia con la autonomía de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pretendidas ramas del derecho, expresa: "que cada vez que se crean teorías o slogans jurídicos se olvida el principio jusnaturalista que revela su antecedente".

El llamado impropiaamente derecho social, dice Bielsa(5)(503), que empezó siendo derecho del trabajo, es simplemente derecho; en rigor - agrega el maestro - todo ordenamiento jurídico es social.

De extracción jusnaturalista, Posada, sostenedor de la teoría de la indivisibilidad del derecho en público y privado, manifiesta que "los dos órdenes de derecho provienen del supuesto de que el derecho es obra objetiva del Estado cuando en realidad su génesis se halla en las reacciones subjetivas del individuo. El Estado no ha hecho más que regularizar el derecho, sin duda anterior a su organización". Y agrega: "La distinción entre el derecho público y privado ha tenido y tiene, sin duda, cierta realidad; pero no es intrínseca al derecho, no responde a exigencias universales y permanentes(6)(504)".

La evolución del derecho exige nuevos esquemas, clasificaciones y estructuras, pero no siempre lo nuevo es evolución; por el contrario, muchas veces es sólo innovación de consecuencias negativas. Producida la innovación, por negativa, se produce el fenómeno de la involución positiva tendiente a volver las cosas a su estado natural.

Todo ordenamiento jurídico que constituya una rama del derecho positivo debe responder a las leyes biológicas de todo derecho, tal cual son la sustantividad, la necesidad, la unidad y la evolución progresiva.

En lo que se refiere a la legitimidad de la autonomía del derecho administrativo poco puede dudarse. No obstante estar éste definido y consagrado, Posada(7)(505), revé en la segunda edición de su Tratado la determinación del concepto de esta rama jurídica efectuada en su primera edición, partiendo de la noción del derecho referido a las actividades y relaciones administrativas y reconociendo que el desarrollo ulterior del proceso valorativo carecía de rigor lógico y, consecuentemente, debía rectificarlo o complementarlo. Esa autenticidad científica de Posada lo lleva a enunciar y desarrollar un proceso lógico que puede servir de ejemplo para quien quiera fundamentar el concepto y contenido de una rama autónoma del derecho.

Posada establece dentro de un proceso lógico tres momentos principales: 1º) Consideración del derecho especial como expresión de valor jurídico, en cuanto el derecho de que se trate es derecho. 2º) Análisis crítico del elemento que caracteriza, diferencia y distingue específicamente lo jurídico, haciendo que el derecho de que se trate sea un derecho especial. 3º) Análisis crítico del significado, alcance y valor del derecho de que se trate como expresión o síntesis de relaciones jurídicas diversas, las cuales, o se ofrecen como resultado de una mera labor empírica y fragmentaria, sin trabazón interna o alcance esencial, y sin aquellas riquezas de formas, matices y manifestaciones referibles, en todo caso, a un concepto generador, o bien, por el contrario, el derecho de que se trate abarca, en la unidad de concepto, un conjunto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relaciones jurídicas, supuestos de normas, de tal modo referibles a una idea capital, que constituyen o puedan constituir un orden jurídico especial y específico y, doctrinalmente, una rama del derecho distinta.

Si pudiésemos llegar a determinar el concepto y el contenido de un derecho notarial a través del proceso utilizado por Posada con relación al derecho administrativo, no dudaríamos en reconocer su existencia.

II. DECLARACIÓN DEL III CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO NOTARIAL

¿Cómo se consagra la cientificidad o, por lo menos, la viabilidad de una rama autónoma del derecho? ¿Puede serlo mediante el voto mayoritario de un congreso de profesionales o de juristas? ¿Caben más ficciones jurídicas que las estrictamente necesarias y reconocidas para el mejor desenvolvimiento de las relaciones humanas?(8)(506)

Todos estos interrogantes nos lo formulamos frente a la declaración del Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París que, con la disidencia de la delegación italiana, se formuló así: "1º - El derecho notarial es el conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial. 2º - Este derecho existe en los países adheridos a la Unión y debe ser objeto de investigaciones científicas".

En nuestro país, la VI Jornada Notarial Argentina tuvo como tema central fijar la posición argentina frente al temario del Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino de París, próximo a celebrarse en ese momento, o sea, la existencia del derecho notarial. En dicha Jornada, a través de nuestro trabajo "El derecho notarial o realidad científica"(9)(507), quedó manifestada nuestra posición - la única negativa - frente al tema a tratar enunciado ya de antemano en forma consagratória como "Existencia y límites del derecho notarial".

De ahí en adelante mantuvimos silencio, y al cabo de catorce años en que mucho se dijo y fue escrito, nada nos iluminó lo suficiente como para hacer cambiar nuestra postura.

Nos informamos de la declaración del Tercer Congreso Internacional con escepticismo, el mismo que provocó a Villalba Welsh su crítica sobre determinadas declaraciones de los congresos internacionales(10)(508). Similar crítica formulamos en nuestro trabajo(11)(509), presentado al Cuarto Congreso Internacional del Notariado celebrado en Río de Janeiro, sobre el punto del temario: "Carácter y alcance de la función notarial".

Nos llama la atención en la declaración, no tanto el contenido, que se enuncia como configurativo del derecho notarial, como el hecho de que primero consagra su existencia y después recomienda que debe ser objeto de investigaciones científicas (cae de suyo que lo profesionalmente específico debe ser investigado). De las investigaciones científicas emanan las resultantes, por lo mismo que con el prólogo se comienza un libro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. CONCEPCIÓN DE CONTENIDO CONFIGURATIVO AMPLIO

Dentro de las concepciones sobre el contenido del derecho notarial, ellas oscilan entre las que le acuerdan uno amplísimo, diríamos superlativo, y que las restringen al punto de reconocer tan solo un embrión de rama autónoma, pasando por posturas intermedias

Mengual y Mengual(12)(510) enfoca el derecho notarial en base a dos criterios analíticos que él mismo ha denominado el criterio legal y el criterio científico o racional. Analizando la cuestión bajo el primer criterio, el legal, el autor citado dice que el derecho notarial constituiría el conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la institución notarial en distintos países. Pero Mengual y Mengual va más lejos aún, y afirma que no es este derecho, de suyo variable y mutable, el que precise formar, si se quiere que el notariado obedezca a un plan unitario y sustantivo de reconocida universalidad.

Aplicando su llamado criterio científico o racional Mengual y Mengual descubre en el derecho notarial perfiles propios que le hacen aplicables las condiciones biológicas de todo derecho, o sea, la sustantividad, la unidad y la evolución progresiva. El derecho notarial en base a esta concepción, no lo constituiría ya el conjunto de leyes que reglamentan la profesión del notario, sino "aquella rama científica del derecho público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona fehacientemente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales, mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del Poder Público... es rama independiente de todo derecho, aunque relacionada con las diversas concepciones de éste".

El propio prologuista de la obra de Mengual y Mengual, José Castán y Tobeñas, comentando la posición doctrinaria del autor, señala que éste va demasiado lejos en la determinación del ámbito que corresponde al derecho notarial como disciplina propia e independiente y, sin negarlo, agrega: "que por su parte limitaría su sustantividad y autonomía a lo que el autor llama derecho notarial formal".

Entendemos que tanto Mengual y Mengual como, y en menor grado, Castán y Tobeñas, son exponentes de los sostenedores de las concepciones que denominamos superlativas por el solo hecho de acordarle sustantividad al denominado derecho notarial. Dicha sustantividad pertenece solamente a las normas de derecho civil con que Mengual y Mengual pretende configurar el derecho notarial contractual subjetivo que es, según lo considera, el estudio de la persona física o jurídica (capacidad, incapacidades, representación) y el derecho notarial contractual objetivo, que se ocupa de los actos y contratos que son materia de autorización notarial en las varias ramas del derecho.

También entendemos involucradas dentro de las concepciones superlativas las de Sanahuja y Soler. Este autor define al derecho notarial(13)(511) como: "aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autenticidad y legalización de los hechos que dependen". Se le asigna así al derecho notarial un carácter tutelar preventivo que asegura la aplicación normal de los derechos, ya sean de carácter público o privado en cuanto unos y otros conceden derechos a los particulares, esto es, "en la medida en que la aplicación de las leyes depende de la declaración de voluntad de los interesados".

El derecho notarial sería adjetivo como el procesal, (y en esto es menos superlativo que Mengual y Mengual), y en la misma medida en que éste sanciona el procedimiento para defender el derecho vulnerado, el derecho notarial actuaría previniendo la futura normal aplicación del derecho adquirido por acuerdo de voluntades.

Para Sanahuja y Soler el derecho notarial es formal, en cuanto es una ordenación del derecho sustantivo desde el punto de vista de la autenticidad, legitimidad, coordinación de interés y eficacia ejecutiva, y en cuanto se vale como medio para su práctica aplicación de la forma instrumental. Pero resultaría que, por una parte, para el autor citado, el contenido del derecho notarial es tan amplio como necesario la protección de la normal y eventual aplicación del derecho adquirido contractualmente, en cualquier terreno del derecho, ya sea público o privado; y que por otra parte, limitaría el contenido del derecho notarial a la ordenación del derecho sustantivo desde el punto de vista de la autenticidad.

El derecho sustantivo a que se refiere Sanahuja y Soler es fundamentalmente el derecho civil. Dentro de una lógica estrictamente científica, creemos que no puede aceptarse la ordenación desde el punto de vista de la autenticidad, legitimidad y eficacia ejecutiva motivando la sanción de un derecho autónomo. En tal sentido coincidimos con Bielsa, quien en una de sus últimas publicaciones(14)(512) manifestaba "que en la dinámica profesional existen, verdad es, esas divisiones del trabajo que se llaman mecánicas por oposición a las orgánicas, y en no pocos casos eso ha derivado en abusos..." No hay necesidad - agrega Bielsa - de recordar lo de la dicotomía médica y cosas por el estilo. Se trata del derecho que tiene una unidad no escindible".

Y para fundamentar históricamente la existencia del derecho notarial, Sanahuja y Soler afirma que "hay una diferencia entre los conceptos que fundamentan el derecho civil y el derecho en general, y aquellos que constituyen la base del derecho notarial; el subsuelo sobre el cual se basan las construcciones del derecho en general es en cierta manera una sociedad virgen... En cambio, las ideas fundamentales del derecho notarial hunden sus raíces en una sociedad jurídicamente estructurada . . .".

El autor citado establece una diferenciación entre el derecho civil y el derecho en general y el derecho notarial en base a diferentes estadios de organización social, cuando en materia de derecho positivo la clasificación de ordenamientos jurídicos está dada por la naturaleza de los derechos que la norma tiende a reglar. Dice luego del derecho positivo: "que es una idea que gravita sobre la sociedad, un punto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cardinal, y en este sentido no tiene realidad sino que tiene vigencia".

¿Cuál podría ser una idea rectora - visto está que hasta ahora no hemos coincidido con ninguna de las analizadas - que acordase al derecho notarial permanencia como realidad?

IV. LA FE PÚBLICA COMO ESTRUCTURA EN QUE SE FUNDAMENTA EL DERECHO NOTARIAL

Couture y Arata parecieran encontrar esta idea rectora en la fe pública.

Couture manifiesta(16)(513) "que el concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del derecho notarial. Esclarecer aquél es someter a examen y poner en cuestión esta importantísima rama del derecho, tan ligada a antiguas tradiciones y tan urgida hoy de una autonomía que va conquistando por derecho propio".

Más adelante expondremos lo que con anterioridad en nuestro trabajo "Fe pública y función notarial"(17)(514), entendíamos por fe pública, y sobre este concepto se apreciará nuestra discrepancia con el gran procesalista uruguayo Couture.

La fe pública es un estado subjetivo, confundido corrientemente con el concepto de plena fe, que es medida probatoria, que en nada entendemos puede servir para fundamentar la existencia de un derecho notarial.

Arata(18)(515), considera que la fe pública notarial es la base en la cual reposa la estructura en que hayamos de levantar el derecho notarial. Antes de sentar su tesis, el autor citado formula la siguiente pregunta: "¿Qué relación tiene la fe pública notarial con el derecho notarial?" y contesta: "La necesidad de dotar a la fe notarial de valor trascendente ha impuesto también al notariado de importantísimos atributos, que son, sin duda alguna, los fuertes e indestructibles pilares en que descansa aquélla, por lo menos en el notariado de tipo latino"; y agrega a modo de conclusión: "ese conjunto de atributos son los que forman el derecho notarial. . .".

Entendemos que la relación que asigna Arata a la fe pública notarial con el derecho notarial es por carácter transitivo a través del conjunto de atributos que deben asignarse al notariado y, dicho de otra manera, consideramos que es en este conjunto donde Arata encuentra los elementos configurativos del derecho notarial. Ya expondremos nuestra argumentación en el sentido de que éste es contenido insuficiente para conformar la autonomía de una rama del derecho.

Y entramos de este modo a analizar un tercer enfoque sobre la apreciación del contenido del derecho notarial.

V. CONCEPCIÓN GENERALIZADA

Con fundamentación jusfilosófica, Villalba Welsh(19)(516) arriba a la concepción generalizada, manifestando que "el documento notarial y los deberes del notariado en cuanto a su formación, constituyen lo sustancial de nuestro derecho, o sea el derecho notarial propiamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dicho". El autor citado expresa que "el objeto del derecho notarial es la conducta del notario como notario, o sea, en cuanto autor de la forma pública notarial". Colocándonos en la posición egológica que ve en la conducta en su interferencia intersubjetiva el objeto del derecho, y no en las normas que tan sólo serían los juicios que mientan esa conducta, no encontramos razones suficientes para que la conducta del notario sea el objeto y fundamento la existencia de un ordenamiento jurídico especial, rama del derecho que puede reunir las condiciones de viabilidad indispensables.

La conducta podrá ser objeto de derecho, sin necesidad de que tengan que responder tantas divisiones de éste como profesiones existan, estén o no reglamentadas orgánica y disciplinariamente. Tanto las normas que para el autor citado constituyen el derecho notarial orgánico (organización del cuerpo), como las que constituyen el derecho notarial disciplinario, por su carácter puramente reglamentario, no pueden justificar por sí solas la erección de una rama del derecho.

José Máximo Paz(20)(517) define el derecho notarial como el estudio de normas jurídicas contenidas en diversas leyes, que reglan las obligaciones y modalidades a que debe ajustarse el ejercicio activo de la función del escribano, como regente o adscripto de un registro de contratos públicos.

Giménez Arnau lo hace considerándolo como el conjunto de doctrinas, o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento(21)(518).

Maigret(22)(519) expresa que "en Francia especialmente y Bélgica también, al parecer, el derecho notarial no significa otra cosa que el conjunto de leyes y reglamentos que rigen el ejercicio de la profesión y la forma de los actos notariales en una región determinada".

Basten estas definiciones como muestrario de la concepción generalizada. Pero para arribar a una definición conceptual, calificando no ya como "legislación" sino como "derecho" en nuestro caso al notarial, es necesario hacerlo siguiendo un proceso lógico - como podría ser el de Posada - que por lógico debe ser necesariamente claro, sin recurrirse a galimatías y argumentaciones artificiosas, con profusión de citas y teorías que poca o ninguna relación guardan con el fondo del problema.

Mustápich(23)(520) manifiesta que el estudio del derecho notarial comprende un aspecto importantísimo del derecho formal, cual es la vestidura y exteriorización auténtica de la voluntad jurídica, y comprende entonces la teoría general del instrumento público, así como las normas que regulan la intervención de los oficiales públicos en la documentación pública, su organización, así como todo lo relativo a registros públicos.

Cabe destacar que este autor arriba a su conclusión luego de analizar doctrinas que, a su decir, pese a su atrayente y pseudo científicidad, olvidan conceptos jurídicos elementales para fundamentar una autonomía y una jerarquía por vía equivocada. La verdadera - agrega -, la que tratamos de fundamentar, es la que funda el derecho notarial como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho autónomo de la forma. Mustápicich analiza la teoría de Monasterio sobre la biología de los derechos en la normalidad y su representación, la del negocio complementario de Degenkolb y Siegel, de la relación jurídica notarial, de la jurisdicción voluntaria y de la prueba preconstituida, como si fueran teorías enunciadas en función de fundamentar la existencia del derecho notarial, cuando, equivocadas o no, al ser formuladas no han tenido ese objeto. A modo de ejemplo, diremos que cuando Monasterio se refiere a la necesidad social de dar al derecho corporeidad, una representación sensible y perfecta de su vida que permita su aceptación pública, no está fundamentando el derecho notarial, sino tan solo se está refiriendo al derecho subjetivo en general. Al respecto Monasterio expresa que en el derecho moderno las leyes que han creado el Registro de la Propiedad, el civil, el mercantil, el de la propiedad intelectual, el de patentes, el de actos de última voluntad, responden a esa necesidad de acordar corporalidad, realidad objetiva, a los derechos nacidos de relaciones jurídicas(24)(521).

Henri Maigret(25)(522), luego de definir lo que en Francia y en Bélgica se entiende por derecho notarial, hace uso de razonamiento similar al nuestro para descalificar la definición generalizada sobre el derecho notarial al decir: "que esto no es una rama del derecho, es decir, una construcción jurídica basada en principios de alcance universal, y lógicamente organizada en función de esos mismos principios, sino más bien una legislación de carácter contingente y particular que no podrá ser calificada como rama del derecho y mucho menos ser considerada como autónoma". Pero luego Maigret, en la misma publicación, a escasos renglones de los reproducidos, se desdice sosteniendo lo mismo que criticó al expresar: "¿el derecho notarial no sería entonces el conjunto de reglas jurídicas que gobiernan el ministerio notarial de la autenticación? No será el derecho de la forma, generadora de autenticidad? . . . Precisar los atributos de la función notarial, es decir, trazar los límites del derecho notarial concebido como el derecho de la forma instrumental, es sin duda un problema mayor, más importante y más difícil de resolver que el de la existencia misma de ese derecho".

Maigret pretende para su derecho autonomía basada en principios rectores, pero vanamente los busca y vuelve sobre las fundamentaciones clásicas. Era la época del magno Congreso Internacional de París que debía consagrar públicamente la existencia del derecho notarial. Los notarialistas forzaban sus argumentaciones y agudizaban sus razonamientos; era imperativo aportar nuevos elementos que hiciesen más viable lo que ya estaba en el ánimo de la mayoría consagrar. Sólo los italianos guardaban reserva, no habían podido descubrir lo que los demás creyeron vislumbrar; votarían fundadamente por la negativa en el plenario. El insigne jurista Carnelutti había abierto opinión al respecto y su figura se proyectaba en el Congreso, honrándolo a través de su pensamiento.

VI. EL DERECHO NOTARIAL COMO "DERECHO AUTÓNOMO DE LA FORMA"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Y entramos así a un último análisis de nuestro problema.

Muchos son los autores que califican el derecho notarial como derecho autónomo de la forma. Así se enuncia el VII punto del temario del Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París.

A medida que discurrimos más y más sobre el tema, tenemos creciente impresión de ir adentrándonos en un laberinto sin real salida. Como si el problema de la existencia del derecho notarial no nos bastase, por añadidura se nos presenta ahora un nuevo derecho, el derecho de la forma. Aceptémoslo como calificativo de un concepto opuesto a otro, como lo puede ser el derecho sustancial, y con la misma complacencia benévola con que aceptáramos la incomodidad de un salto para evitar un charco.

El derecho formal y su relación con el derecho notarial, ¿en qué consiste? En definitiva: ¿No concluiremos en el instrumento público? Parece que sí, a través de lo que enseña Núñez - Lagos.

Núñez - Lagos(26)(523), refiriéndose a la existencia de un derecho de la forma, su objeto y límite, expresa que forma y derecho notarial no coinciden. El derecho de la forma o de las formas sólo de un modo geoméricamente secante se interfiere en el derecho notarial. Quedan expulsadas del derecho notarial: a) Las formas meramente verbales u orales; b) Las formas escritas que no constituyen documentos públicos; c) Las formas públicas intervenidas por funcionarios distintos del notario. El derecho notarial es sólo una parte del derecho de la forma. Tiene por objeto aquella forma pública intervenida por el notario, denominada, a partir del siglo XIII, instrumento público. Lo que equivale - continúa expresando Núñez - Lagos - a poner de manifiesto que hay dos columnas sobre las cuales se erige el derecho notarial; el notario y el instrumento.

Hemos arribado, en definitiva, como lo anticipáramos, al instrumento público como elemento fundamental en que se erigiría el derecho notarial.

Núñez - Lagos(27)(524), afirma 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 - agrega - para ser autónomo, sin derecho civil, ha de llegar a ser el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulen el instrumento público y la actividad documental del notario.

Si tenemos en cuenta que la escritura pública o el documento notarial es especie, dentro del género instrumento público, el derecho notarial, siguiendo la concepción de Núñez - Lagos, debiera restringirse más aún y ser el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulan el documento notarial y la actividad documental del notario.

Y así, por vía de síntesis, nos encontramos con que el contenido de la pretendida rama autónoma del derecho es tan exiguo que, de ser esto, el llamarla derecho notarial es como poner un pedestal al botón del uniforme de un héroe nacional.

En la ponencia de la delegación italiana en el Tercer Congreso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Internacional celebrado en París, están vertidas los siguientes conceptos identificados a los nuestros, cuando intervinimos en la VI Jornada Notarial Argentina que precedió a dicho Congreso: "En nuestras notarías todo el derecho vive, y no solamente ese poco o mucho que se desea ahora y como quiera que se desea ahora y como quiera que se lo entienda, clasificar como «derecho notarial»; no hay sector de la ciencia jurídica al cual pueda el notario sentirse extraño, como no hay parte de la norma jurídica que pueda más o menos a sabiendas prescindir de la evolución de las instituciones de los cuales somos, más que los testigos, los artifices".

Aceptemos que lo que está en cuestión sea la teoría general del instrumento público. ¿No estamos confundiendo derecho notarial con técnica notarial, en definitiva, técnica jurídica, o sea, el resultado de una natural colaboración del jurista, merced a la acción de los usos y las costumbres y de la jurisprudencia y al influjo de las doctrinas?

VII. TÉCNICA NOTARIAL.

Los romanos - recuerda Carnelutti y reiteramos la cita(28)(525) - resumen en tres palabras la actividad del jurista: postulare, actividad específica del abogado defensor; respondere, actividad común al notario y al abogado defensor, y cavere esto es, precaver, que es la función específica del notario y, sin duda, la más alta y hermosa.

La actividad del notario dentro del derecho es tan amplia como imprevisible es la voluntad de las partes, a la cual el profesional deberá encuadrar dentro de la norma legal. La notaría es un importantísimo laboratorio experimental en donde se tiene que aplicar el derecho, todo el derecho; y para aplicarlo con debida seguridad el notario debe tener cabal y amplio conocimiento de él, es decir, ser un jurista.

Frente al notario desfilan las partes, "sus clientes", con múltiples problemas y acuden a él como consejero no sólo en materia de derecho, pues también le dejan un manojito de inquietudes y tribulaciones de orden personal que por su subjetividad le imponen la necesidad de actuar como psicólogo y de abocarse a cavilaciones complejas, puesto que no debe errar al interpretar y plasmar voluntades.

El despacho del notario debe ser para el público un confesionario, su notaría un templo; a él se acude siempre en busca de seguridad, y es obligación principalísima del notario brindarla en base a conciencia y a ciencia.

Para aplicar su ciencia el notario ha de recurrir a la técnica que es otra clase de elaboración jurídica. La ciencia brinda los conocimientos; la técnica asegura la utilización efectiva de esos conocimientos.

La técnica, dice Posada(29)(526), "no puede ser obra individual; ningún jurista sería capaz de crear una técnica jurídica. Es ella obra del tiempo y en su formación y perfeccionamiento participan los juristas que laboran en la práctica del derecho. La técnica no puede concebirse sino como una obra impersonal y colectiva". Es sí, patrimonio de cada profesional el mayor o menor grado de habilidad con que aplique la técnica jurídica, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es en este terreno donde se ejerce, en la medida de las posibilidades individuales generalmente innatas, un verdadero arte.

La técnica que utiliza el notario en su amplísima actividad de responder y cavere, es y debe ser la técnica jurídica, porque es todo lo jurídico su campo de acción.

No puede restringirse, sin desvirtuar el verdadero alcance de la función notarial, la actividad del notario a la faz documental. El documento notarial es el continente legal de un contenido jurídico emergente de procesos volitivos simples o complejos, pero que en todos los casos deben ser debidamente interpretados y encauzados.

Si para el notario la teoría general del instrumento público debe ser de importante preocupación, no por eso debe centrarse en la faz documental la principal actividad notarial. Ver en ello lo fundamental es como detenerse a admirar un marco sin reparar en la factura pictórica de la tela, o estar en una gran biblioteca y sobrecogerse de admiración por el ambiente, sin valorar el contenido de sus anaqueles.

Haciendo uso de la dicotomía médica, podríamos decir que así como la técnica quirúrgica es una técnica especial dentro de la técnica de la medicina, la notarial lo es dentro de la jurídica.

Y la técnica notarial se proyecta principal y fundamentalmente en lo que hace al documento notarial. Y aquí viene nuestro interrogante que anuncia nuestra conclusión.

¿No se confunde derecho notarial con técnica notarial?

Entendemos que el instrumento público y el documento notarial es derecho civil y debe serlo por su interdependencia con las disposiciones sobre hechos y actos jurídicos, nulidades, simulación, actos ilícitos, delitos, cuasidelitos, contratos en general y obligaciones que nacen de los mismos, consentimiento, forma de los contratos y sus efectos, y todas aquellas disposiciones que irremisiblemente deben mantener su unidad, y sólo se pueden desglosar desconociendo una concepción civilista integral.

Vemos que cuando se habla de derecho notarial, incluso cuando se programa su estudio, se hace mención a la forma, a la relación jurídica notarial, al documento notarial y sus elementos, clasificación, contenido, formación, protocolo, fe de conocimiento, capacidad, legitimación, representación, audiencia, ordenación del documento, actas, documentos extraprotocolares, sus clases, copias, certificados y extractos, copias simples, reconstitución, conservación y archivo, etcétera. Consideramos que se enuncian como del derecho notarial materias de derecho civil y elementos resultantes de elaboración que puede ser denominada "técnica notarial".

"Técnica notarial" es, a nuestro entender, la elaboración jurídica que tiende a asegurar la más eficaz configuración y utilización del documento notarial.

En el terreno jurídico lo técnico no va en zaga, en cuanto a jerarquía a lo científico, si ello es lo que se teme o se quiere evitar. Al respecto, Geny(30)(527), dice que entre las dos clases de elaboración jurídica,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

separadas bajo el nombre de ciencia y técnica, no podría establecerse una jerarquía absoluta, pues tanto la elaboración científica como la elaboración técnica aparecen igualmente indispensables; la primera da las bases del edificio; la segunda representa las distribuciones específicas y asegura su utilización efectiva.

"El derecho - dice Jacques Leclercq - es una de las realidades más importantes de la vida social. Todo el mundo habla de él y cada cual tiene la impresión de saber muy bien de qué habla. Derecho es el Código Civil; también lo es la Constitución. Pero, cuando se trata de definirlo con toda exactitud, de definir su objeto, su extensión y los signos característicos que hacen del derecho una realidad diferente de todas las demás realidades sociales, no se está de acuerdo y cada jurista lo define a su modo(31)(528)".

CAPÍTULO III LA NOTARÍA COMO ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO

SUMARIO

I. Desarrollo conceptual. II. El notariado en el derecho anglosajón. III. El notariado estatizado y conceptualización de la institución por la Iglesia. IV. El notariado latino. V. El notario, profesional especializado del derecho.

I. DESARROLLO CONCEPTUAL

Al decir "notaría" empleamos un vocablo referido al derecho similar al de "cirugía" referido a la medicina. Hacemos referencia a una especialización y ésta se justificará según el tipo de notariado de que se trate.

La profesión de notario, sabido es, se ejerce en forma diversa según los países y con marcada diferencia entre aquellos que aplican el derecho latino y los países anglosajones, como así también aquellos sometidos a regímenes comunistas. La especialización profesional del escribano está condicionada por el alcance de su función y ésta a su vez, por la concepción jurídica de cada pueblo.

Lo notarial no responde a una concepción universal, por la razón de que la valorización conceptual del derecho, como toda ciencia social, se desarrolla en una atmósfera poco favorable a la precisión.

El fenómeno notarial está condicionado al derecho positivo del mismo modo que éste a la configuración social de cada pueblo. Así como al derecho escrito de origen latino responde en general un notariado tipo de destacada relevancia y jerarquía profesional, ésta decrece en los países de legislación anglosajona y se subalterniza en los regímenes comunistas. La existencia de la "Unión Internacional del Notariado Latino" - organismo que enalteció Pío XII en su postrer mensaje - - es una demostración cabal de esta realidad jurídica.

Repasemos el papel social del notariado en los diferentes regímenes jurídicos para arribar a conclusiones, en lo que hace al notariado de tipo latino, que responde, no a una creación ocasional y artificiosa sino, por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrario, a una tradicional realidad merecedora de la mayor preocupación para el logro de su perfeccionamiento.

II. EL NOTARIADO EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Si existe algún país donde la influencia jurídica organizativa de los conquistadores no ha cimentado estructuras en el territorio conquistado es Inglaterra. Entre los siglos VI y IV antes de Jesucristo llegaron a Inglaterra tribus celtas de origen indoeuropeo - se dice - compuestas por nómades que cubrieron primero la Europa central y fueron avanzando hasta las Galias, España y las Islas Británicas y acabaron por ser absorbidas por los romanos.

Dos siglos antes de Jesucristo llega al estuario del río Dee, la vigésima legión romana, que llevaba el nombre de Valeria Victrix, y levanta la fortaleza que daría origen a la ciudad de Chester.

Chester, como otras ciudades inglesas, sigue marcada con el sello imperial de Roma. Los testimonios son muchos: fragmentos de columnas en el lugar ocupado por la antigua fortaleza, la importante colección de lápidas con inscripciones latinas que se conservan en museos, los restos de cañerías de plomo instaladas bajo el gobierno de Cnaeus Julius Agrícola, comandante de la legión, suegro del historiador Tácito, y no deja de ser sugestivo el orden en el trazado de las calles, senderos romanos entre el caserío isabelino(1)(529).

Raros vocablos se remontan a la primera conquista romana como street y mile. ¿Un emperador, caminos, un muro, era pues, todo lo que legaba Roma después de cuatrocientos años a la más lejana de sus provincias? Esa pregunta se formula André Maurois en su Historia de Inglaterra y, sin puntualizarlo el historiador, queda comprendido en su interrogante este otro: ¿Qué quedó del derecho romano en las Islas Británicas?

Las fuerzas telúricas plasman las costumbres y los anglosajones instauraron las suyas como creación "a medida de esas tierras", y esas costumbres se hicieron ley, que ni el cristianismo ni el germanismo ni las invasiones danesas ni la conquista normanda pudieron quebrar. La balanza de la justicia anglosajona dependía no de las pruebas, sino de los juramentos.

Los romanos no pudieron brindar a Inglaterra su mayor legado a la humanidad, "el derecho romano", y en la isla donde los acantilados simbolizan su personalidad germinó el derecho anglosajón.

Diego Hidalgo(2)(530), parangonando el derecho romano y el anglosajón, dice: "El derecho romano es un magnífico jardín trazado por arquitectos, cuyas líneas regulares son de una exactitud matemática. El derecho anglosajón es un magnífico bosque nacido espontáneamente, y en el que los hombres no han hecho otra cosa que desbrozar senderos para utilizar sus frutos y para recibir las caricias del sol. El jardín es bello pero no tenemos más remedio que confesar que el bosque tiene también su belleza".

El derecho de propiedad en Inglaterra es un derecho históricamente superlativo, que ha dado lugar a que se diga de la casa de un inglés que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es un lugar donde entra el aire y el sol pero no el rey si el dueño no lo permite. No obstante, el notario, elemento fundamental dentro del derecho de raigambre latina, no gravita en el profesionalismo británico. Quien quiera ver en ello un argumento generalizable en contra de la institución notarial, cometerá un error seguramente como consecuencia de desestimar la diametralmente opuesta configuración del derecho anglosajón y del latino.

Para el derecho de origen románico las leyes obligan desde que se promulgan; nada vale su ignorancia; los actos ejercitados contra ellas son nulos, si van contra el interés o el orden público o en perjuicio de un tercero son irrenunciables; sólo se derogan por otra ley y no prevalecen contra ellas el desuso, la costumbre o la práctica en contrario. El artículo 17 de nuestro Código Civil dispone que el uso, las costumbres o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos.

Un jurista inglés al referirse a las fuentes del derecho latino con irónico grafismo, manifestó que ellas están enunciadas en forma tajante, "a golpe de hacha". Hidalgo(3)(531), refiriéndose a esta reflexión replicó diciendo que cierta era la aseveración del inglés; todo es tajante, pero lo estimó claro, útil y necesario, pues su mentalidad, su formación, el concepto que había aprendido de lo que deben ser las normas del derecho objetivo exigían precisamente claridad, utilidad, precisión, concisión; por el contrario, el jurista británico consideraba que un juez inglés rasgaría sus vestiduras al tener que dictar sus sentencias atezado por esos férreos preceptos, desprovistos del temple y ductibilidad del acero.

La costumbre, subsidiariamente aplicable y para nuestro Código Civil solamente cuando la ley se remite a ella en forma expresa (art. 17 del C. C.), es la esencia del derecho anglosajón, donde el common law, refundición de seculares costumbres locales maceradas, estilizadas y clasificadas es ley. Subsidiariamente y al modo de la costumbre en el derecho latino, la equity y los standards jurídicos, apreciaciones de conductas fundadas en el sentido común, son los auxiliares del derecho inglés.

Hacer valorizaciones sobre la relevancia de la institución notarial en base al derecho comparado anglosajón puede inducir a gravísimos errores.

La función del notario en Inglaterra y los Estados Unidos, circunscripta a restringidísimos límites, puede tener su explicación en esas naciones pero de ningún modo servirá de antecedente en los países de derecho de extracción latina.

En Inglaterra existen los notarios generales de distrito y los de la City, entre estos últimos los de Londres y Westminster aglutinados en la Sociedad de Escribanos. Al nombramiento precede un juramento ante un tribunal especial, un aprendizaje en una notaría y haber sido admitido en la Sociedad de Escribanos previo examen sobre derecho general inglés, procedimientos judiciales y conocimiento de un idioma extranjero. Los notarios ingleses no están obligados a aceptar la prestación de sus servicios y lo que da una pauta de la escasa gravitación jurídica del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notariado británico es que los tribunales pueden dejar de acordar valor a los documentos notariales, y si se le acordara, de ser impugnados se admiten pruebas en contrario exigiéndose la declaración del notario. Existe un libro de registro de protestos, pero éste es innecesario cuando las letras de cambio son del país.

La costumbre acuerda atribuciones a los notarios en las alegaciones, las pruebas, y el otorgamiento de contratos. En las incidencias marítimas intervienen en arribadas, averías, fletamentos, declaraciones del capitán, protestas. Todo sin más alcance jurídico que un principio de prueba, pues la equity y los standards jurídicos y el mismo common law imposibilitan el alcance probatorio erga omnes del documento.

Los Estados Unidos de Norte América reciben a través de las fuentes de su derecho y en forma aún menos gravitante la actuación notarial, si bien se acuerda al documento más valor que el de uno o varios testigos. Se le exige al notario ciudadanía, mayoría de edad, residencia y recta conducta moral avalada por determinado juez. Requiere nombramiento y prestación de juramento. Sus funciones son de comprobación y certificación y los efectos jurídicos de su actuación en definitiva acuerdan elementalmente presunción de autenticidad.

Pero en el norte del continente americano existe un baluarte del derecho escrito y está en la provincia de Quebec. L. Baudouin(4)(532), manifiesta que la provincia de Quebec constituye en el continente norteamericano un islote desde el punto de vista del sistema del derecho privado. Todas las provincias del Canadá, excepto la de Quebec, se rigen por el derecho del common law británico. El derecho civil de Quebec, denominado técnicamente derecho civil del Bajo Canadá ha sido codificado a imagen del Código Civil francés. El Código Civil de Quebec, agrega Baudouin, está todo él impregnado de derecho romano, y destaca luego que la doctrina y la jurisprudencia canadiense se viene pronunciando en contra de la infiltración o expansión del common law británico, citando a modo de ejemplo a Mignault, quien en su estudio *Le Code Civil et son interpretation* manifestó: "Nuestros jueces son jueces del país; conocen las costumbres, la mentalidad canadiense, los jueces ingleses han estudiado y practicado el derecho inglés de Inglaterra, los nuestros han hecho del derecho canadiense una educación legal".

En la provincia de Quebec existe el notariado a semejanza del prestigioso notariado francés. Canadá figura entre los países adheridos a la Unión Internacional del Notariado Latino, y la "Chambre des Notaires" de la Provincia de Quebec reafirma con su prestigio la realidad tangible de una profesión de gran relevancia social en un importante sector de aquel país.

De lo reseñado sobre el notariado en el derecho anglosajón, y sobre la incidencia del sistema de derecho positivo de Quebec en su notariado extraemos una conclusión que quisiéramos hacer resaltar con mayúscula. Inferimos que el notariado - tal cual es por nosotros concebido - responde a una necesidad del derecho de extracción latina y que sólo se podrá negarlo o renegar de él cuando se nieguen los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos positivos originados en la matriz del derecho romano o se reniegue de ellos.

III. EL NOTARIADO ESTATIZADO Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN POR LA IGLESIA

En la cuarta sesión plenaria del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino en lo relativo al temario: "Ejercicio de la Función Notarial" se aprobó el siguiente despacho: "Para el buen ejercicio de la función notarial se requieren no sólo los requisitos de capacidad técnica, sino además una especial vocación profesional y una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo.

Por las razones que desarrollaremos más adelante y concordando con la aspiración contenida en el despacho del II Congreso Internacional, nos hemos inclinado siempre hacia la índole eminentemente profesional de la actuación notarial, alejándola - creemos que legítimamente - de la función pública.

No dudamos en que un error conceptual de la verdadera naturaleza jurídica del notario o sea su calificación como funcionario público, e incluso la concomitancia - que implica una errónea calificación de función pública a su actividad profesional - con la administración pública, puede si se pretendiese como ya han existido antecedentes, facilitar el camino que conduzca a la estatización del notariado.

El notariado estatizado significa intervencionismo del Estado dentro de los actos de la vida civil de los ciudadanos, muchos de los cuales son de orden personalísimo, al punto que tratándose del secreto profesional se ha parangonado al notario con el confesor. El notariado estatizado significa burocracia con toda la secuela de sus implicaciones. Notariado estatizado dentro del derecho latino significa avance contra las libertades individuales. ¿Cabe al Estado imponer al enfermo un médico determinado o al querellado su defensor? ¿Cabe dentro de un ordenamiento político filosóficamente basado en el derecho y la libertad estilizar las profesiones y reglamentar la actividad privada más allá del grado organizativo imprescindible? La Iglesia en todos los tiempos ha conceptualizado altamente al notariado como institución civil. Mencionamos ya a San Clemente, sucesor de Pedro, recurriendo a los notarios para dar fe de los actos de martirio. Luis, el Rey Santo, ha sido calificado como el fundador del notariado francés como institución, y pasando por alto siglos llegamos a Pío XII, el gran Papa que reafirmó con paternal ternura la *Rerum Novarum* y la *Quadragesimo Anno* de sus predecesores, actualizando la doctrina de Cristo en mensajes de paz y de orden.

"No destruir, por consiguiente, sino edificar y consolidar; no abolir la propiedad privada, fundamento de la estabilidad de la familia sino promover su difusión como fruto de la concienzuda fatiga de todo trabajador... El sentimiento jurídico de nuestros días ha sido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

frecuentemente alterado y sacudido por la proclamación y por la práctica de un positivismo y de un utilitarismo sumisos y vinculados con el servicio de determinados grupos... que determinan el camino a la legislación y a la práctica forense... El saneamiento de esta situación puede obtenerse cuando se despierta la conciencia de un ordenamiento jurídico fundado en el supremo dominio de Dios y defendido de toda arbitrariedad humana... Del ordenamiento jurídico querido por Dios deriva el inalienable derecho del hombre a la seguridad jurídica y con ello a una esfera concreta del derecho protegida contra todo ataque arbitrario... Esto supone: a) un tribunal y un juez que reciban sus normas directivas de un derecho claramente formulado y circunscripto; b) normas jurídicas claras que no puedan ser tergiversadas con abusivas apelaciones a un supuesto sentimiento popular y con meras razones de utilidad; c) el reconocimiento del principio que afirma que el Estado, los funcionarios y las organizaciones de él dependientes están obligados a la reparación y a la revocación de medidas lesivas de la libertad, de la propiedad, del honor, del mejoramiento de la vida de los individuos(5)(533)".

Mesura y profundidad, los conceptos de Pío XII en lo jurídico, eran propios de un intelectual del derecho.

Los notarios, con motivo del Quinto Congreso Internacional celebrado en Roma, fueron receptores de la postrera audiencia de Pío XII. Y quien diera durante su papado tanta relevancia social al orden jurídico, enalteció al notariado de derecho latino calificando la profesión como liberal, señalando directivas que jalonan aspiraciones y atribuyen responsabilidades que enaltecen, y situando al notario frente a las partes como intérprete, consejero y depositario de sus secretos.

¿Puede concebirse que tal calificación sea compatible con la estatización del notariado?

Sólo la negación del derecho de propiedad, sólo el hecho social ruso, sólo el comunismo justifica la estatización notarial.

Hidalgo(6)(534), que ha escrito sobre el régimen notarial en Rusia, nos ubica al respecto, no obstante que Altube con escepticismo manifestaba que pese a los esfuerzos de este ilustre escribano y algún otro tampoco sabemos lo que pasa en Rusia.

El notariado en la Rusia precomunista en su organización y significación respondía a la estructura latina. La Revolución, al abolir la propiedad privada paralizó de hecho y de derecho todas las funciones notariales.

Unos notarios - narra Hidalgo(7)(535) - abandonaron los protocolos y se alejaron de las ciudades ante el temor de los atentados contra la clase burguesa a que pertenecían. Otros guardaron y defendieron sus protocolos hasta que fueron intimidados por los representantes de los Soviets para la entrega de toda documentación. A partir de ese momento, de un modo espontáneo y sin mediar orden del Poder Central, empezaron a funcionar las oficinas notariales y fueron utilizados los protocolos como guías para practicar inventarios de bienes nacionalizados - que pensamos debían ser ab initio todos - . De los mismos protocolos se obtuvieron los primeros datos para la creación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

registros comunales de usufructo de la tierra en el reparto que de ésta se hizo.

Pongamos un poco de nuestra imaginación y tendremos ante nuestra vista el repugnante cuadro del desenfreno, del apetito saciado del modo más grotesco, la injusticia vengada con mayor injusticia, la justicia social anhelada hecha añicos por la convulsión sediciosa.

El orden jurídico del cual el notariado era engranaje servía para organizar el festín del reparto y la venganza, y en los folios de los protocolos notariales quedaban documentadas motivaciones burguesas a través de testamentos, de declaraciones y de convenciones. No cabía posibilidad de retractarse, pues de allí, de las fojas de esos protocolos, surgía la prueba de las pruebas: la confesión, firmada y ante notario.

Se nos ocurre que de los protocolos notariales surgirían también donaciones a entidades de beneficencia y corporaciones religiosas que habrán servido para socializarlas por no responder a un sentimiento popular. El uso acordado a los protocolos notariales nos sugiere la dramática escena de un coro de notarios recitando a voz de cuello los íntimos secretos de que por su investidura habían sido depositarios.

Lo que hoy sea el notariado ruso como lo que puede ser el cubano poco interesa en el aspecto organizativo; lo cierto es que el orden jurídico por el que habían laborado los notarios, como consecuencia de la estatización se transformaba en instrumento de organizada aplicación del fundamento conceptual del comunismo. Dejemos de lado el hecho político para enfocar otros aspectos de los perjuicios de la estatización profesional.

¿Podría siempre encontrarse en el notario de determinada circunscripción o parroquia al hombre que se hubiese escogido para recoger un consejo, darle forma a una declaración de última voluntad, o configurar un contrato?

El respeto a la dignidad individual contesta el interrogante.

En circunstancia de celebrarse el Tercer Congreso Internacional del Notariado bajo los seculares muros de Notre Dame, el cardenal primado de Francia y arzobispo de París, monseñor Feltin(8)(536), dirigiéndose a los notarios congresistas y a una concurrencia que colmaba las amplias naves, expuso conceptos que tocan en profundidad a este análisis sobre el notariado estatizado y que son un verdadero alegato en pro del sistema profesional del notariado latino.

Monseñor Feltin, en ese sacro y colosal recinto no podía dejar de haber sopesado los conceptos vertidos, y no dudamos de que en tales circunstancias la experiencia en lo que a él incumbía en el manejo de tan formidable institución como lo es la Iglesia, la volcaba a modo de paternal consejo a la nuestra en esta forma: "Vosotros sois en todas partes uno de los principales resortes de la organización social. Algunos han podido mirarlo a veces como resorte susceptible de ser transferido a la actividad de cualquier funcionario en ejercicio. Pero vosotros habéis podido felizmente salvaguardar no sólo vuestra propia existencia, sino también vuestra independencia. Formáis una corporación que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

encuentra su equivalente en la sociedad actual, a lo menos en Francia, habéis adquirido vuestro cargo; llenáis las obligaciones a vuestro agrado, no estáis a la merced de una autoridad superior capaz de desplazaros; no dependéis directamente del Estado; habéis adquirido un bien y un derecho profesionales que os libran de toda tutela. No estáis obligados sino por las leyes en vigor. Vosotros mismos os controláis fraternalmente. Guardáis celosamente, y con razón, vuestra independencia como un verdadero título de nobleza. Pero, nobleza obliga. Y la misma independencia que caracteriza al notariado, os impone ese escrúpulo de conciencia... Esta independencia os exige también, más que a otros, el tener fe en vuestra misión social. Creer en lo que se hace es la condición esencial para el cumplimiento del deber de estado".

Monseñor Feltin destaca como elemento distintivo del notariado latino su independencia del Estado, y esa independencia que califica Monseñor Feltin como nuestro verdadero título de nobleza, es la imagen del prestigio logrado a través de conducta y orden, prestigio susceptible de desdibujarse ante la menor desaprensión.

Pío XII, el intelectual de magra figura y recia personalidad, en su postrer discurso, que fue el dirigido al notariado, expone una de las síntesis conceptuales de la función notarial de más visión y envergadura. Señala Pío XII: "El prestigio y la autoridad que se otorgan a una profesión liberal suponen en el interesado la presencia de dos condiciones: una competencia técnica reconocida y una integridad moral indiscutida. . . Sería inexacto concebir la función notarial como simple tarea de redacción de documentos que presentan en forma auténtica la expresión de las declaraciones de las partes. Aún cuando los descubrimientos modernos en cuanto a grabación, conservación y reproducción de la imagen y del sonido llegaran a reducir algún día a una porción magra, el trabajo del notario, considerado como «formador del documento», tendrá que intervenir siempre y desplegar su competencia profesional propia incluso antes de la redacción del documento público, ya que debe proceder a la identificación de las partes y la averiguación de su voluntad... ¿No acontece frecuentemente que las partes se presentan ante el notario sin tener una noción clara y firme de lo que desean, de los motivos que las mueven, de las formas que su acto debe revestir para ajustarse a la ley y de las consecuencias que del mismo habrán de derivarse?... El notario, por lo tanto, se esforzará en sacar a la luz todos esos elementos; pondrá de relieve lo que, según los deseos manifestados por las partes, no coincide con las disposiciones legales e incluso los principios de la justicia y de la equidad. Será de este modo el consejero de las partes y el depositario de sus secretos. El notario sabe además que ningún enunciado jurídico logra cubrir perfectamente los datos de determinado caso. ¿Cuántas veces, por lo tanto, se ve obligado a suplir su silencio o ambigüedad? A veces, incluso, irá francamente más allá de la letra de la ley para conservar mejor su intención. Ya que las mismas leyes no son algo absoluto, ceden el paso a la conciencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recta y bien formada, y se reconoce el verdadero hombre de leyes, ya sea juez, abogado o notario, por la competencia que aporta a la interpretación de los textos con vista al bien superior de los individuos y de la comunidad".

Los conceptos de Pío XII sobre la función del notario profesional liberal, intérprete de las leyes, consejero de las partes y guardador de sus secretos, alejan al notariado de toda posibilidad de estatización como forma de hacerlo técnicamente más eficaz; por el contrario el notariado estatizado desvirtuaría la esencia y la razón de ser del notario.

En lo que hace a los adelantos técnicos, Pío XII los acoge como auxiliares de la función y no como posibles sustitutos de ella y manifiesta: "Las técnicas modernas os procurarán una ayuda material, os proporcionarán buenas ganancias de tiempo y os descargarán de trabajos molestos. No reemplazarán jamás a la verdadera ciencia del derecho ni a la conciencia profesional entregada a hacer que en las relaciones jurídicas de los particulares triunfe la preocupación del bien común más allá de las normas contractuales que siguen siendo el medio destinado a facilitar la consecución de un fin más elevado".

Paulo VI en mensaje dirigido con motivo del Congreso Internacional de México enaltece el profesionalismo notarial diciendo: "Cuántas veces desde vuestro estudio podéis devolver la paz a las familias, apagar rencores, arreglar pleitos, defender patrimonios, evitar dispendios en litigios inútiles, tutelar a los débiles en sus intereses morales y materiales".

El pensamiento de la Iglesia sobre la misión social de los escribanos nos alienta a tener fe en nuestra función, condición esencial para el cumplimiento del deber de estado como señalaba Monseñor Feltin.

Y para concluir con este tema sobre estatización del notariado resulta ilustrativo reproducir el despacho aprobado en el Tercer Congreso Internacional de París sobre: El notario consejero de las partes, su papel conciliador. La función social del notario: "1º) El notario desempeña un papel eminentemente social, ya sea como hacedor del instrumento notarial, o bien como consejero conciliador de las partes que ante él recurren. 2º) Para el normal desempeño profesional debe gozar de la independencia necesaria. La excesiva ingerencia administrativa podría limitar su función social. 3º) El Estado tiene interés en proteger esta independencia que asegura el cumplimiento de esa función social, y debe acordar por tanto al notario el máximo de facultades posibles".

IV. EL NOTARIADO LATINO

De un rápido repaso de la legislación notarial comparada, sin mayor esfuerzo y salvando las distancias de jerarquía intelectual y organizativa alcanzada en diferentes naciones, podría deducirse que a todos los países de derecho de extracción latina corresponde un notariado de fondo y características similares.

El notariado europeo ha bebido de la fuente. Europa atesora el espíritu del derecho romano. En América germinó la semilla del derecho latino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

allí donde la sembraron los españoles y franceses. En toda la América del Sur y los estados de influencia francesa del Norte de América como Quebec en Canadá y Luisiana en los Estados Unidos, como consecuencia del común derecho de extracción románica que recibieron, se adoptó un notariado de fundamentales características comunes que con tanta propiedad se ha denominado "notariado de tipo latino".

Comprende a la República Argentina el honor y el privilegio de haber iniciado y dado los primeros pasos para la institucionalización de un organismo internacional que agrupara a todos los países y estados de países cuyos notariados respondiesen al tipo latino(9)(537). En Buenos Aires, en 1948 se celebra el Primer Congreso Internacional del Notariado con la participación de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado Latino, cuya primera preocupación en el orden técnico profesional fue definir el carácter y alcance de la función notarial.

Es indudable que lo que hace la naturaleza jurídica de la función notarial es de fundamental importancia para la correcta conceptualización de lo que es el notariado de tipo latino. Según el carácter de profesional del derecho o de funcionario público que se asigne al escribano corresponderá el desempeño de una actividad privada revestida de características especiales, o bien el ejercicio de una función pública.

La sexta sesión plenaria del Primer Congreso Internacional del Notariado aprobó el siguiente despacho: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de ellos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos".

Resulta significativo y altamente positivo que en la definición del notario latino se comience por calificarlo de profesional del derecho. Profesional es quien ejerce una profesión: el título universitario habilita a ejercer la profesión pero sólo el ejercicio de ésta transforma al habilitado en profesional. Entendemos la definición enunciada en el sentido de calificar al notario de profesional liberal, y este concepto ha sido ratificado por el Segundo Congreso Internacional de Madrid cuando en el temario sobre organización notarial, en la cuarta sesión plenaria, se aprueba el despacho donde se recaba "la necesidad de una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo".

En el capítulo dedicado a los antecedentes históricos hemos tratado de destacar lo más nítidamente posible el profesionalismo de la actividad notarial, o sea, el carácter de profesional liberal que históricamente correspondió al notario carácter que Rolandino reafirmó con su obra y que consideramos incompatible con el carácter de funcionario público con que frecuentemente se califica al escribano.

Nos adelantamos a afirmar que la calificación de profesional liberal que asignamos al notario no significa de modo alguno que no consideremos indispensable, dada sus especialísimas características dentro de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

profesiones liberales, que la profesión deba ser minuciosamente reglamentada, celosamente controlada, con nombramientos resultantes de concursos u oposiciones, y condicionada en su número a la capacidad y posibilidad de estricto control y vigilancia por parte de los organismos notariales encargados por las leyes del contralor. Esto lo consideramos de la esencia de la institución notarial en razón de la actividad documental del escribano, que lo transforma en depositario de la fe pública a través del instrumento público - escritura pública - del que es configurador y que hace plena fe erga omnes hasta tanto sea redargüido de falsedad.

La definición del Segundo Congreso Internacional pese a calificar al notario como profesional liberal define su actividad como ejercicio de una función pública. Ello es, a nuestro entender, un contrasentido. Sólo el funcionario público desempeña funciones públicas; el notario desempeña una profesión liberal y consecuentemente su actividad es profesional.

Consideramos que el meollo del problema que comprensiblemente induce a confusión radica en que la ley, respondiendo a las motivaciones históricas que hemos desarrollado, inviste al notario de cualidades autenticadoras y certificantes de tan importante alcance probatorio que induce a priori a una remisión conceptual sobre la actividad notarial lindera con la función pública.

Históricamente, dentro de los profesionales del derecho, al escriba no corresponde la función de configurar el instrumento público y específicamente la especie "escritura pública", que tan fundamental relevancia tiene en el orden jurídico, invistiendo a los actos y hechos de una oponibilidad erga omnes que enerva en tantos casos los motivos de litigio. La escritura pública es en la profilaxis del derecho lo que las vacunas en la profilaxis médica. Si la evolución y la adecuación de los métodos "instrumentales" es una urgencia, ¡cuán perjudicial puede resultar desdeñar la escritura pública como uno de los pilares de la seguridad contractual! En última instancia podrá discutirse la mecánica instrumental pero nunca valederamente la eficacia jurídica de la escritura pública.

Continúa vigente en doctrina la cuestión sobre si como consecuencia de ser el notario el configurador de la escritura pública es un funcionario público y desempeña una función pública. Analizaremos separadamente el problema en la siguiente forma: A) escribano y funcionario público; B) función notarial y fe pública.

A) Habiendo sopesado en el transcurso del tiempo nuestros conceptos(10)(538) sobre el carácter jurídico del escribano, continuamos conceptuando que, pese a las definiciones legales, no inviste el de funcionario público(11)(539).

Martínez Segovia, en su libro Función notarial ha clasificado en cuatro categorías las diferentes posiciones sobre el enfoque doctrinario de la naturaleza jurídica de la función notarial:

a) Posición funcionarista: (Castán Tobeñas, González Palomino, Rafael

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

V. Gutiérrez, Mengual y Mengual, Mustápic);

b) Posición profesionalista: (Jorge Allende Iriarte, Ignacio M. Allende, Pascual Quagliata);

c) Posición ecléctica o combinada: (Gonella, Saage, Otero y Valentín, Baratta, Curti Pasini, Giménez Arnau, ley 6191 de la provincia de Buenos Aires, Unión Internacional del Notariado Latino, Carámbula, Couture, Feyock, Gómez de Mercado y de Miguel, Gonella, Guardiola, Julio A. Pérez, Julio César Torres, Riva Sanseveriano);

d) Posición autonomista: (Carnelutti, Giuliani, Laguénne, Larraud, Lovato, Pérez Olivares y Gavira).

Martínez Segovia cita asimismo autorizadas opiniones, si bien no tan tipificables, como las de Díaz de Guijarro, Sanahuja y Soler, Tavares de Carvalho, Hauriou y Villalba Welsh.

Como se está recordando, discutida es en doctrina la naturaleza jurídica de la función notarial.

El profesor Martínez Segovia - en su citado libro de gran utilidad didáctica - al sintetizar su postura doctrinaria, con la claridad y continuidad conceptual que lo caracteriza, manifiesta que las funciones del notario son de carácter jurídico, campo en que se destaca la actividad profesional del notario como jurista; de carácter privado, pero calificado, por cuanto contiene sobre la función puramente privada las virtudes de publicidad y valor que la hacen semejante a la función pública; y de carácter legal, por derivar su existencia y sus atributos de la ley; y agrega: "Evidentemente no es una función del Estado. Los tres factores apuntados forman sus notas características".

La ley 12990 de regulación del notariado de la Capital Federal, sus similares nacionales y muchas extranjeras, definen al escribano como funcionario público, y como oficial público es calificado por el Código Civil argentino.

Entendemos con Couture(12)(540) que el problema del escribano no es problema de definición legal, pues no puede subordinarse el verdadero alcance científico de un concepto a la enunciación legal, y siempre es de vigencia el sabio y antiguo adagio que señala que la ley debe fijar normas y no enunciar definiciones.

Continuamos considerando que el nombramiento por parte del Estado no es más que una consecuencia de la especial regulación de la profesión - requisito éste que, como lo señalamos, es de buena práctica cuando es resultante de méritos acreditados por antecedentes y concursos de oposición - y que un nombramiento estatal no hace un funcionario público si la función a desarrollar no es por su naturaleza jurídica función pública.

Entendimos y continuamos sosteniendo que la función autenticadora y certificante del escribano no importa el ejercicio de una función pública. Compartimos lo sostenido por Couture(13)(541) que señala que la aptitud certificante no es inherente a la calidad de funcionario público puesto que la ley establece casos en los cuales los particulares expiden documentos que hacen fe (entiéndase plena fe) y casos en los cuales los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

funcionarios públicos expiden documentos que no hacen fe. Cualquiera sea el valor científico de la teoría del poder certificante del Estado, lo cierto es que el escribano actúa como configurador del instrumento público (escritura pública) no por delegación de un poder estatal, sino por atribución históricamente conferida por la ley. Reiterando lo dicho, la función autenticadora y certificante del notario no representa el ejercicio de una función pública.

Es en el terreno del derecho administrativo donde debemos situarnos para analizar si las obligaciones y derechos del escribano responden a la naturaleza jurídica del funcionario público.

El escribano comparte con el funcionario público obligaciones tales como residencia, asiduidad, ministerio obligatorio, incompatibilidades y control. Si bien tales obligaciones lo acercan al funcionario no son de la esencia de la función pública, y se atribuyen al notario tan sólo como consecuencia de la especial reglamentación a que está sometida la profesión.

Bielsa(14)(542) señala el derecho al sueldo como el más importante derecho que nace de la relación jurídica que vincula al Estado con el funcionario o empleado público. El escribano no percibe sueldo del Estado; por el contrario, la ley sanciona un arancel en base al cual percibe directamente la retribución a sus servicios del cliente. Al fijar los aranceles notariales el propio Estado está reconociendo que existe una locación de servicios profesionales, que se retribuye con honorarios, o sea establece un *vinculum iuris* inaceptable en el caso del funcionario público cuya única relación contractual debe ser con el Estado. El arancel notarial tiene orígenes históricos más remotos aún que el ya recordado e instituido por Lotario I, sobrino de Carlomagno.

El derecho a la jubilación como consecuencia de la retribución directa del cliente no será a cargo del Estado sino de cajas profesionales creadas especialmente.

Otro *vinculum iuris* de la esencia del funcionario público es el emergente de la responsabilidad por los actos del funcionario que será necesariamente estatal. La responsabilidad del escribano es eminentemente civil, penal, profesional y administrativa; sobre ello no hay controversia doctrinaria ni jurisprudencial; y para disipar toda duda el Segundo Congreso Internacional aprueba en lo que hace a la fe de conocimiento una recomendación en el sentido de que: "el notario tendrá responsabilidad civil por dolo, culpa o negligencia".

En las normas del derecho penal encontramos argumentos que alejan toda duda sobre el problema de la condición del escribano.

Los códigos penales legislan sobre cohecho, desacato, atentado a la autoridad y usurpación de autoridad. Para estar incurso en estos delitos debe mediar necesariamente la participación de un funcionario público y resulta obvia aunque ya hemos puntualizado argumentos en otra oportunidad (15)(543) toda argumentación explicativa. Lo concreto es que no existe cohecho activo o pasivo mediando notario; no se comete contra él desacato, ni ante él se atenta contra la autoridad. Quien se arroge

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indebidamente el título de escribano comete delito de usurpación de título y no de autoridad.

B) En lo que hace a la función notarial y su conceptualización como función pública, reafirmamos nuestra tesis vertida en el estudio "Fe pública y función notarial", en nuestra colaboración al Cuarto Congreso Internacional celebrado en Río de Janeiro en 1956, publicado bajo el título "Carácter y alcance de la función notarial"(16)(544).

Sostenemos que la determinación de la naturaleza de la función notarial será la que corresponda jurídicamente y servirá para ello una correcta interpretación del concepto de "fe pública", y que de ello consecuentemente se inferirá el margen de las definiciones legales - si es o no una función pública.

El concepto de fe traduce un estado de convencimiento o creencia respecto a lo que vemos, o a lo que sin ver sentimos por la autoridad del que lo dice.

La fe es pública cuando la creencia es manifiesta y además colectiva; y en esto discrepamos con el profesor Couture(17)(545) para quien la fe pública no es un estado de creencia colectiva.

La fe pública, como bien lo señala Giménez Arnau(18)(546), no es más que una especificación adjetiva del sustantivo fe; por lo tanto el término de "pública" no hace más que adjetivar el sentido de creencia o convencimiento que corresponde el vocablo fe.

¿Cuál es el origen de la fe pública considerada como estado de convencimiento o creencia colectiva? ¿Podemos buscar el origen de la fe pública en la imperatividad normativa? Creemos que no; ley es sinónimo de regla social obligatoria, y la ley no puede imponer un estado de creencia o convencimiento como lo es la fe pública. Un estado de creencia es un estado anímico; la ley puede compeler a hacer o a no hacer pero no a pensar en un sentido determinado. La ley puede, sí, acordar plena fe a un documento estableciendo el alcance y valor probatorio que él ha de tener.

Es preciso dejar bien establecida la diferencia conceptual que existe entre plena fe y fe pública. Es de esta fundamental confusión de conceptos de donde nace la incorrecta caracterización de la fe pública.

La plena fe, como medida de eficacia probatoria, nace y es impuesta por la ley, en tanto que la fe pública, como estado anímico colectivo, no puede ser nunca impuesta.

La ley no designa al escribano como depositario de la fe pública; la ley solamente señala el alcance probatorio del documento firmado por el escribano. ¿Entonces, en virtud de qué razón es el escribano depositario de la fe pública, y en qué forma incide ésta sobre el documento notarial?

Couture - en su citada obra Concepto de fe pública, que contiene no sólo una nueva concepción sino también la más científica teoría de la fe pública - define a la buena fe como: "un estado psicológico colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres creen en la realidad de las apariencias". ¿Qué circunstancia dio origen a la buena fe? ¿Qué puede ser sino la buena voluntad de los hombres, la que los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lleva a creer en la realidad de las apariencias?

Vemos que la buena fe no es más que una consecuencia de un estado psicológico colectivo. ¿No puede ser otro tanto el origen de la fe pública? Así lo afirmamos. Fe pública es un estado psicológico colectivo de convencimiento o creencia, respecto a una aseveración, por la autoridad del que asevera. La ley, al acordar una presunción "juris tantum" de autenticidad a determinados documentos, o sea, al fijar el mayor alcance probatorio de dichos documentos, está dando una pauta para que exista un estado de creencia colectiva favorable al contenido de los mismos. Es decir, el valor probatorio acordado a un documento puede incidir respecto a la fe pública que merezcan las aseveraciones en él contenidas.

La calidad del agente, como podría ser el carácter de funcionario público del que suscribe el documento, incide positivamente sobre la fe pública.

Volvamos sobre nuestro interrogante. ¿En virtud de qué razón es el escribano depositario de la fe pública, y en qué forma incide ésta sobre el documento notarial?

La ley reviste al documento notarial de la eficacia probatoria de todo instrumento público, y esta circunstancia incide sobre el ánimo colectivo, para que la aseveración del notario sea calificada. La plena fe que se acuerda a la escritura pública incide en el estado de ánimo colectivo en sentido favorable transformando de hecho al notario en depositario de la fe pública.

Sirva esta ratificación de nuestro concepto de fe pública para avalar nuestra tesis sobre la improcedencia de las argumentaciones que, aferrándose a la vinculación del escribano con la fe pública, le atribuyen al notario el carácter de funcionario público y a su actividad la naturaleza de función pública.

¿Existen otras razones que autoricen a considerar la función notarial como función pública?

Repasemos el concepto de función pública.

Bielsa(19)(547) puntualiza que la facultad de representar al Estado en un determinado círculo de negocios se llama función pública; o bien el encargo o delegatio transmitida directamente, en principio por la ley o por otro funcionario superior en el orden jerárquico, en el ejercicio de sus facultades legales.

La función pública importa la representación del Estado, por delegación de facultades, acordada por ley o por funcionario superior. ¿Actúa el escribano en el ejercicio de sus funciones, como representante del Estado? Hemos arribado al punto álgido del problema.

Díaz de Guijarro(20)(548), lo niega rotundamente con argumento irrefutable. Representante de una persona de existencia visible o ideal - dice el citado autor - es quien está autorizado para comprometerla jurídicamente, engendrando a su respecto derechos y obligaciones, en la medida resultante del poder conferido o de la naturaleza de las funciones encomendadas.

La ley es quien otorga al documento suscripto por el escribano plena fe, en tanto no sea redargüido de falso. ¿Pero, acaso por ello el notario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representa necesariamente al Estado, y debe ser considerado funcionario del mismo?

Recurramos al razonamiento analógico.

De acuerdo al Código Civil argentino, los asientos regulares de los corredores son instrumento públicos, al igual que las acciones de las compañías autorizadas especialmente. Tanto el corredor como el presidente de una sociedad anónima han recibido de la ley la facultad de revestir con carácter de instrumento público ciertos documentos. ¿Existe por ello la condición de dependencia entre éstos y el Estado que trae consigo el desempeño de una función pública? Ciertamente no. El hecho de que la ley acuerde mayor fuerza probatoria a ciertos documentos no implica suponer la intervención de un funcionario público.

Tanto el corredor de comercio como el presidente de la sociedad anónima, como el escribano, al suscribir el documento que por ley constituye un instrumento público no actúan en representación del Estado; hasta tal punto es ello que en ningún modo lo compromete jurídicamente.

Podría aducirse que el escribano es simplemente un funcionario de gestión, pero ello no ocurre. El escribano obra dentro de esferas propias garantizando el derecho y estabilidad de las relaciones jurídicas que, al decir de Ruiz Gómez, "siendo esencialmente privadas, convenios, disposiciones de última voluntad, etc., la administración no puede intervenir en ellos, porque los principios no le permiten entrar en el círculo de la vida íntima de los particulares, y porque es impropio del gobierno o régimen de lo público la función de ilustrarla y dirigirlas".

Razones de buena política interna se oponen a que el escribano sea un funcionario de la administración pública. No obstante, teniendo en cuenta la delicada función del notario, como ya lo venimos puntualizando debe ésta reglamentarse especialmente. No han de ser pocas las previsiones en base a las cuales se estructuren las leyes notariales. La rigurosidad de las mismas ha de ser la garantía del serio ejercicio profesional.

Diremos, como conclusión, que el ejercicio de la función notarial no es más que el ejercicio de una profesión libre especialmente reglamentada.

Es, en definitiva, en el derecho administrativo donde se encontrará la última palabra sobre la correcta definición de la naturaleza jurídica de la condición del escribano, por su aparente concomitancia con el funcionario público y la función pública. En este terreno adquiere gravitante preponderancia la opinión del maestro Bielsa, que bien puede ser incluido entre los que han consolidado el derecho administrativo como rama autónoma.

Bielsa, citando y compartiendo conceptos por nosotros anteriormente vertidos en el trabajo "Fe pública y función notarial", como nos anticipó en carta personal fechada en Rosario el 16 de setiembre de 1951 motivada por la mencionada publicación, afirma categóricamente: "Hay sin embargo actividades profesionales de índole pública que por su naturaleza suelen inducir a emplear una terminología que origina cierta confusión en punto al carácter jurídico y legal de quienes las ejercen.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tal es la del notario que naturalmente no es función pública, salvo, claro está, que forme parte de la administración pública, como el "escribano de gobierno". Para que haya función pública son necesarias, además del vínculo jurídico del nombramiento, los caracteres virtuales que él genera: la relación de subordinación jerárquica (no basta el ejercicio de superintendencia que se ejercite sobre él); el sueldo pagado por el Estado, si bien no es elemento decisivo es de regla, pues puede haber excepciones cuando la ley lo dispone: v. gr. los funcionarios fiscalizadores de sociedades anónimas, etc.

En nuestro régimen legal el notario no es funcionario público. Por lo demás, redactar instrumentos que prueben el comercio jurídico privado (compraventas, hipotecas, etc.) no es función del Estado sino una profesión liberal, salvo los casos especiales. Además, no hay uniformidad de retribución en razón de la jerarquía. Se pregunta si podrían ser más bien concesionarios y la respuesta negativa se impone pues falta el servicio público(21)(549).

Jorge Allende Iriarte - de quien aprendimos que es obligación en materia científica expresar y sostener lo que íntimamente se piensa, no obstante el riesgo de la incomprensión o crítica - manifestó en nivel académico(22)(550): "Diré, pese a todas las críticas que mi opinión merezca, que somos profesionales de derecho y que si alguna duda quedara debemos luchar por eliminarla . . . Por otra parte señores, si no somos clara y definitivamente funcionarios, con la majestad del juez, es preferible la dignidad de profesionales con el respeto que la ciencia nos inspira".

Sobre bases de profesión liberal especialmente reglamentada y organizada en función a comunes denominadores puestos en evidencia por la Unión Internacional del Notariado Latino, a través de casi veinte años de actividad y superación institucional, el notariado debe continuar su trayectoria adecuándose a las exigencias de las transformaciones sociales, políticas y técnicas de modo tal que responda en todo momento a realidades y aportando hechos positivos al ordenamiento jurídico de los pueblos a que sirve.

V. EL NOTARIO, PROFESIONAL ESPECIALIZADO DEL DERECHO

Núñez Lagos, maestro del notariado y amigo, ha escrito tanto y tan profundamente sobre el documento público, ha hecho de él una disección tan perfecta para su posterior integral estudio, ha exhumado tantos datos bibliográficos, y ha aportado tanto de su ingenio y erudición en función al instrumento público, que con cierta tribulación repasamos la forma en que páginas atrás hemos sostenido nuestro criterio sobre la existencia del derecho notarial frente a la tesis de Núñez - Lagos cuando expone que el derecho notarial puro, para ser autónomo, ha de llegar a ser el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulen el instrumento y la actividad documental del notario. Al respecto dijimos que si se piensa que el documento notarial es especie dentro del género instrumento público, por vía de síntesis nos encontramos con que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pretendida rama autónoma del derecho es tan exigua que, de ser esto, el calificar como derecho al notarial es como poner un pedestal al botón del uniforme de un héroe nacional.

El maestro Núñez - Lagos no se enfadará con nosotros - él mismo nos lo asegura, como lo veremos - por nuestro tajante desencuentro con su tesis, incluso dirigiéndonos no ya al derecho notarial sino al motivo de sus más caros sentimientos jurídico - intelectuales que es el documento notarial.

Estando en proceso de corrección de este trabajo, pensamos en rectificar la forma de dirigirnos al maestro y amigo, pero nos convencimos de que Núñez - Lagos es espontáneo y valora la espontaneidad. En su último estudio sobre "los esquemas conceptuales del instrumento público"(23)(551), expresa que a su juicio el primer paso hacia la autonomía del derecho notarial es deslindar en el documento público el aspecto formal o instrumental del aspecto sustancial, de fondo, acto o contrato que contenga y agrega: "quiero intentar una modesta contribución al estudio, no a la solución del problema. Una charla sobre conceptos notariales, sobre aquellos conceptos que tú, notario latino, tienes funcionando ante ti, todos los días. Tan familiares te son, que tal vez te parezcan vulgares. De todas formas aguardo con impaciencia tus observaciones, adiciones y críticas en público o en privado. Vaya por delante decir que no me enoja la contradicción. Al contrario, me agrada y la agradezco, aunque me demostrara la inutilidad de mi esfuerzo".

Núñez - Lagos sabe tanto de la cordialidad como de derecho y de no haber sido por su exquisita sensibilidad, el respeto que su personalidad jurídica y su amistad nos merece nos hubiese cohibido de disentir una vez más públicamente de él en lo que hace a su derecho notarial. Las nuestras no serán ni observaciones ni adiciones ni críticas; serán sí, una exposición de diferentes conceptualizaciones que, como ocurrió con el derecho notarial, se presentan ahora respecto a la trascendencia que Núñez - Lagos le acuerda al documento notarial y que nosotros no compartimos en la misma magnitud.

Núñez - Lagos sintetiza su pasión por el documento en significativa frase: "Los notarios hacemos documentos. Es nuestro oficio. Hablar de documentos debiera ser nuestro gozo. Sin embargo, se habla más del oficio". Nuestro enfoque nos lleva a ver en el documento no la razón del ser profesional del escribano sino uno de los medios - el más contundente y de mayor relevancia jurídica - pero sólo uno de los medios con que cumple una de sus funciones específicas como hombre de leyes que es la de cavere, o sea precaver; la otra, la de respondere es quizá la que más nos apasiona.

El propio Núñez - Lagos es principal expositor de teorías como las del negocio complementario de Degenkold y Siegel(24)(552), que en definitiva resaltan el hecho de que al otorgamiento de la escritura en muchos casos preceden pactos o acuerdos primarios entre las partes, es decir el instrumento representa la documentación a posteriori de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato anterior, perfecto o no.

Castán Tobeñas(25)(553), refiriéndose a Núñez - Lagos, manifiesta que éste, recogiendo la idea de Degenkold de que el segundo contrato puede ser un contrato nuevo, y por lo tanto, de efectos constitutivos o dispositivos, da un paso más, haciendo observar que ese renovatio contractus, que en los casos de documentación privada se produce o no se produce, según la voluntad de las partes, sobreviene inexcusablemente - a modo de renovación contractual necesaria - cuando el documento lo redacta un notario. Tratándose de escrituras públicas el notario tiene que intervenir en el fondo contractual del documento, redactándolo conforme a la legislación positiva y propósito de las partes. El notario moldea y da forma a la materia contractual, y las partes tienen que prestar el consentimiento de nuevo ante el notario.

Entendemos que a toda escritura pública precede una labor asesora y formativa que culmina en la documental. El documento tendrá la relevancia jurídica en cuanto hace plena fe de su contenido por la mera mediación del escribano como documentador legal, pero ese documento tendrá, no extrínsecamente hablando sino intrínsecamente considerado, la eficacia jurídica de lo volcado como contenido en el documento (continente). Dicho en otros términos, la pericia profesional del notario, su capacidad de intérprete de las voluntades de las partes, la adecuación de ellas dentro del ordenamiento legal o sea su capacitación como jurisperito es, por lo previo, de trascendencia definitoria en el documento. Lo expuesto es la síntesis del porqué sostenemos que la especialización del notario - lo que acordamos en llamar notaría -, radica no ya en la faz instrumental que es parte de su especialidad, sino en todo aquello que pertenece al derecho positivo que por razones de habitualidad es llamado a asesorar; dentro del derecho civil, ineludiblemente, del comercial también; de la legislación tributaria, procesal, registral y demás leyes especiales, de a diario.

En los conceptos vertidos por el escribano doctor Falbo(26)(554), encontramos eco cuando en lo por él escrito leemos: "¿Cuántos poderdantes después de hablar con el notario extienden, limitan o modifican las facultades que expresa el poder? En lo relativo a sociedades basta una conversación con el escribano para que el tipo de convención que habían pensado otorgar sea sustituido por otro que se aviene mejor a la naturaleza de los negocios que intentan desarrollar, o se modifican cláusulas ligeramente pensadas, se agregan algunas indispensables o se quitan las superfluas". Esto es un verdadero alegato notarial a proyectos que vienen gestándose en la República Argentina que tienden a la supresión de las escrituras públicas como requisito constitutivo imprescindible, incluso en las sociedades de capital; habiéndose implantado - en el caso de las sociedades anónimas - el sistema del "estatuto tipo" que en principio descoloca y desjerarquiza a los profesionales de derecho, abogados y notarios dentro del ámbito societario. Nuestra postura profesionalista nos permite afirmar que cualquiera sea el resultado de estos proyectos, por sobre el beneficio o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjuicio profesional, será la sociedad la perjudicada, pues en muchos casos se sustraerá al contrato social del asesoramiento legal imprescindible que brindan abogados y notarios en complementada intervención.

Falbo, completando sus conceptos, agrega: "En todo esto influye la experiencia y la opinión del notario y por ello los otorgantes recurren a su saber. Pero, ¿saber qué? ¿Solamente derecho notarial (esta calificación corre también por cuenta del Esc. Falbo), es decir, la perfecta constitución del negocio y depurada redacción del documento, o todo su contenido sustantivo incluyendo los principios jurídicos y las normas del derecho positivo propias del derecho civil, comercial, penal y demás leyes especiales, registrales y códigos procesales?"

La especialización que corresponde al notario dentro del derecho es tan amplia como imprevisible la voluntad de las partes; ello ya lo puntualizamos en la VI Jornada Notarial Argentina a través de nuestro estudio sobre "El derecho notarial, realidad o aspiración científica". Y los notarios, pese a todos los esquemas y definiciones con que parecieran querer encasillar sus actividades específicas, siguen incursionando por todos los campos del derecho - abriendo brechas y dando los primeros pasos -, incluso oscuros y enmarañados, como lo hizo - ejemplificando - el escribano doctor Pelosi con sus estudios sobre pagarés hipotecarios(27)(555) y como también lo hicieron en nuestro país, entre los que se fueron, los escribanos Risso, Boffi, Allende Iriarte, Negri y tantos otros que figuraron entre los hombres de derecho que afrontaron la responsabilidad de las primeras interpretaciones sobre leyes modificatorias de fundamental incidencia en los códigos, como la ley 11357 de los derechos civiles de la mujer, ley 11645 de sociedades de responsabilidad limitada y la ley 13512 de propiedad horizontal.

Baste recorrer los temas objeto de tratamiento en jornadas y congresos nacionales e internacionales para recoger una cabal impresión de la amplitud de temas jurídicos que preocupan a los notarios y en que ellos incursionan para dilucidar sus cotidianos problemas; los que son del ámbito del derecho privado en todas sus ramas, del derecho internacional público y privado - tal como el de tanta proyección y envergadura jurídica fue tratado en el Congreso de Munich relativo a conflicto de leyes en el orden internacional - y de la legislación registral, tributaria, administrativa y procesal. En síntesis, todo lo que es de la incumbencia y especialidad del notario se lo busca en los hechos, en el lugar en que está, es decir, en todo el derecho positivo.

La forma y el formalismo con toda su relevancia jurídica son merecedores de nuestra especial dedicación y por sobre todo la forma notarial; pero la actividad del notario no sólo se refiere - y no es preciso que nosotros lo recordemos - a la legalidad formal sino también a la legalidad sustantiva. En lo último está nuestra predilección y en ello encontraremos la razón de ser de nuestro profesionalismo y especialidad.

¿De qué servirá un testamento formalmente perfecto, suscripto con todas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las solemnidades legales, si el notario no ha sabido captar cabalmente la voluntad del testador o por falta - no ya de conocimientos sino de profundización jurídica - no ha recogido y encauzado debidamente la disposición de última voluntad?

¿De qué servirá una escritura de compraventa suscripta en forma inobjetable si en definitiva la apreciación jurídica del notario sobre los antecedentes de dominio no ha sido certera y el adquirente puede sufrir en un futuro cercano o lejano los inconvenientes de una acción reivindicatoria? El escribano a través del análisis e interpretación del estudio de títulos ha de actuar a modo de radiólogo del derecho; su actuación profesional comienza con los pactos o acuerdos primarios, ya sean verbales o escritos que culminan en el renovatio contractus que engendra la escritura pública por imperatividad legal o voluntad contractual.

La escritura pública y la tradición es en el derecho latino lo constitutivo que engendra la transmisión del dominio, nunca el acto registral; así es y debe ser; y la sustentación de ese ser y debe ser radica en la seguridad que otorga no sólo el documento notarial con toda su fuerza probatoria, sino también la intervención del profesional de derecho - notario - que con su jurisprudencia avala moralmente la bondad del título de dominio transmitido. No eludir responsabilidades ni buscar el camino más fácil; el escribano debiera avalar incluso con responsabilidad profesional la bondad de los títulos cuando a través de los antecedentes de dominio surjan nulidades manifiestas. El ingeniero es responsable tanto del cálculo de resistencia que hace a la estabilidad del edificio, como de la factura de la obra. La responsabilidad profesional debe asumirse, y con mayor razón, cuando dignifica.

CAPÍTULO IV ADECUACIÓN DE LA INSTITUCIÓN NOTARIAL:

EJEMPLIFICANDO A TRAVÉS DE LA DACIÓN DE FE DE CONOCIMIENTO

Hemos dicho que el mundo está demasiado apremiado de urgencias de toda índole para poder captar nada que no sea positivo y tangible.

En lo que hace a nuestra institución: ¿no percibimos que el pretender imponer mitos nos hace en definitiva vulnerables en muchos aspectos?

Pongamos por ejemplo el por algo tan debatido tema de la fe de conocimiento.

Núñez - Lagos al respecto manifiesta: "Puesto que el otorgamiento extingue, modifica o crea titularidades, es imprescindible establecer la exacta correlación entre los titulares de los derechos y obligaciones y las partes u otorgantes. Sin esta calificación del notario que supone una previa inquisición, el tráfico jurídico se vendría abajo. Sin embargo, la identidad de las partes no es un hecho in rerum natura. Es un juicio del notario que conexas el hecho de la exhibición o comparecencia actual de la parte con el nombre y personalidad del titular que ostenta la misma" (1)(556). "No es tampoco - prosigue Núñez - Lagos - una afirmación de carácter absoluto, pues para que el notario tuviera la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

evidencia, de visu et auditu suis sensibus, de que el compareciente era la personalidad física y jurídica que se afirmaba, haría falta que como tal notario presenciara el hecho del parto y la identidad permanente del nacido desde el alumbramiento hasta la comparecencia. . . la calificación del notario se refiere a un problema de notoriedad: que en la vida social y en el tráfico civil una persona física ostenta, de modo público y notorio, un nombre y un status civilis. Si antes de engañar al notario, un compareciente con falso nombre suplantador de otra persona, ha realizado igual engaño públicamente, no sólo no hay responsabilidad para el notario, sino que la calificación está bien hecha porque el nombre del compareciente era el que revelaba su notoriedad. Por eso, como todas las calificaciones del notario, engendra presunción juris tantum".

González Palomino(2)(557), coincidiendo con Núñez - Lagos, en el año 1948, expresaba: "En la afirmación de la identidad de los comparecientes, el notario no afirma un hecho evidente sino un hecho notorio". Pero yendo más allá de lo dicho por Núñez - Lagos, el autor comentado agrega: "el notario tiene, respecto a la afirmación de la identidad, un deber de diligencia en la estimación de la notoriedad del hecho, pero no un deber, de imposible cumplimiento, de afirmar unos hechos para él absolutamente inevidentes".

Núñez - Lagos en posterior publicación(3)(558), es más escueto y categórico en su definición sobre el tema, al expresar: "A veces la ley exige algo más que una individualización descriptiva; que el notario dé fe de conocer a los comparecientes es la garantía de su identidad".

Las ideas expuestas en lo que hace al tema de la fe de conocimiento, en el Segundo Congreso Internacional de Madrid se pueden cotejar en magnífica síntesis en un estudio de Martínez Segovia(4)(559).

Ha pesado para no ser definitiva la declaración del Segundo Congreso Internacional sobre este delicado punto la opinión del escribano Negri, que sostuvo, y enfáticamente, que la fuerza de la escritura pública reside más en la fe de conocimiento que en el contenido, pues es tan absoluta que nadie duda de la identidad de las partes, considerando que por encarar el problema desde el punto de vista del notario, se pone en inminente riesgo al notariado, peligrando - con las doctrinas que propugnan la supresión de toda responsabilidad notarial - que vayamos a la inexistencia de la institución, a su conversión en el tipo corriente en los Estados Unidos y en el acta Torrens(5).(560)

Martínez Segovia, coincidiendo en el enfoque conceptual con Negri, también sostiene que es de fundamental importancia institucional el mantenimiento de la fe de conocimiento en el documento notarial.

Es un hecho irrefutable que el escribano no puede conocer, ni aun recurriendo a la mediación de dos testigos de conocimiento, el sinnúmero de personas que recurren a sus servicios, lo que equivale a decir que en tantísimos casos debería abstenerse de actuar.

El notariado debe sustentarse sobre realidades y ello lo venimos destacando a través de todo este estudio, y no es por la razón de resolver el problema desde el punto de vista de la responsabilidad del notario que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nos inclinamos por una solución acorde con la realidad, máxime cuando la solución está a nuestro alcance a través de idóneos medios técnicos de identificación que pueden servir para que el notario se forme un juicio de convicción racional por un medio adecuado.

El plenario del Segundo Congreso Internacional se expide en el siguiente sentido:

"1) La autenticidad del documento notarial debe extenderse a la " identificación de los otorgantes.

"2) Es función y deber del notario cerciorarse de la identidad de " los otorgantes, certificando o dando fe de conocerlos.

"3) La certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más " que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario " formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con " prudencia y cautela." No entraremos a analizar la responsabilidad notarial pues no hace al fondo del problema, pero entendemos que el despacho del plenario es contradictorio en cuanto mantiene primero la dación de fe y después califica a ésta como juicio que el notario formula. Ello es consecuencia de querer conciliar aspiraciones que no responden a realidades; en definitiva, agotado el recurso de los testigos de conocimiento, el escribano deberá recurrir a medios supletorios de identificación como última instancia de poder establecer un juicio, que es lo que innegablemente ocurre en la práctica cotidiana.

De no ser un testimonio y solamente una calificación o juicio de conocimiento lo que el notario formula - única posibilidad al alcance en la mayoría de los casos - la trascendencia de la fe de conocimiento, queda desvirtuada como elemento fundamental de la escritura pública, que entendemos sirve más para vulnerar el documento que para otorgarle fuerza y relevancia.

Pelosi(6)(561), cita a Mustapich quien se pronuncia respecto de la fe de conocimiento, sosteniendo incluso, que no es una mera calificación, pues si así fuera, la responsabilidad notarial se desvanecería y se afectaría el derecho mismo.

El anteproyecto de Ley Notarial Argentina aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino en la asamblea celebrada en Jujuy el 16 de octubre de 1964 ni siquiera sigue el lineamiento conceptual del Segundo Congreso Internacional, en el sentido de que: "la dación de fe ha de ser más que un testimonio, la calificación o el juicio formulado por el notario basado en una conexión racional que adquiere por medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela". Por el contrario preceptúa en su artículo 37 textualmente: "El notario deberá conocer a los otorgantes y expresarlo así en la escritura. Si no los conociere podrá justificar su identidad con dos testigos que los conozcan y que sean, a su vez, conocidos del notario, cuyos nombres y residencia se indicarán en el documento. Los testigos instrumentales podrán serlo también de conocimiento".

Conceptuamos que es González Palomino quien en publicación posterior

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a su obra "Instituciones de derecho notarial"(7),(562) ubica el tema en sus justos términos, con valentía que muchas veces se requiere para proclamar verdades silenciadas por tabúes.

Como lo señalamos, González Palomino, a nuestro juicio, ubica el tema en sus justos términos, introduciéndose en él en esta forma: "las necesidades de la práctica son muy respetables, pero no pueden exigir nada que esté fuera de lo imposible". Y a continuación revé su anterior postura declarando: "En mi librejo Derecho notarial tuve la osadía de afirmar que la identificación no era materia propia de la función notarial. Ahora insisto en que se trata de un problema no sólo mal planteado, sino sin solución perfecta, pero al que hay que dotar de la solución de «tráfico posible». . . frente a un problema sin solución perfecta, pero al que hay que buscar una solución, el único camino es el de encontrarle una solución posible y suficiente. No puede imponerse a nadie la necesidad de cumplir un deber de imposible cumplimiento. Nadie, dice una máxima vieja, está obligado a lo imposible. El notario tampoco".

González Palomino, si bien señala "que se han puesto muchas esperanzas ingenuas en el documento nacional de identidad", manifiesta a continuación: "que el problema suele ser considerado como si se tratara de un problema exclusivamente notarial, cuando ni es propio de la función notarial, ni es propio exclusivamente de ella". Y agrega: "Es problema de... policía".

Históricamente González Palomino señala que el deber de identificación impuesto al notario, en función del concepto social de identidad, viene "construido" como un deber de diligencia y nada más, y recuerda a Alfonso el Sabio: "endeve ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer a los omes a quien face las cartas, quienes son"(8),(563) y recuerda también que desde los tiempos de Febrero, viene definiéndose como fórmula de "cobertura" para la identificación la de que las partes se identifiquen entre sí(9)(564).

Agregando a los razonamientos expuestos y a los históricos señalados, González Palomino llega a las siguientes conclusiones que sintetizamos:

- a) Frente a los propios comparecientes no debe haber responsabilidad del notario por errores de identificación, porque los interesados tienen un deber de identificarse a sí mismos recíprocamente y porque la posible negligencia del notario no cubre la negligencia de los perjudicados.
- b) Frente a terceros, el notario no es responsable tampoco si ha cumplido sus deberes de prudente diligencia (recomendación del Segundo Congreso Internacional), según los usos normales y posibilidades de tráfico, entre otras razones porque el tercero no es nunca perjudicado por el mero hecho de la autorización del documento.
- c) En caso de haber causado un daño, el obligado a responder e indemnizar es el enriquecido.
- d) Si el notario ha cumplido con su deber de diligencia, razonable y prudente, ha cumplido con todo lo que estaba obligado a prestar, y no debe tener responsabilidad penal ni civil, ni directa ni subsidiaria.

González Palomino culmina el tratamiento del tema cuando señala:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Finalmente, cuando el notario afronta la responsabilidad civil por daños causados por él, ni por su culpa y paga, aceptando resignadamente una especie de riesgo profesional, en vez de adquirir prestigio... lo pierde".

España, cuya legislación notarial, organización y prestigio intelectual del cuerpo profesional sirve de ejemplo al notariado de tipo latino, ofrece como antecedente en lo que al tema tratado se refiere, que la fe de conocimiento exigida al escribano interviniente puede ser suplida por los llamados "medios supletorios de identificación". Así la Ley Notarial española del 28 de mayo de 1862, modificada por la ley del 18 de diciembre de 1946, establece en su artículo 23: "Los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del notario: a) la afirmación de dos personas con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo responsables de la identificación; b) la identificación de una de las partes contratantes por la otra siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario; c) la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas. El notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales y fotografía estampados en el documento de identidad exhibido, con los del compareciente; d) el cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el notario fe de conocimiento del firmante. El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados".

El Reglamento Notarial del 2 de junio de 1944 contiene las siguientes disposiciones: Art. 156: "La comparencia de toda escritura indicará ...7º) La fe de conocimiento por el notario o medios sustitutivos utilizados, si no se estima conveniente consignarla al final...". Art. 163: "La indicación de los documentos de identidad será obligatoria para la redacción de los instrumentos públicos cuando lo exija especialmente la ley. Se exceptúan los casos de testamentos y aquellos en los cuales no pueda diferirse, a juicio del notario, la autorización del instrumento, sin perjuicio de que se presente el documento de identidad en el término de ocho días. Tampoco se necesitará la presentación del documento de identidad cuando se trate de funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo".

De las opiniones vertidas por González Palomino y el antecedente legal español, se infiere que la solución por la cual nosotros nos inclinamos en lo que hace al tema, no es de ningún modo algo aventurado ni

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

revolucionario que pueda socavar los cimientos de nuestra institución.

El tema ha sido por demás debatido en doctrina, haciéndose girar a su alrededor desde razones de supervivencia institucional hasta las por nosotros compartidas que tienden a analizar el problema dentro del marco de lo factible, o sea, dicho de otro modo, que nada puede imponerse que sea de cumplimiento imposible.

Mateo Azpeitia(10)(565) ha dicho: "La fe de conocimiento es la pesadilla notarial; es una cosa que con frecuencia nos agobia". Lo que para unos es el pedestal de la institución para otros puede llegar a ser la lápida.

Arata(11)(566) ha sido categórico en lo que hace al problema de la fe de conocimiento al expresar: "La iteración del tema, lleva el pecado de lo manido, de lo vulgar y el riesgo de no ser nada más que la compilación mecánica y abrumante de conceptos e ideas ya escuchadas y leídas, que no aportan más luces al tratamiento de la cuestión. Así es, en verdad, y cuando esto ocurre no hay otra fórmula que la de decidirse por una u otra solución".

Y fue así que nos decidimos no ya formulando doctrina sino como miembros de la "Comisión Asesora de Estudio del Régimen de Escrituras Públicas" creada por el Poder Ejecutivo de la Nación por Resolución del 22 de marzo de 1956(12)(567) que elevó su anteproyecto de reforma el 21 de junio de 1957 sustituyendo la dación de fe de conocimiento, por la obligación del o escribano de formarse un juicio sobre la identidad de las partes, mediante medios idóneos, tal cual lo expresa el artículo tercero de la recomendación del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino.

No obstante que en su momento la definición de postura sobre la "dación de fe" que adoptó la Comisión Reformadora dio más motivo a críticas que a elogios, insistimos en la postura doctrinal que asumíáramos hace diez años avalada por opiniones favorables de destacados tratadistas, algunos de los cuales glosaremos. González Palomino(13)(568) considera que el notario debe cumplir con el deber de diligencia razonable y prudente. Sanahuja y Soler(14)(569) afirma que la ley ha exigido únicamente que el notario forme un juicio de que las personas que ante él contraten son las que han de aparecer en el documento. Monasterio y Gali(15)(570) acepta como único sistema la presunción de verdad respecto al dicho de las personas que declaran ser tales suprimiéndose el precepto de la fe de conocimiento por ilógico, vago, innecesario, por gravoso al notario y por dificultar al propio tiempo la contratación. Mengual y Mengual categóricamente manifiesta que: "debe desaparecer este requisito para que dentro del sistema general en nuestro derecho no exista oposición alguna entre leyes que guardan entre sí tan íntima conexión y armonía"(16)(571). Esta posición es adoptada por la "más moderna norma legal relativa a la fe de conocimiento" al decir de Lassaga(17)(572), que es la reforma española del 19 de diciembre de 1946 al artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado del 28 de mayo de 1926. Finalmente nos sirvió de antecedentes para la redacción del anteproyecto, legislaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extranjerías que aceptan los medios supletorios de identificación, ya sea con menor o mayor amplitud, caso de la ley portuguesa del año 1930 modificada (art. 178), la ley notarial italiana (art. 51) y del Código de la Fe Notarial Uruguayo.

Lo que no alcanzamos a comprender es la posición doctrinaria ortodoxa vigente en nuestro país, que encuentra en la fe de conocimiento otorgada por el escribano (y sin más medio supletorio que la de los testigos de conocimiento) el pilar sin el cual se derrumbaría la institución, posición mantenida en el anteproyecto de Ley Notarial Argentina aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino ya comentado.

Nada más gráfico y aleccionador que la sentencia española a que hace mención Lassaga(18)(573) cuando dictamina: "Procede con imprudencia temeraria el notario que al autorizar una escritura de poder, da fe de conocer al otorgante, no conociéndole en realidad, fiándose de lo que otras personas le indicaron, sin cuidarse de indentificarla en debida forma. . .". ¿Qué alternativa les queda a los notarios argentinos o franceses en caso similar no teniendo por ley más vía supletoria de identificación que la de los testigos de conocimiento? La alternativa no puede ser otra que abstenerse de otorgar el poder o bien proceder con imprudencia temeraria.

En nuestro país la jurisprudencia se ha expedido ante la claridad de la ley en un único sentido. Ejemplificando, en el caso Blanic - Beltrán(19)(574), se estableció: "que de los instrumentos públicos debe emanar, en forma expresa, la certidumbre de la identidad de las partes, de suerte que ante la falta de conocimiento personal de los otorgantes por parte del escribano o los testigos destinados a suplir ese conocimiento, el oficial público debe abstenerse de autorizar la escritura. La fe de conocimiento por parte del oficial público en la forma establecida en los artículos 1001 y 1002 no es fórmula sacramental".

Entre nuestros civilistas el doctor Borda conceptúa que: "la obligación de que el escribano conozca personalmente a las partes o de que comparezcan dos testigos de conocimiento suyo y de las partes, es un verdadero anacronismo. Se explicaba en la sociedad de mediados del siglo pasado en que todos se conocían o tenían vinculaciones comunes y cuando no se poseían los medios técnicos de identificación que hoy ofrecen tantas seguridades. Pero actualmente la exigencia del artículo 1002 da lugar a serios inconvenientes prácticos, cuando no a la burla lisa y llana del precepto legal".

Del mismo modo que la actuación solemne y concienzuda de un notario en un testamento provoca sentimientos de seguridad y respeto en quien recurre al profesional para recoger y dar forma legal a sus disposiciones de última voluntad o para adquirir el dominio o comprobar un hecho o reglar convenciones societarias, la masiva dación de fe de conocimiento deteriora el prestigio ante el implacable juzgador que es la opinión pública.

La técnica, se ha dicho, es la gloria y el riesgo del hombre, y lo puede ser, también, de las instituciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las centurias que correspondieron a la Edad Media, injustamente llamada "la noche de la ignorancia" por espirituales, fueron antitécnicas. Sin intentar su defensa, ya se la considere como compás de espera, ya como de recapitulación de principios, la acción espiritualista de pensadores, entre ellos muchos doctores de la Iglesia, sirvió para cimentar instituciones. La nuestra surgió como tal en la también llamada "edad oscura" y sin el aporte de la técnica se consolidó.

La palabra institución expresa una idea de continuidad histórica, y toda institución que aspire a ella debe condicionarse a las exigencias sociales para no sucumbir.

Ambroise Paré, iniciador de la moderna cirugía, sustituyó por ligaduras de las arterias el método del hierro candente usado para contener la hemorragia, y ese modo, dado por ejemplo de hacer una cosa o sea empleando la técnica (que significa originariamente arte), es el medio de mantener las profesiones en el nivel de eficiencia que la sociedad exige.

Hagamos uso de la técnica, en todo lo que aporta para el progreso de las ciencias, y así consolidaremos los que son los auténticos pilares de nuestra institución: la ciencia y el arte. Porque arte y ciencia es la notaría, y en ello se fundamenta la institución notarial.

Si todo acto de asentimiento tiene dos fuentes: la evidencia y la fe, superemos atavismos, en definitiva mitos, que por evidentes deterioran la fe de la cual somos depositarios, consolidando así el asentimiento que anhelamos definitivo, para el notariado moderno en un mundo moderno.

FE DE CONOCIMIENTO

"El pensamiento no nos sido dado para eludir los problemas, los agudos problemas bicornes, sino, al contrario, para citarlos, a cuerpo limpio y mancornarlos".

JOSÉ ORTEGA Y GASSET. (1)(575)

JORGE ALBERTO BOLLINI y JUAN A. GARDEY

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. 1. Fe pública. 2. Fe notarial. 3. Fe de conocimiento: A) Concepto. B) Conocimiento e identificación.

CAPÍTULO II. 1. Antecedentes 2. Legislación comparada: a) Alemania. b) Bélgica. c) Brasil. d) Canadá. e) Costa Rica. f) Cuba. g) Chile. h) Ecuador. i) España. j) Francia. k) Grecia. l) Guatemala. 11) Holanda. m) Honduras. n) Inglaterra. n) Italia. o) México. p) Portugal. q) San Marino. r) Uruguay.

CAPÍTULO III. 1. Sistemas. Consideraciones previas. 2. Clasificación: 1) Identificación a cargo de los contratantes. 2) Identificación por conocimiento del agente. 3) Identificación por testigos. 4) Identificación por documentos y otros medios. III. Aspecto formal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CAPÍTULO IV. 1. Carácter del requisito. 2. Extensión de la fe de conocimiento. Su omisión.

CAPÍTULO V. 1. Derecho argentino. Legislación. 2. Jurisprudencia. 3. Consultas jurídiconotariales. 4. Doctrina de los congresos internacionales y de los notarialistas. Su influencia.

CAPÍTULO VI. La responsabilidad como factor integrante: 1. Consideraciones generales. 2. Responsabilidad del notario: A) Responsabilidad Penal. B) Responsabilidad Civil.

CAPÍTULO SÉPTIMO. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En la encuesta preparada por la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional, referente al primer punto del temario, del IV Congreso Internacional del Notariado Latino, fueron examinados en forma comparativa las reglas de forma comunes o parecidas relativas al acto notarial público existentes en los países de notariado de tipo latino, y poder así elaborar un texto coordinado de dichas reglas.

En la parte referente al notario, se incluyeron para su estudio los temas: Identificación de los comparecientes y Fe de conocimiento. (Puntos 24 y 25.)

Este tema ha sido ampliamente debatido en congresos y jornadas internacionales y nacionales y son abundantes las elaboraciones doctrinales sobre la materia, en monografías que lo tratan de modo particular y en obras de derecho notarial.

Los trabajos de los estudiosos, cuyos orígenes se remontan al siglo XIII, se han orientado a través del tiempo en tres corrientes doctrinarias:

a) Los que entienden que el precepto debe mantenerse, con toda la responsabilidad que el mismo impone, por ser uno de los basamentos en que se asienta el notariado;

b) Los que estiman que debe "rasparse" de la legislación, por la imposibilidad de su estricto cumplimiento en las grandes ciudades, por la enorme responsabilidad que le genera al notario el juicio de identidad;

c) Los que sostienen que admitida la necesidad de la fe de conocimiento, indagan de si esa función debe ser:

1º) Eminentemente a cargo del notario.

2º) Si puede incidir exclusivamente en los agentes del acto jurídico.

3º) Posibilidad de que sea compartida la responsabilidad entre unos y otros.

Va de suyo que en este trabajo no pretendemos innovar, pero sí clarificar conceptos, sobre todo en lo referente a la responsabilidad, que en la dación de fe del conocimiento le corresponde al funcionario fedatario.

Adelantamos nuestra posición, concordante con el pensamiento de José A. Negri(2),(576) de que "suplantar la fe de conocimiento» por cualquier otro medio, es cometer un atentado a la institución notarial".

La fe conocimiento, dice Arata(3)(577), "ha aflorado como expresión de valor a medida que el instrumento notarial cobra altura".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Afirma dicho autor que: "Precisamente la fuerza que se concede al instrumento notarial radica en ese conjunto de elementos ponderables que contribuyen eficazmente a valorarlo. Al conjuro de tales elementos, la escritura mantiene a través de los siglos, la singular jerarquía en lo jurídico, sin que haya podido encontrarse otra figura análoga, no ya para superarla, sino para igualarla".

Coincidimos con Arata: "La fe de conocimiento notarial, es objeto del derecho positivo, cuando la notaría adquiere relieve propio, es decir, desde el momento que se perfila como institución".

Si bien consideramos que la fe de conocimiento debe ser patrimonio exclusivo del notario, con todas sus consecuencias, y así lo sostenemos, no por ello dejamos de reconocer que en la época actual el notario, para llegar a la identificación total de los intervinientes en el acto notarial, puede recurrir voluntariamente y sin imposición legal, a otros medios supletorios, como ser documentos de identificación emanados del Estado o bien la presencia de los testigos de conocimiento.

Esa identificación, conocida por fe de conocimiento, pertenece a los actos de ciencia propia, pues se trata de un juicio que emite el notario, basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela, como así lo declaró el II Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Madrid el año 1950.

Por consiguiente, integra los actos de juicio objeto de menciones auténticas que se conocen en el léxico notarial con el nombre de "calificaciones", esto es, afirmaciones del notario "ex intelecto suo", que junto a la versión formal de las realidades del mundo físico, realiza el notario en su función de asistencia jurídica, para asegurar la eficacia del contenido(4).(578)

CAPÍTULO I

1. - FE PÚBLICA

"Entre las funciones encomendadas al notario - dice Navarro Azpeitía(5)(579) -, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás, es aquella en que consiste en investir todos los actos en que interviene de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado".

Expresan muy exactamente Colin y Capitant(6)(580), recogiendo una clásica doctrina ya formulada por Dumoulin, que esta fuerza probatoria del documento público ampara "las declaraciones y afirmaciones que proceden del propio funcionario público, respecto de los hechos que puede y debe comprobar "es propriis sensibus", no a los hechos que el funcionario relata, pero que proceden de las partes mismas o que la ley no concede a aquél la misión de referir.

El notario no sólo da fe de cuanto ve y oye sino que es facultad y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación suya amoldar a la ley, en cuanto al fondo y a la forma, su actuación y las de las partes, incluso las declaraciones de éstas.

Afirma Núñez - Lagos(7)(581) "que la fe pública notarial irradie sus efectos en dos capas o estratos del otorgamiento: en la de los hechos, como manifestación de verdad o realidad, y en la del derecho, como manifestación de legalidad. En el primer estrato, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos íntegramente mientras una sentencia no declare su falsedad, es decir, mientras no deje de ser instrumento público. En el segundo estrato el negocio jurídico contenido en la escritura pública es legal y válido "juris tantum", mientras una sentencia firme no declare su nulidad.

Opina Mengual y Mengual(8)(582): "Fe pública es el asentimiento que con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por aquellos a quienes el Poder Público, reviste de autoridad, asignándoles una función".

La fe pública, para Couture(9),(583) "es una calidad propia que la intervención notarial acuerda a ciertos instrumentos" y agrega: "La autenticidad, o sea la misión de dar autor cierto a los documentos, fue clásicamente misión de la autoridad pública".

En su trabajo sobre "Documento público y autenticidad de fondo", escribe Núñez - Lagos(10)(584) que "la fe, en general, se define diciendo: «Cedere quod non videmur propter testimonium dicentis». Un objeto presente a nuestros ojos - videntia - ; a nuestro conocer directo, es una realidad evidente. En todo juicio de razón asentimos al objeto pensado, afirmando su contenido, porque tenemos la evidencia de esa realidad percibida. Este asentimiento al objeto afirmando su contenido se produce en todo juicio de razón - acto de juicio - . Pero también, y esto es lo que nos interesa, en todo acto de fe. Mas en el juicio se asiente al objeto por su evidencia, y en el acto de fe a pesar de su no evidencia - quod non videmur - ".

Agrega: "Cuando el objeto es evidente, esto es, cuando tiene presencia integral ante nuestra intuición intelectual, el asentimiento es acto de conocimiento. Basta conocer, sin que intervenga la voluntad para nada, para pronunciar el juicio".

"Cuando el objeto no es evidente, esto es, cuando está lejos de mí, cuando está ausente en el tiempo o en el espacio, o el acto de asentimiento no se verifica o si se verifica, es por algo, que ajeno al objeto mismo y al sujeto, inclina y vence la voluntad a verificar necesariamente el acto de asentimiento. Ese algo extrínseco que logra y obtiene el asentimiento a un objeto no evidente, se llama en filosofía: autoridad".

"El poder persuasivo o imperativo de la declaración, narración, relato o revelación de esa autoridad, varía según el origen o carácter de dicha autoridad. Por el origen de la autoridad, los actos de fe se dividen: en actos de fe religiosa, revelados por Dios y actos de fe humana, declarados por los hombres. A su vez la fe humana puede provenir de autoridad pública - fe pública -, y de autoridad privada - credibilidad,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

testimonio - ".

"La fe pública es, pues, la autenticidad del fondo, o sea, la conexión del hecho - esfera de la realidad - con su valoración legal - normas de eficacia - a través del funcionario público competente".

"La verdad impuesta - (fe pública, autenticidad del fondo) -, tiene una correlación y encaje entre los conceptos legales, «hecho jurídico», fuente de derechos; hecho que motiva su otorgamiento en el campo de la prueba; y «hecho auténtico» - (documento o acto auténtico) -, a los efectos de casación".

"La fe pública, como verdad impuesta, no es una prueba tasada. Es una necesidad del comercio jurídico que ha puesto de manifiesto que en ciertos casos, de especial protección por la ley, no sólo el juez, sino las partes e incluso los terceros, tienen necesidad de la prueba".

Fe pública significa para Sanahuja y Soler(11)(585) "la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos. Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos objeto de la misma".

Para Giménez Arnau(12)(586) "la fe pública consiste en la necesidad jurídica que obliga a estimar auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, quiérase o no creer en ello".

"Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no llega a ella por un proceso espontáneo, cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos...".

"El documento (notarial) - dice Plaza(13)(587) - contiene manifestaciones de realidad, que quedan amparadas por la fe pública. La certeza de lo que de visu et auditu consigna el fedatario por percepción directa y no por revelación de los comparecientes es evidente e indiscutible y la querrela de falsedad es el único medio de contradecirle".

González Palomino(14)(588) asevera que "la función notarial es una función pública de carácter administrativo que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario, hecha en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción, o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas". "Certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios. . .".

De acuerdo a Gonzalo de las Casas(15)(589), "Fe pública es presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios, a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándolos para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos".

Para los licenciados Vázquez Pérez y Cipriano Ruiz(16)(590) la "fe pública es la garantía que da al Estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho. Esos hechos son de cuatro clases:

a) Normas jurídicas o actos creadores del derecho;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- b) Resoluciones mediante las cuales el poder público califica y valora un hecho determinado, de acuerdo con la norma jurídica general;
- c) Actos de ejecución del derecho estatuido en normas jurídicas o declarado en resoluciones;
- d) Hechos previstos en las normas jurídicas generales, los cuales son fuente de derecho, obligaciones y sanciones".

Sostienen además: "la función social del fedatario al ejercer la de legación de fe que le confiere el Estado, es la de configurar el acto o el hecho con el derecho y la de dejar a los intervinientes, concedores y seguros, del alcance social y legal de tal configuración; lo que sólo puede hacer un funcionario público, profesional del derecho: el notario".

"No puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial" - dice Castan Tobeñas(17)(591) -, "Las finalidades de la autenticidad y la legislación de los actos jurídicos exigen que el notario sea un funcionario público, que intervenga en ellos a nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas". Maigret(18)(592) expresa que en todas las legislaciones notariales la función notarial importa esencialmente, si no exclusivamente, la misión y el poder de conferir la autenticidad a los contratos y convenciones de derecho privado.

Para Otero y Valentín(19)(593) "es la creencia de lo que se dice u ordena en virtud del testimonio de la autoridad o funcionario que lo refrenda".

Bardallo(20)(594) estima que la fe pública es una institución de certidumbre jurídica, necesaria para la realización del derecho, especialmente en el comercio jurídico. Se la puede conceptuar como la institución que tiene por objeto la comprobación y la certificación, por intermedio de agentes calificados, de la existencia y legalidad de actos y hechos jurídicos, con valor de verdad "erga omnes" de credibilidad obligatoria.

Y efectúa el siguiente análisis: Institución, en sentido simple, conjunto o cuerpo de criterios normativos sobre realidades de significación jurídica. El objeto, es la comprobación y certificación de existencia y legalidad de actos y hechos jurídicos, para lo cual se vale de agentes calificados a los que se atribuye esa misión. Valor de verdad "erga omnes" de credibilidad obligatoria. Es valor especial de verdad oficial a las constataciones, a fin de que todos crean en su evidencia, sin necesidad de comprobaciones ulteriores.

Mustápich(21)(595) conceptúa la fe pública "como la calidad pública que mediante la intervención de un oficial público, acuerdo a ciertos documentos que por tal, revisten la autenticidad y eficacia".

Coincidentes con Martínez Segovia(22)(596) consideramos que es la autoridad que la ley acuerda al notario para dar valor jurídico de todo o parte del documento notarial y de su contenido - negocial o de hecho - entre partes y con respecto a terceros, autoridad de plena fe que sólo puede ser vencida por querrela de falsedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Resumiendo, la extensión de la fe pública en el plano de los hechos es garantía de existencia y en el plano jurídico es garantía de legalidad.

La actividad del notario contenida en el instrumento público, en el ámbito del derecho, comprende también calificaciones y advertencias.

Las calificaciones son juicios emitidos por el notario como funcionario perito en derecho. No pertenecen a la fe pública - dice Núñez Lagos(23)(597) - en su aspecto de juxta verum dictum, sino en el aspecto de principio de legalidad (juxte legem actum). Producen presunciones de derecho iuris tantum.

Las advertencias, según la opinión del mismo autor, son las instrucciones o amonestaciones que hace el notario a las partes para que tengan conocimiento de sus deberes, situación o responsabilidad. Unas las hace por imperio de la ley y otras por necesidades del acto.

Dentro de las calificaciones más usuales, se encuentra la identidad de las partes, que en la técnica notarial, es la fe de conocimiento.

En cuanto al contenido de la fe pública podemos decir que es el valor representativo de la aseveración notarial.

2. - FE NOTARIAL

Para Couture(24)(598) "El concepto de fe pública se asocia a la función notarial de una manera más directa que a cualquier otra actividad humana".

El escribano da fe de cuanto ha percibido - "es propii sensibus" -, y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe, es además pública. Lo es en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además, del público por autonomasia.

Argumenta Martínez Segovia(25)(599) "Que la fe notarial confiere «valor», a la obra del notario, al documento. También a la obra de las partes, dirigida por el escribano: el negocio".

La fe notarial, para este autor, "Es la autoridad que la ley acuerda al notario para dar valor jurídico al todo o parte del documento notarial y de su contenido - negocial o de hecho - entre partes y con respecto a terceros; autoridad de plena fe que sólo puede ver vencida por querrela de falsedad".

"Ese valor es valor de plena fe, tiene alcance público porque excede de los límites del alcance privado, ya que la plena fe tiene vigencia entre las partes y también con respecto a terceros. Esos terceros son el público, el pueblo. Por eso puede calificarse la fe notarial como fe pública y el documento notarial como documento público. Pero no porque el Estado tenga algo que ver en lo notarial".

Villalba Welsh(26)(600), al estudiar la fe notarial, dice: "La forma pública notarial es auténtica porque ésta es su condición específica. El Estado no hace delegación alguna en el escribano. Sólo que necesita un hombre para que cumpla, ciñéndose a la ley las normas que hacen de la forma que él autoriza (en el sentido de ser autor) una escritura pública con la fe de que el orden jurídico le atribuye".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De todas las denominaciones propias dadas al escribano, la que más se ajusta a su función específica de dar fe de los actos que ante él pasan, es la de fedatario, cuando actúa como profesional; y fedante, cuando actúa en el documento.

No coincide con esta manera de pensar Gattari(27)(601), para quien "fedante es el escribano considerado en sí mismo, en su calidad de tal, y en su carácter eminentemente personal", per se. Fedante es el escribano en cuanto da fe, porque a él corresponde "la autenticación de todas las realidades físicas susceptibles de percepción sensorial, de hechos que le constan de ciencia propia por ser notorios y la atribución de estados y actos concretos a determinadas personas".

"Fedatario - continúa - es también el notario (o cualquier funcionario que goza de fe pública), pero no ya considerado en sí mismo, sino per alium, con relación al Estado, del cual recibe el carácter de "funcionario público, depositario de la fe pública notarial".

En resumen, para Gattari "El escribano, investido de la fe pública por el Estado, es fedatario; pero es fedante, cuando autentica sobre la base de lo que percibe "sui sensibus". En cuanto el escribano tiene poderes que derivan del Estado y de él dependen, es fedatario; pero en sus relaciones con los otorgantes y los contratos que éstos registran en documentos públicos, como expresiones y declaraciones de voluntad, es fedante... Para entenderlo más rápido, el notario tiene un doble frente; mirando al documento y a los contratantes es fedante, mirando al Estado, es fedatario".

Fe, es por definición, "la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública". Etimológicamente: deriva de fides: indirectamente del griego (peitheto), yo persuado.

"Pública, quiere decir notoria - patente -, manifiesta, que la ven o la saben todos". Etimológicamente: quiere decir "del pueblo".

Fe pública vendría a ser, creencia notoria o manifiesta.

Numerosas definiciones consideran que lo propio, lo específico de la fe pública, lo constituye su emanación notarial. "Es - se dice - certificar los escribanos por escrito alguna cosa que ha pasado ante ellos"(28)(602).

Con mayor rigor se habla de fe pública notarial, para referirse a esta acepción del concepto; y entonces se acostumbra a definirla como "la exactitud de lo que el notario ve, oye y percibe por sus sentidos(29)(603)".

"Estas definiciones - dice Couture(30)(604) - se apoyan en un modo familiar del lenguaje, según el cual la fe pública, es la fe del escribano y no otra. No se dice, por ejemplo, que los funcionarios públicos en general, son funcionarios de fe pública".

"La fe notarial - ha dicho Orellano(31)(605) - es un atributo de la propia calidad de escribano que reviste el funcionario y éste, con sólo inter, venir y autorizar un acto cualquiera con su firma, le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica la fe notarial de que es depositario".

Adherimos al pensamiento de Martínez Segovia(32)(606) y calificamos la fe notarial como fe pública, que confiere valor a la obra del notario, al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento.

Y en igual sentido inclinamos nuestra opinión agregando que la única fe, con valor de plena fe que tiene alcance público, porque excede los límites del alcance privado, es la fe notarial, que es potestad individual del escribano en su condición de funcionario de fe pública.

La ley crea el poder de dar fe y lo pone en manos del notario. Para el prestigioso notarialista antes citado, "El documento notarial, medio objetivo de la función notarial, comienza siendo un documento privado que luego adquiere preeminencia al cubrirse de valor con el ejercicio de la potestad de dar fe acordada al notario".

Gattari(33)(607), al referirse al objeto formal del derecho notarial, expresa: "Se distinguen dos tipos de fe pública: a) fe pública notarial; b) fe pública extranotarial; ésta a su vez es: 1) registral; 2) administrativa; 3) judicial . . . pero el plano de incidencia - agrega -, es distinto, porque cada uno de los cuatro tienen sus propios objetos inconfundibles. De lo contrario: no podrían existir; si todos tuviesen como objeto específico a la autenticación y a la fe pública, hay tres que están de más. El objeto de procedimiento notarial es constituir los hechos negociables y asentar los no negociables, por la autenticación. Por ello, el notario es el único que da fe y la única fe pública es la notarial; el notario es el único que autentica y la única autenticación y la única forma auténtica es la notarial.. ." "Sin la autenticación ni la fe pública; a) el notario no tendría razón de su existencia (aspecto subjetivo); b) la función notarial - entre otras el asesoramiento - carecería del sentido que le conocemos (aspecto funcional); c) la institución notarial no podría existir tal como se halla constituida (aspecto institucional); d) el acto notarial no podría subsistir con sus caracteres actuales típicos: forma e instrumentos públicos auténticos, hecho de las partes autenticado; hecho del notario, autenticante, auténtico y autenticado (aspecto objetivo); e) la certeza y la seguridad jurídica - opuestas a la prevención y a la cautela - perderían un medio relevante y eficazísimo de acceso (aspecto teleológico); f) la constitución, la prueba y los medios se verían privados de una de las maneras más relevantes de su propia existencia (aspecto de los efectos)".

"Pienso que, entre las tres ramas técnicas, compete a la notarial un desempeño realmente envidiable. Sólo ella ayuda a crear el derecho con una especie de mayéutica jurídica; sólo ella es capaz de proporcionar una forma auténtica, con efectos tan poderosos; sólo ella disfruta de un poder tan excelso, cual es el de dar fe".

3. - FE DE CONOCIMIENTO

A) CONCEPTO

Se comprende en el derecho, bajo este precepto, el conjunto de problemas de ilimitada trascendencia en el orden notarial a que da lugar la identificación de los otorgantes y su constancia en el documento público.

En toda legislación de tipo latino, que atribuye al documento notarial el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

carácter de auténtico, se exige al notario que en las escrituras que autoriza, dé fe de conocimiento de los otorgantes y si no los conociere; debe suplir esa circunstancia con la presencia de dos testigos de su conocimiento, que conozcan a los otorgantes, u otro medios supletarios. En la legislación argentina, esta disposición está contemplada en los artículos 1001 y 1002 del Código Civil. La nota de este último artículo, se remite a la Novísima Recopilación, L. 1, Tit. 23 Lib. 10.

El artículo sexto de las Ordenanzas del 29 de noviembre de 1736, incorporado a la Novísima Recopilación, expresa: "Que el escribano que no conociere a alguna de las partes que quisiese otorgar algún contrato o escritura, que no lo haga, ni reciba, salvo si las dichas partes que así no conociere, presenten dos testigos que digan que las conocen y en este caso haga mención de ello al fin de la escritura, nombrando los testigos, y asentando sus nombres y de dónde son vecinos, y no haciéndose esta expresión, se haya el otorgante por conocido del escribano, y que venga a su cargo, dándose por nulos los actos que sin esta circunstancia se otorgaren y si el escribano no conociere al otorgante, dé fe en la suscripción de que no lo conoce".

Según Monasterio y Gali(34)(608), dar fe del conocimiento de una persona tanto quiere decir como asegurar la identidad de la misma con su nombre, o mejor la identidad del nombre que es el verdadero signo individual, con el sujeto que se lo atribuye. En una palabra, la fe del conocimiento es, en todo caso, un prejuzgamiento de estado civil.

Para Moral y de Luna(35)(609) "La norma tiende a garantizar el elemento personal, partiendo de la base evidente de que sin el sujeto cierto, no hay más que una apariencia del acto o contrato, puesto que el sujeto es el animador o vivificador de la relación, los elementos satélites - objeto y causa, dependen de él, ya que sin aquel elemento determinante el objeto no se mueve y la causa no se alumbra, ofreciendo - por lo tanto - el cuadro jurídico una clara visión de naturaleza muerta. Dicho precepto se propone aportar este elemento esencial a la llamada prueba preconstituida, prueba colocada en la retaguardia del acto o contrato, para hacerla funcionar en caso de impugnación y que sirva de cobertura y de defensa al posible tercero perjudicado".

Según Solimena(36)(610), "la ley persigue una obvia finalidad necesaria; la certeza de que las partes sean realmente las que se constituyen en el acto".

Núñez - Lagos(37)(611) entiende que "la identidad de las partes en la técnica notarial, es fe de conocimiento. Puesto que el otorgamiento extingue, modifica o crea titularidades es imprescindible establecer la exacta correlación entre los titulares de los derechos u obligaciones y las partes u otorgantes. Sin esta calificación del notario que supone una previa inquisición, el tráfico jurídico se vendría abajo".

Sin embargo, la identidad de las partes no es un hecho "in rerum natura". Es un juicio del notario que conexiona el hecho de la exhibición o comparecencia actual de la parte con el nombre y personalidad del titular que ostenta la misma.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"No es tampoco una afirmación de carácter absoluto, pues para que el notario tuviera la evidencia de «visu, et auditu sui sensibus», de que el compareciente era la personalidad física y jurídica que se afirmaba, hará falta que como tal notario, presenciara el hecho de parto y la identidad permanente del nacido, desde el alumbramiento hasta la comparencia. .
."

"La calificación del notario se refiere a un problema de «notoriedad», que en la vida social y en el tráfico civil una persona física determinada, ostenta de modo público y notorio, un nombre y un *statuts civilis*. Si antes de engañar al notario, un compareciente con falso nombre suplantador de otra persona, ha realizado igual engaño públicamente, no sólo no hay responsabilidad para el notario sino que la calificación está bien hecha, porque el nombre del compareciente era el que revelaba su notoriedad. Por eso, como todas las calificaciones del notario, engendra presunción «*juris tantum*»".

Ramón Novoa Seoane(38)(612) señala "que el conocimiento es una apreciación humana, y por tanto falible, agregando: es verdad que el conocimiento que la ley exige al notario no es superficial, pero no puede exigírsele que sea infalible; personas habrá que viven usando nombre supuesto durante muchos años, con el cual son conocidos, el notario, que puede ser su convecino le conoce como todos los demás con aquellos nombres y estados supuestos, e ignora los verdaderos y no podrá menos de afirmar que las conoce como en su caso asegurarían todos los vecinos del pueblo y la imputación en este punto no podrá ser imputable al notario como falsedad".

Negri(39)(613) define la ley de nacimiento, "como la garantía dada por el notario en base a su propia convicción que determinada persona se identifica con el nombre con que es reconocida".

Para nosotros, concidiendo con Larraud(40)(614), la fe de conocimiento se fundamenta en la necesidad de tutelar la seguridad de las relaciones jurídicas entre particulares y la buena fe que en las mismas se compromete, tiene por fin mediato prevenir el fraude; pero antes, inmediatamente se propone fortalecer la escritura pública - documento material de máximo abolengo -, apoyando su validez y su eficacia, para lo cual compromete en favor de ella un sistema de responsabilidades.

B) CONOCIMIENTO E IDENTIFICACIÓN

En el instrumento público y especialmente en el documento notarial, la autenticidad se ampara por una presunción que ha de destruir en la prueba, el que la niegue.

La legitimidad se afirma por la fe de conocimiento, que, supuesta la autenticidad, goza también de presunción.

El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes; estas palabras constituyen la esencia de la teoría de la fe de conocimiento; se la conoce como dación de fe, y en el derecho francés o italiano por identificación en el documento y su constancia.

En la actualidad, no obstante, el contraste con el avance casi

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

revolucionario experimentado por el arte notarial, en lo tocante a la estructura y conformación del instrumento público, el notariado de tipo latino se ha de mover, en términos generales, dentro de un sistema de identificación notarial que responda a la tradición y a nuestro concepto del ejercicio notarial.

Hemos, pues, de centrar en la identificación de tipo notarial, nuestra reflexión sobre la fe de conocimiento.

La fe de conocimiento es una derivación de la fe notarial en general. Esta es, asentimiento, certeza, verdad, que se presta a la manifestación del funcionario que por delegación del Estado, la ejerce o reviste.

Todos estos problemas, al decir de un autor, no son nuevos; al contrario, llevan muchos siglos planteados porque el notariado latino tiene una raigambre histórica gloriosa, de la que no podemos prescindir. Y nos encontramos frente a los mismos asuntos, dificultades y confusiones que se citaban ya en la Edad Media y que hicieron correr la tinta en la literatura del derecho común y de nuestro derecho.

El problema de la fe de conocimiento no radica en la forma que se expresa en la escritura, sino en el proceso que ha de realizar el notario para la identificación del compareciente.

Aduce Mengual(41)(615) que "la fe de conocimiento es un estado psicológico - subjetivo, racionalmente formado, del propio notario, que asevera bajo su responsabilidad, que aquello que manifiesta y asegura, y que constituye el objeto de una relación entre su pensamiento y el objeto sobre el cual dicho pensamiento actúan, en sí, en su propia substancia, es su esencia interna, sin adulteración ni desequilibrio y sin que exista el menor asomo de duda, ni vacilación".

Desdobra entonces aquélla en dos actuaciones jurídicas: una la inherente al notario y otra propia del individuo ajena al notario. Ambas esferas están íntimamente relacionadas. La fe notarial, es anterior a la individual y ésta depende de aquélla. Si la fe notarial es equivocada o errónea, la fe individual se desmorona por su base, sin valor jurídico ni eficacia legal.

Por eso, la importancia de la fe de conocimiento inherente al notario y las graves consecuencias del error.

"De ello se desprende - dice González(42)(616) - que la fe de conocimiento, en cuanto al sujeto de aquella relación, y como término objetivo de equilibrio entre dicho sujeto y el pensamiento del funcionario notario, consistirá en la afirmación hecha por éste, de que aquel sujeto es en sí, en su esencia, el mismo que se afirma, en su identidad personal o identidad subjetiva, y no otro distinto del mismo, y de posible confusión".

Lo que sí debe hacerse constar es que el notario para formar su criterio no debe estar constreñido a un molde legal de hechos tasados, ni deben imponérsele más límites que los que le marcan su prudencia y su celo normalmente exigible; que puede hallarse racionalmente cierto en la identidad del otorgante sin conocerlo en el sentido vulgar, sin haber tenido previo trato con él, por medios diversos y de significación muy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinto que los supletorios.

Como bien dice Diez Pastor(43)(617), "El criterio notarial es aquí, como siempre, la ponderación; adquirir la relativa certidumbre posible, no de modo superficial, sino personalmente con prudencia y cautela como expresa una elegante sentencia del Tribunal de Apelaciones de Nápoles, citada por Falzone: "un modo de avere una ragionevole, seria e consenciosa convinzioni di tale identità".

"Así la expresión, tradicional en nuestras leyes, «fe de conocimiento», de tan bueno y rancio saber, induce a errores groseros en cuanto a la consistencia del deber de identificar a los otorgantes a que el notario está propiamente sujeto.

Hoy que darle al notario un margen grande de confianza, porque en definitiva, su intervención directa supone una garantía muy superior a la de los medios supletorios conocidos.

Todo ello lo condensa la doctrina, en que el conocimiento por parte del notario, ha de ser de ciencia propia.

"La necesidad de la prueba preconstituida auténtica, que proporciona el medio de fijar, de un modo indubitable y fehaciente, los datos ciertos, o exigir el cumplimiento de obligaciones contraídas", dice Monasterio(44)(618), "es la base y fundamento de la institución de la Fe Pública, que ha cruzado desde los primeros tiempos de la vida social, hasta nuestros días, todo el mar revuelto de la historia, manteniéndose incólume entre tantas ruinas de instituciones caídas por caducas e innecesarias".

Para este autor, dar fe del conocimiento de una persona tanto quiere decir como asegurar la identidad de la misma con su nombre o, mejor, la identidad del nombre que es el verdadero signo individual, con el sujeto que se le atribuye. En una palabra, la fe de conocimiento es, en todo caso, un prejuizgamiento de estado civil.

Gramatical, filológicamente, la palabra conocimiento, con referencia a una persona, tiene un significado peculiar y concreto que nos ayuda a precisar el sentido del precepto.

Conocer, según el diccionario de Roque Barcia(45)(619), es "percibir el entendimiento, tener idea de alguna cosa", o "Tener idea clara de la figura de alguna cosa o de la fisonomía de alguna persona".

Conocimiento, según el propio filólogo, es: "La acción y efecto de conocer", o en otro sentido, "la persona con quien se tiene trato y comunicación".

"La palabra conocimiento es imperfecta para expresar la convicción subjetiva, de la identidad del nombre con una persona, porque en el sentido general y abstracto, conocer a una persona, es más que tener conciencia de su identidad, pues alcanza a distinguirla, no sólo por su nombre, sino por todas sus demás cualidades y caracteres físico morales y de todo otro orden. Y en el sentido vulgar, es menor conocerla que identificarla".

Identidad, en el aspecto que nos interesa, es el hecho de ser una persona la misma que suponemos o dice ser; e identificar, reconocer si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tal persona es, en verdad, la misma que dice ser o se supone sea.

Riestra(46)(620) define la identidad: "Como el conjunto de detalles físicos, y señas abstractas, como el nombre, apellido, etc., que cada persona que se encuentra sea precisamente la que se busca o pretende ser tal y que hace que pueda ser fácilmente confundida con otra".

Interesa al derecho que los otorgantes de las escrituras públicas sean, en verdad los mismos titulares de los derechos que en ella se transfieren o de los que se constituyan.

"Para llegar a admitir - dice Larraud(47)(621) -, en circunstancia determinada, la existencia de una tal identidad se podrán utilizar diversos medios, de eficacia más o menos segura; en la vida de mera relación profesional, a cualquier notario le bastará por lo general, el nombre y la invocación de su calidad de colega, para que tenga por tal a un visitante; para los efectos de tránsito internacional, la identidad se acredita con el pasaporte; para nuestro derecho electoral, en cambio, se justifica con la credencial cívica expedida por la oficina respectiva, y el notario uruguayo, requerido por una persona a quien no conozca, para autorizar una escritura pública, deberá exigirle por mandato legal, dos testigos calificados que la identifiquen".

Entre ambos conceptos, identificación de los otorgantes y fe de conocimiento existe una relación de género a especie.

El conocimiento personal de los contrayentes por el notario, o por - testigos, sólo es una forma de identificarlos.

"La identificación de los contrayentes en el acto notarial", destaca Larraud(48)(622) "tiende a tutelar la seguridad de las relaciones jurídicas entre particulares y la buena fe comprometida en las mismas".

Para Pietro Carusi(49)(623) "el notario en tal caso tutela un interés jurídico general del Estado, y también de los particulares".

No obstante la opinión contraria de algunos autores, puede afirmarse que la fe de conocimiento, ampara exclusivamente a la identidad del otorgante, sin extenderse a elementos de identificación, tales como el estado civil, la edad, la nacionalidad, el domicilio, etc.

Para Núñez - Lagos(50)(624) la identidad de las partes, en la técnica notarial, es fe de conocimiento.

En el sistema que podríamos llamar latino, el conocimiento de ciencia propia por el notario, es el principio general; y la identificación mediante documentos y por testigos de conocimiento, adquieren carácter supletorio, alternándose en la preferencia según los países.

La expresión ciencia propia, no puede tener más alcance que la de determinar que el notario debe adquirir por sí mismo, ante su propia conciencia, la firme convicción de que el otorgante es, en verdad, la persona que pretende ser.

Frente al notario hay dos clases de conocimiento: el conocimiento preexistente y directo, adquirido por un juicio de calificación, al que puede llegar el notario sin sujetarse a cánones establecidos. Es un acto complejo de sensaciones visuales y una toma de posición intelectual, con referencia al sujeto instrumental, que permite por acumulación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

datos, cerciorarse que la persona que se individualiza es ella misma y no otra. El conocimiento indirecto o adquirido por medio de otras personas, que certifican, aseveran o aseguran aquella identidad. Se les denomina testigos de conocimiento.

Los medios supletorios consisten en procedimientos automáticos, basados en la eficacia que se atribuye a documentos de identidad.

Mustárich y Lassaga(51)(625) coinciden en cuanto a que el escribano no es el encargado de verificar diligencias propias de un policía, pero sí sostienen que es inherente a su función de guardador y depositario de la fe pública, el asegurarse de la identidad del o de los otorgantes, para que la fe de conocimiento no sea un apéndice o un aditamento del acto jurídico, sino una solemnidad que da jerarquía de autenticidad y fehaciencia al acto notarial.

Para López Garzón(52)(626) "esa conexión entre quien es el compareciente y quien debe ser, queda asegurada por el juicio de capacidad, aunque gracias ciertamente a la fe de conocimiento que nos ha dado, como presupuesto previa, la otra conexión: entre quien es el compareciente y quien dice ser". "Es decir, que en las escrituras de finalidad traslativa compete al juicio de capacidad discernir no sólo sobre la aptitud jurídica del sujeto en sí, aisladamente considerado (atendida su edad, estado civil, regionalidad, sanidad mental, etc.), sino también en relación con el objeto a que se refiere al negocio jurídico documentado (ausencia de prohibiciones de disponer, alienabilidad del derecho y, sobre todo, titularidad)".

CAPÍTULO II

1. - ANTECEDENTES

Puede asegurarse que ya desde lejanos tiempos se percibió la conveniencia o la necesidad de que el agente vigilase que los derechos constituidos al amparo de su fe, emanasen de los verdaderos titulares y que no pudiesen ser invocados por quienes no fuesen tales.

Su antecedente inmediato, para nosotros, se encuentra en la legislación española, y dentro de ella, el precepto fue extraído, según Monasterio(53)(627), autor que ha sido citado por casi todos los que han abordado el tema, de las doctrinas de derecho común traídas de Bolonia, en el gran siglo XIII, habiendo fecundado después en trabajo de codificación.

Manifiesta Omar Lassaga(54)(628) "que el origen de este precepto se remonta a Bolonia en el siglo de oro, de donde es captado posteriormente en el Fuero Real, reiterada dicha doctrina en la ley de Partidas y más adelante en la Novísima Recopilación".

En el capítulo once de la Pragmática dada por los Reyes Católicos en Alcalá de Henares el siete de junio de mil quinientos tres, que es la ley segunda, título veinte y tres, libro diez, de la Novísima Recopilación, se dispuso "que si por ventura el escribano no conociere a alguna de las partes que quisieren otorgar el contrato o escritura, que no lo haga, ni

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reciba, salvo si las dichas partes, que así no conociese, presentasen dos testigos que digan que las conocen, y que haga mención de ello al fin de la escritura, nombrando los dos testigos y asentando sus nombres y de dónde son vecinos, y si el escribano conociese al otorgante, dé fe de ello en la suscripción".

En su "tractatum notularum", después de afirmar que por el derecho común los testigos no tienen por qué conocer a las partes, señala Rolandino como excepción que "por la fórmula del Estado Municipal de Bolonia, es necesario que uno de ellos, testigo o notario, conozca a los contrayentes".

Y al respecto Pedro Boaterio aconsejaba: "El notario no haga el instrumento entre personas desconocidas para él, pues tal instrumento efectuado entre desconocidos no será válido".

Núñez - Lagos(55)(629) considera que el pensamiento de Rolandino y su tiempo, fuera el de resolver el problema de la identidad de los contrayentes, considerándolo un requisito del acto o contrato, es decir, del instrumento, pero no de su texto (requisito extra documental).

Resuelto en favor de Baldo el antagonismo que entre la opinión de éste y la de Juan Andrés mediara sosteniendo aquél la necesidad del conocimiento de los contrayentes para evitar que, engañándolo en el nombre de los interesados, pudiese cometerse una falsedad y éste la posibilidad de la autorización sin dicho requisito, dando lo cierto como lo cierto y lo dudoso como lo dudoso, vemos ya legislada esta materia, prescindiendo de otras obras legales de El Sabio, en el Fuero Real primero, y como dice Monasterio, en la monumental sesuda y filosófica obra del saber, el Código de las Partidas.

Dice, con respecto al particular, la ley 7, título 9, libro 2, del Fuero Real: "Ningún escribano non faga carta entre ningunos omes, a menos de los conocer o de saber sus nombres si fuesen de la tierra o si no fuesen de la tierra sean los testimonios de la tierra o omes conocidos".

Dijeron más tarde Las Partidas, sobre el mismo punto en la ley 5, título 8, de la III: "é debe ser muy acucioso el escribano, de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas a quien son, y de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho nin engaño".

El Espéculo expresa: "Conocer debe el escribano los omes entre quienes face carta por si o por otros, cual sepan dezir quien son. E otro si debe preguntar é saber los nombres dellos é donde son é donde moran. Ca todo menester de saber para escribirlo en la carta".

Febrero(56)(630), autor de máxima nota - año 1862 -, opinaba que en los contratos bilaterales, perfectos o sinalagmáticos, el notario no venía obligado a conocer a las partes entre quienes se convenía, fundado en que debe suponerse que el que contrata con una persona, obligándose a su favor y estipulando derechos, la conoce perfectamente, y entendía que evitaba al escribano todo peligro de responsabilidad, haciendo que ambas partes se diesen satisfechas por su mutuo reconocimiento.

Aliaga, en su obra Espejo de escribanos o arte de contratar, editada en Tarragona en 1788, decía que el conocimiento de los otorgantes, de que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha de dar fe el escribano en sus escrituras, no ha de ser por trato o amistad de algún tiempo; basta saber que son personas domiciliadas, no fugitivas, ni de sospecha, y que se nombran como lo expresan, sin constarle lo contrario, ni tener para ello un leve recelo de dudas".

Escriche, no obstante su rotundidad al afirmar que el escribano debe abstenerse de actuar si no conoce al otorgante, o no hay posibilidad de aportar testigos de conocimiento, se desdice de su criterio cerrado e introduce un medio de identificar que no consignaba la Novísima Recopilación, el medio documental, pues después de sentar su indicado criterio de rigor, añade: "sólo en el caso de que el otorgante desconocido pruebe la identidad de su persona con documentos fehacientes, como por ejemplo, con un buen pasaporte cuyas señas concuerden con las suyas personales, parece que podrá el escribano acceder sin peligro a la autorización que le pidiere, del contrato que intenta celebrar".

Y Cardellach, autor también de aquella época, cita y disculpa la práctica contradictoria que se observaba en los notarios del Principado, en esta materia, pues al comentar las Ordenanzas de 1736, que en este punto transcribieron las leyes de la Novísima Recopilación, dice: "que aunque esta ley manda que el notario dé fe de conocer a los otorgantes, en este punto se varía la costumbre, pues unos dan fe y otros no, de conocerlos, siendo de presumir que esta diferencia nazca de la ignorancia de la ley en algunos y de no creerla tan substancial, que vicie el contrato su supresión, en otros".

Para Monasterio(57)(631) la Ley de Partida no habla del conocimiento a priori; sus palabras parecerían que parten del supuesto contrario "sea (el notario), acucioso de trabajarse de conocer los omes...". Si debe trabajarse de conocerlos, claro, es parte del supuesto que no los conoce. Y dice más la ley... "de conocer quien son..." (es decir, de identificar su persona) . . . "y de que lugar, es decir, exigir la justificación de su domicilio. La propia partida 3ª, ley 2ª del título 9, según dicho autor, confirma lo expuesto: "...E además decimos que deben ser vecinos de aquellos lugares onde fueren escribanos, porque conozcan mejor los omes, entre quienes fizieren las cartas".

Negri(58)(632), al estudiar los orígenes y antigüedad del precepto, considera "que la certificación de la identidad, sea en forma implícita, sea expresamente, ya existía con anterioridad a las Leyes de Partidas.

Por su parte, Francisco del Moral y De Luna(59)(633) señala que el primer atisbo que aparece sobre la materia procede de la Constitución "Presente Legi", dada por el emperador Justiniano a consecuencia de un caso particular que se presentó en juicio, por una escritura cuyo otorgamiento negó la persona a quien perjudicaba, y que impuso a los tabelliones la obligación de tomar personalmente las órdenes y notas para redactar y autorizar los documentos, en vez de entregárselos a sus tabularios y amanuenses. Y, refiriéndose a la Constitución, continúa que hay que tomarla por los pelos, como a todas las fuentes de cauce indirecto y poco caudaloso.

Para el citado autor, la primera disposición dentro de la legislación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

española la tenemos en el hero Real del año 1255, Ley 7ª, Título 8º, Libro 2º, precepto acogido por las Leyes de Partidas, a la que sigue la Novísima Recopilación, que recoge lo dictado por los Reyes Católicos en la famosa Pragmática de Alcalá, expedida el 7 de junio de 1503 y que hemos transcripto en la introducción de este trabajo.

Este fue el antecedente inmediato de la Ley Española del año 1862 y a su vez, Novísima Recopilación fue la fuente de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil argentino, como lo hemos señalado precedentemente.

Es conveniente observar cómo los que en la doctrina boloñesa del siglo XIII era sólo requisito del acto o contrato, han pasado a ser requisito de su texto en la Pragmática y legislación posterior, "ya que si el escribano conoce al otorgante, debe dar fe de tal circunstancia en la suscripción".

2. - LEGISLACIÓN COMPARADA

En esta sección referida a la legislación comparada hemos de transcribir como parte inicial las resoluciones que sobre el tema que nos ocupa dieron el Segundo y Quinto Congresos Internacionales del Notariado Latino y la Segunda Convención Notarial Sudamericana de Países del Atlántico y Mediterráneo.

Dice la primera de las resoluciones: "1º) La autenticidad del documento notarial, debe extenderse a la identificación de los otorgantes. 2º) Es función y deber del notario cerciorarse de la identidad de los otorgantes, certificando o dando fe de conocerlos. 3º) La certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formula o emite, basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela. 4º) En relación con el tema debe rechazarse la responsabilidad objetiva de la pura relación causal entre el hecho y el daño.

"En consecuencia: a) El notario solamente tendrá responsabilidad penal cuando cometiere falsedad deliberada (dolo); b) Tendrá responsabilidad civil por dolo, culpa o negligencia; c) La diligencia que ha de prestar el notario es la normalmente exigible a un funcionario escrupuloso; d) Es aspiración del Congreso que la calificación del dolo, culpa o negligencia sea sometida a la decisión previa de un Tribunal Notarial; e) La declaración de una de las partes de conocer a la otra; libera al notario de toda responsabilidad frente a quien la hace. 5º) La determinación de los medios supletorios de la identificación notarial ha de ser resuelta en cada país según sus especiales circunstancias".

Del informe que en su carácter delegado presentara Martínez Segovia(60)(634) a la Federación Argentina de Colegios de Escribanos, con motivo de la celebración de dicho Congreso, surge la ponencia preparada por la delegación argentina, sobre el tema que nos ocupa.

a) Sostiene el principio de fe de conocimiento como requisito esencial del acto y consubstancial atributo del notario en su calidad de fedatario, propiciando en esencia el mantenimiento de la norma legal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

argentina;

b) Afirma que los diversos medios probatorios relativos a la identidad de los otorgantes serán recursos a los que el notario puede o no acudir, pues ello no significará obligación de su parte;

c) Reducir a los límites fijados en las conclusiones precedentes la responsabilidad civil y penal del notario en los casos de error en la certificación de identidad.

En el seno de la subcomisión designada para estudiar el tema, se consideró un proyecto de resolución preparado por la delegación española y, en especial, el del notario español, Diez Pastor.

Los distintos puntos a debatirse se concretaron en los siguientes:

a) Si debe mantenerse la fe de conocimiento.

b) ¿Quién debe darla?

c) ¿Cómo debe darse?

d) El problema de la responsabilidad.

Con referencia al primer punto - dice el autor - fue unánime la idea de que debe mantenerse la fe de conocimiento.

La respectiva conclusión a propuesta de la presidencia, se consideró sobre la base de lo resuelto en el Primer Congreso Internacional, punto quinto del temario, apartado a), que dice: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública... que dé fe de su contenido". Y complementándola se dispuso: "que la autenticidad del documento notarial debe extenderse a la identificación de los otorgantes".

El segundo problema que se formuló con la pregunta, ¿quién debe darla? se liga al desplazamiento de la fe de conocimiento hacia los medios supletorios.

La tesis del mantenimiento de la fe de conocimiento a cargo del notario fue, pues, compartida por la unanimidad de los inmigrantes de la comisión, traduciéndose en las conclusiones segunda y quinta, de la declaración aprobada por el Congreso.

El tercer término del cuestionario: Cómo debe darse la fe de conocimiento, estaría contestado por la conclusión tercera del Congreso.

"Ha de ser más que un testimonio. No se trata, pues, de que el notario sea, en esto, un testigo más, o uno calificado, sino que obra en la dación de fe en un carácter más elevado, como que está en el punto culminante de la instrumentación pública, actuando sobre una materia que se trasladará con eficacia plena, con su contenido de verdad, casi incontrovertible, hacia los tiempos venideros, dando al instrumento esa permanencia, esa fe, ese valor y esa trascendencia que le son tan caros y necesarios".

"Y es más que un testimonio porque se tratará de la calificación o el juicio que el notario formula o emite, es decir, que hay un acto de inteligencia, «un juicio», un resultado consciente de una calificación basada en una convicción racional que adquiere por los medios que estime adecuados, actuando con prudencia y cautela".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Por nuestra parte creemos haber dado muestra de particular interpretación sobre elementos que integrarán la convicción del notario y lo autorizarán a dar su calificación o emitir su juicio hallando reunidas las tres identidades: física, civil y jurídica, en el individuo contratante, para dar fe de conocerlo".

En materia de responsabilidad, llaga abierta sobre la cual debía buscarse la curación más eficiente, ya que sobre ella fracasó la esperanza puesta en el artículo 23 de la ley española, la conclusión del Congreso es lo suficientemente amplia y absolutamente clara como para dar, las normas verdaderamente ideales para el notariado".

"a) Descartando la responsabilidad objetiva extraída de la relación simple del hecho y el daño para entrar a calificar la existencia de dolo o de culpa y distinguir entre responsabilidad civil y responsabilidad penal".

"b) Y dentro de esa tendencia viene como de la mano la conclusión de no atribuir responsabilidades donde no haya dolo. Pero como dolo es palabra henchida de significaciones doctrinarias y jurisprudenciales, es mejor dar de ella nuestro propio significado penal - notarial y llamarlo, como aconsejó la comisión y lo aceptó, el Congreso, llamarlo, decimos, falsedad deliberada".

"c) Para la responsabilidad civil ya no hay problemas. Es que no se trata de rehuir responsabilidades, ni de sancionar inmunidades, ni de amparar delincuencias. Si debemos ser cautos en la calificación penal para evitar baldones a notarios y notariados, debemos resignarnos a la indemnización del perjuicio, siguiendo viejos y nobles principios generales del derecho. Quien usa de un instrumento, quien ejerce un oficio, quien mueve una actividad, aun recorriendo los caminos con esa rutina que crea el riesgo profesional, debe responder en las malas por lo que, cuando las buenas pudo aprovechar. Lesionado el patrimonio ajeno, restitúyalo quien por ser ejecutor de nobles acciones deben también responder con nobleza, con seguridad y con responsabilidad".

"d) Y para que se tenga a la vista todos los elementos de juicio, para que tampoco se exija al notario más que lo humanamente razonable, ni menos que lo socialmente necesario, va la calificación de la prudencia que debe observar. La de un funcionario escrupuloso, adoptando un término de comparación que está cerca del notariado por esa «sui generis», figura que comporta el notario como cuerpo y como función: algo de funcionario, algo de profesional de derecho".

"e) Por fin, la aspiración más interesante: Que la calificación queda en manos de un Tribunal Notarial".

Hemos transcripto casi a la letra los claros conceptos del notarialista entrerriano, por entender que este informe complementa lo resuelto en el Congreso celebrado en Madrid.

El Quinto Congreso Internacional, al tratar el tema resolvió: "Al notario compete en materia exclusiva, certificar sobre la identidad de quienes, ante él comparezcan para formalizar el instrumento público". ". . . Puede adoptar en tal función los métodos y procedimientos que considere convenientes para la formación de su conocimiento. Las apreciaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre la validez de los documentos que le presenten hechos que acaezcan o circunstancias que induzcan a su determinación, deben quedar condicionadas a su criterio subjetivo... que determinará libremente sin imposiciones legales ni normas jurídicas, o de cualquier otra naturaleza, que limiten su libertad de apreciación... La responsabilidad por la dación de fe ha de ser totalmente para el notario". Dice la última de las resoluciones: "Esta convención entiende que la fe pública de conocimiento, es prerrogativa del notario; hace suya las conclusiones del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Madrid en 1950, y sostiene:

1º) Es su función y deber indelegables del notario asegurarse la identidad de las partes contratantes, certificando o dando fe pública de conocerlos.

2º) La calificación de conocimiento que el notario formule deberá estar basada en la convicción íntima que tenga o que adquiera por los medios que juzgue adecuados, actuando con el escrúpulo que su función exige.

3º) Las responsabilidades emergentes del hecho de dar fe pública deben ser las que determine la legislación de cada país.

A mero título informativo, la Convención, cuya resolución hemos transcrito, se realizó en la República del Paraguay en el año 1966.

Alemania:

Si el notario no conoce a las partes, debe asegurarse su identidad.

El notario debe mencionarlo en el documento escrito o bien que él conoce a las partes, o si no, cómo se ha asegurado de su identidad (X nº 25 Anexo).

"Por presentación de una persona tomada como testigo y susceptible de informar sobre la identidad de las partes, que el notario por sí mismo sepa, como ofreciendo toda confianza y por lo que verificará la exactitud de sus dichos (31 - 4 - 2241 a 2276 - D.G.B.):

a) Por medio de papeles de identidad absolutamente apropiados, establecidos por las autoridades competentes y en las cuales estará adjuntada la foto, con el sello, a fin de servir de papeles de identidad oficiales, tales como pasaporte, carta de identidad, permiso de conducir vehículos; b) Por medio de otros papeles de identidad, no permitiéndose más que bajo ciertas condiciones de identificar a las partes. Si no se puede procurar esta certeza, pero sin embargo es demandado, que la comparencia de las partes delante del notario sea consignada por escrito, esta mención debe figurar en el proceso y que ha sido producida por la constatación de la identidad de las partes comparecientes (176 - 3 - B.G.B.; 31 - 3 - DO. 2241 a 2276. B.G.B. Anexo). Abreviaturas B.G.B. Cód. Civ. Alemán. B.G.G. Ley s/Jur. Voluntaria. DO. Decreto sobre el notariado del 9 - 6 1937.

La Ley Notarial Federal, dictada el 24 - 2 - 1961, en el capítulo: "Deberes de examen e instrucción del escribano", establece: "El escribano debe al documentar declaraciones verificar con especial cuidado, la identidad de las partes intervinientes. Si el escribano conoce a las partes tiene que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consignarlo en la minuta. Si no las conoce debe indicar cómo se ha cerciorado de la identidad de las mismas.

"Al presentarse un certificado personal, ha de examinarse su validez; a la presentación de las partes por terceros, debe verificarse la credibilidad de éstas.

"Como testigos de identificación son regularmente apropiadas las personas que el escribano mismo conoce como dignas de crédito y que no están interesadas en el asunto que constituye el objeto del acto notarial, o se hallan emparentadas en grado próximo con una parte, o tienen con ella algunas otras relaciones de las cuales el escribano está enterado".

Si el escribano no puede procurarse una seguridad completa, sobre la identidad de una parte interesada debe, por regla general, rechazar la ejecución del acto.

En caso de ejecutar el acto notarial a pedido sin la identificación suficiente de la persona, debe indicarlo en la minuta con mención de la situación y de los comprobantes exhibidos para la identificación de la persona.

"El escribano debe indicar en el documento la persona de las partes con tanta precisión que queden concluidas cualquier dudas y confusiones".

"Para la diferenciación de los apellidos muy difundidos, han de agregarse en la medida de lo posible, la fecha de nacimiento y el domicilio exacto, y en caso de mujeres casadas, su apellido de soltera".

Bélgica:

El principio es que el notario debe conocer a toda persona que interviniere en el acto. Los testigos de conocimiento deben atestar el apellido, estado y domicilio de los comparecientes, no conocidos por el notario.

Brasil:

De acuerdo a la legislación brasileña el escribano debe dar fe de la identidad de los contratantes por conocimiento propio o por medio de testigos abonadores. El notario debe declarar que conoce a las partes y los testigos.

Canadá:

Siguen las huellas de la legislación francesa y belga; el nombre, el estado y el domicilio de las partes deben ser conocidos por el notario o ser atestados en el acto por una persona, mayor de edad, conocida del notario, interviniendo en el acto y sabiendo firmar (art. 188, Ley Not.). Un testigo certificador no de conocimiento es entonces requerido cuando el notario no conoce la identidad de las partes (art. 188, Ley Notarial).

Costa Rica:

La Ley Orgánica del Notariado no habla expresamente de la fe de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conocimiento.

Cuba:

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Notarial del año 1929, en el artículo 123 se establece: "El conocimiento de las personas que da fe el notario, deberá constar a éste de ciencia propia. Si no las conoce, deberá identificarlas por medio de testigos de conocimiento. La fe de conocimiento relativa a las circunstancias de edad, naturaleza, ciudadanía, estado, profesión y vecindad, la consignará el notario sin responsabilidad de su parte, de acuerdo con lo que resulte de las declaraciones de los propios interesados. En caso de duda. el notario les exigirá certificación del registro del estado civil y demás documentos que crea oportuno exigir".

El artículo 624, establece excepciones, en materia de conocimiento en los casos de protestos de letras de cambio o de notificación o requerimiento. El artículo 125 autoriza a los notarios en casos graves o extraordinarios a otorgar la escritura en base de documentos o fotografías dejando constancia de ello. Pero la escritura no surtirá efectos legales mientras la identidad no se comprueba, lo que advertirá el notario a las partes consignándolo en la escritura.

Chile:

Cédula de identidad o pasaporte (405 C.O.T. y art. 69 de la ley 6880). Debe dejar constancia de haber cumplido con la ley sobre ese punto (arts. citados y 426, 6° Cód. Orgánico de Tribunales).

Art. 405: "Toda escritura pública deberá ser otorgada ante notario. En ella el notario deberá dejar constancia de conocer a los otorgantes o de habersele acreditado su identidad con la cédula personal respectiva, cuyos datos se insertarán en las escrituras; o con la aserción firmada en el mismo Registro, de dos testigos honorables, conocidos del notario, vecinos del departamento y hábiles para testificar".

El artículo 5° de la ley 6880 dice: "En el otorgamiento de las escrituras públicas será obligatorio exhibir la cédula de identidad personal... Esta exigencia no regirá, respecto del otorgamiento de testamentos, si a juicio del notario, circunstancias calificadas, así lo aconsejan".

Ecuador:

En la reciente ley, dictada en este país el 26 de octubre de 1966, conforme lo especifica el artículo 29, inciso 6°, la escritura comprenderá la fe de conocimiento de los otorgantes, de los testigos y del intérprete, cuando intervengan.

El inciso 7° admite la comprobación de la identidad de las personas, por dos testigos vecinos y conocidos o que lleven sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad; en caso contrario se anotará el número de ésta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

España:

En mayo de 1962, se modifica la Ley Orgánica del Notariado español, de 1946, estableciendo el artículo 23 de dicha ley con respecto a la fe de conocimiento lo siguiente: "Los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, de conocer a las partes o de haberse asegurado su identidad por los medios supletorios establecidos por las leyes y reglamentos.

"Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del notario: a) La afirmación de dos personas con capacidad civil que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo responsables de la identificación;

b) La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última, de fe de conocimiento el notario.

c) La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedido por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. El notario en este caso responderá de las concordancias de los datos personales, fotografía y firma estampada en el documento de identidad exhibido, con los del compareciente.

d) El cotejo de firmas con la indubitada de un instrumento público anterior, en que se hubiera dado por el notario, fe de conocimiento del firmante.

"El notario que diere fe del conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos, por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será sometido inmediatamente a expediente de corrección disciplinaria, con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados".

Y el artículo 27 dice: "Serán nulos los instrumentos públicos... Tercero: Aquellos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta ley. ...".

A tal respecto dice el artículo 190 del Reglamento: "En los casos del párrafo tercero del artículo 23 de la ley, cuando a un notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes, por no conocerlos, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así en la escritura y en ella reseñará los documentos que le presenten, para identificar que están expedidos por el Estado. También podrá el notario pedir la fotografía del interesado, incorporándola al protocolo".

"Siempre que el notario no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando aun conociéndolos, éstos no sepan o no puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento la impresión digital de uno de los dos pulgares antes de la firma de los testigos haciendo constar el notario en el mismo documento las circunstancias del caso" (art. 191 del Reglamento) .

Para llegar a su actual ordenamiento la Ley Orgánica del Notariado del 28 de mayo de 1862 fue complementada por los reglamentos dictados el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

30 de diciembre de 1862 (artículos 77, 78); el 9 de noviembre de 1874 (artículos 68, 69); el 9 de abril de 1917 (artículos 22, 223); el 7 de noviembre de 1921 (artículos 264, 268); el 8 de agosto de 1935 (artículos 1187, 1198); y el 2 de junio de 1944 (artículos 190, 191, 192).

Como excepción establece el reglamento: "Que no será necesario que el notario dé fe de conocimiento de las personas con quienes efectúan los protestos de letras de cambio, ni en general, de aquellas a quienes haga alguna notificación o requerimiento, salvo los casos en que la naturaleza de la notificación o requerimiento exijan la identificación del notificado o requerido" (art. 192).

Francia:

En la antigua legislación francesa se encuentran disposiciones sobre el particular. Así el artículo 65, de la Ordenanza de Blois dada por Luis XII prohibía a los notarios: "Recevoir aucun contrat s'il ne cognoissent les personnes ou qu'ils soient certifiez et testimoignez étra ceux qui contraten, sur peine de privation de leurs office".

En términos similares se expresa otra ordenanza de Francisco I, y otra del Parlamento de París, al condenar a dos falsarios convictos de la suplantación de personas.

Por último la ley del 6 de octubre de 1791, título I, sección II, se expide al respecto en iguales términos que la ley del Ventoso y actualmente en vigencia con sus modificaciones.

Dispone el artículo 11 de la Ley Francesa del 25 Ventoso año XI: (16 - 3 - 1803) "El nombre, el estado y la residencia de las partes deben ser conocidos por el notario o en su defecto serle atestado en el acto por dos personas mayores conocidos de ellas, que tengan las mismas condiciones requeridas que para ser testigos instrumentales". (Texto de la ley del 13 de agosto de 1902).

Grecia:

La Ley de Organización de los Tribunales y del Notariado del 21 de enero de 1834 establece: "Si el notario no conoce personalmente los comparecientes, debe recurrir a dos testigos de conocimiento, hábiles, no susceptibles de ser recusados y de su conocimiento (art. 182 de la ley). Empero el notario puede conformarse bajo su propia responsabilidad, con cédula de identidad oficial del compareciente expedida por la policía".

Guatemala:

El Código Notarial establece: 1º) Conocimiento personal de los comparecientes; 2º) Cédula de vecindad o pasaporte. 3º) Dos testigos conocidos por el notario y 4º) Los dos últimos medios simultáneamente a juicio del notario (art. 29 incs. 3 y 4).

Holanda:

La Ley del Notariado del año 1842 establece: "Deben ser los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comparecientes conocidos del notario, o bien serle presentados por dos testigos. Pertenece al notario determinar si una persona le es o no conocida".

Honduras:

Si el escribano conoce personalmente a las partes, tiene que declararlo; si no lo conoce, los testigos de conocimiento tienen que dar fe del conocimiento. Por último y como complemento se exige la cédula de identidad.

Inglaterra:

Se considera que se trata de un aspecto de fidelidad notarial, puesto que el notario da fe de lo que ve y de lo que oye "for on these two corporal senses his business turns".

Italia:

El principio general, es que el notario debe conocer la identidad de las partes (art. 49 L.N.), por el que prescinde del empleo de un particular procedimiento de identificación, sobre el que queda sentada la afirmación del notario.

En el caso de que el notario no tenga la certeza sobre la identidad de las partes; está admitido que puede valerse de la atestiguación de dos testigos conocidos por él.

Es obligación del notario, sin fórmula especial, asentar en el acto su personal certeza sobre la identidad de las partes y de la atestiguación hecha por los testigos (art. 51, L.N.).

México:

La Ley Mexicana del Distrito Federal y Territorios sancionada el 23 de febrero de 1964, expresa en su artículo 34, apartado XII, inciso a), que el notario hará constar bajo su fe que conoce a los otorgantes y que tiene capacidad legal. Esta disposición es aclarada por el artículo 35 de la siguiente manera: "Para que el notario dé fe de conocer a los otorgantes y de que tienen capacidad legal, bastará que sepa sus nombres y apellidos y que no observe en ellos, manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que están sujetos a incapacidad civil".

El artículo 36, a su vez, determina que en caso de no serle conocidos hará constar su identidad por la declaración de dos testigos a quienes conozca el notario, quien así lo expresará en la escritura.

Los testigos podrán ser del sexo masculino o femenino y deberán ser mayores de 18 años.

Para que los testigos aseguren la identidad de los otorgantes, bastará que sepan su nombre y apellido.

Establece el artículo 37 que si no hubiere testigos de conocimiento. o éstos carecieren de los requisitos legales para testificar, no se otorgará la escritura, si no es en caso grave y urgente, expresando el notario la razón de ello. Si se le presentare algún documento que acredite la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

identidad del otorgante, lo referirá también.

La escritura se perfeccionará comprobada que sea plenamente la identidad del otorgante.

Portugal:

La verificación de la identidad de los otorgantes debe ser hecha por conocimiento personal del notario, mediante la exhibición de la cédula de identidad o por abonadores que el notario considere dignos de crédito (art. 64 Código del Notariado de 1960).

Debe indicar el nombre completo, estado, profesión y domicilio de los otorgantes y la forma mediante la cual dentro de lo anotado en el número anterior, ha sido verificada la identidad. Los otorgantes deben poner su impresión dígito pulgar en la escritura (arts. 61 y 67 Cód. Notariado).

San Marino:

El notario debe conocer personalmente a las partes. El notario puede asegurarse de la identidad de las partes que no conoce mediante textos fehacientes.

Uruguay:

El notario uruguayo, requerido por una persona a quien no conozca, para autorizar una escritura pública deberá exigirle por mandato legal, dos testigos calificados que la identifiquen (ley 1421, año 1878, art. 65) .

CAPÍTULO III

1. - SISTEMAS. CONSIDERACIONES PREVIAS

Expresa el notarialista uruguayo Larraud(61)(635): "cuando el Estado exige que los otorgantes sean identificados, tiene presentes dos fines principales. Inmediatamente, quiere afirmar la eficacia y validez del documento en un sistema de responsabilidades, y además, apunta a un fin más lejano: prevenir el fraude y proteger la buena fe, fin mediato que se vincula al fundamento mismo del instituto tal como lo dejamos expuesto".

"El fin inmediato se cumplirá según las soluciones del derecho positivo, en base principalmente a la responsabilidad del agente, algunas veces; otras, predominará la de los testigos fidefehacientes; o, en fin la de los propios contratantes. Estas u otras soluciones tendrán por fin principal e inmediato, dotar al documento de un sistema de responsabilidades tal que lo haga hacer válido y eficaz para el cumplimiento de su destino previsto".

Para el derecho notarial latino, puede elevarse a la categoría de principio de doctrina la observación de Núñez - Lagos(62)(636) con respecto al derecho español: "No cabe duda ... que la actividad del notario rebasa y trasciende de la esfera de los hechos, para entrarse de rondón en la del Derecho; en la de la validez y valor de las relaciones jurídicas. Esto sin duda contradice aquella idea elemental de algunos que creen que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notario es una máquina fotográfica; recoge los hechos, valga por lo que valieren. También las lavanderas creen que el buen sol únicamente sirve para secar la ropa". " En el documento notarial, la actividad del agente muestra un doble aspecto. En el plano de la realidad que él presencia, la fe pública notarial incide sobre los hechos que constituyen el otorgamiento, enseñándolos como manifestaciones de verdad o realidad. Por otra parte en el plano del Derecho, la fe notarial irradia sus efectos como manifestación de legalidad.

Cuando el notario identifica a los intervinientes, actúa en el ámbito del Derecho: "Sin embargo la identidad de las partes - dice el citado escritor - no es un hecho in rerum natura. Es un juicio del notario, que conexas el hecho de la exhibición o comparencia actual de la parte con el nombre y personalidad de titular que ostenta la misma"(63)(637).

"La actividad del agente, al identificar a los otorgantes, es, por naturaleza, una calificación técnica que el notario hace en su carácter de jurisperito que conoce el fondo del asunto y que tiene el deber de plasmarlo, de conformidad con el régimen jurídico y con la voluntad y propósito de las partes"(64)(638).

Si la identificación se hace mediante la intervención de testigos - dice Larraud(65)(639) -, será preciso distinguir dos momentos: en primer término, el notario narra que A. y B. concurren ante él y le hacen una afirmación; en segundo que A. y B. son personas de su conocimiento.

Cuando el agente narra que dos testigos le aseguran la identidad de Fulano de Tal, afirma un hecho; narra un acontecimiento que ocurre a su presencia; está en el puro plano de la realidad. Pero cuando dice que dos personas concurren a su presencia ex presando ser, respectivamente, A. y B. y afirma que, en efecto, lo son, entonces nuevamente sale de la esfera de la realidad y se coloca en la de la legalidad, para hacer, también aquí, una calificación.

"En otros supuestos, el legislador impone al notario la aceptación de un determinado documento, obligándolo a dar crédito a la identidad que el instrumento afirma; tal el caso de los certificados notariales de identidad que reglamenta el derecho cubano(66)(640).

También en este caso hay juicio del agente, hay una calificación que se refiere a la regularidad del documento exhibido y no a la identidad del contrayente.

Por último, cabe la posibilidad de que el legislador autorice al notario para que forme su propia convicción con respecto a la identidad de los intervinientes dejándolos en libertad de utilizar diversos elementos de juicio.

Al agente se le presentan dos posibilidades: a) Averiguar el consenso público, la opinión notoria en su círculo social, del investigado, o b) Valerse del resultado de los documentos que se le exhiben.

Ya hemos hablado del primer supuesto que se refiere a un modo del conocimiento de ciencia propia.

En el segundo, el agente forma su criterio de identificación de las partes en base a documentos identificatorios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es evidente que en este supuesto existe también una calificación, pero ahora lo calificado no es el documento - cuyo juicio privadamente ha hecho el notario - sino que ella se refiere, precisamente, a la identidad del interviniente.

Coincidentes con Larraud, conceptuamos que el fin perseguido inmediatamente al identificar al contrayente en el documento notarial, es asentar el instrumento en un firme sistema de responsabilidades, darle un fundamento solvente que asegure su validez y eficacia.

Para Diez Pastor(67)(641) "teóricamente, la distinción capital entre los varios modos de identificar a los que otorgan puede, en el momento moderno, cifrarse en que se haga:

- a) Por el notario y bajo su responsabilidad.
- b) O por medios automáticos que eliminen o reduzcan a una operación material la intervención de aquél.
- c) O por las partes mismas, confiando a la regla "nemo praesumitur malus" y a la tutela penal del instrumento público, la evitación de engaños, según la tendencia anglo - sajona".

Este autor se inclina por un sistema de identificación notarial, por entender que en la actualidad, los otros dos, tropiezan con obstáculos difíciles de superar.

Larraud(68)(642), ampliando en parte la fórmula de Diez Pastor, y siguiéndola en lo fundamental de su contenido, lleva a cuatro sistemas las diversas maneras de identificar al compareciente en el acto notarial;

- a) Por las partes mismas confiando a la regla "nemo praesumitur malus" y a la tutela penal del instrumento público, la evitación de engaños;
- b) O de ciencia propia por el notario y bajo su responsabilidad.
- c) O por la utilización de testigos fidefacientes.
- d) O por exhibición de documentos cuya aceptación queda más o menos librada al juicio del agente.

En el primer caso, la identificación se verifica con prescindencia del agente, cuya responsabilidad no queda comprometida al revés de lo que ocurre en los otros. Esta parece ser, como lo hemos dicho, la tendencia anglosajona.

En cambio, en el notariado de origen latino es tradicional que la identificación por conocimiento personal del notario, directa o indirecta, dé el tono, aunque se admiten atenuaciones cada vez mayores al sistema.

Para de Castro Rosa(69)(643) "el concepto habrá de mantenerse porque corresponde a una de las exigencias básicas de la función, porque constituye una pieza maestra de las instituciones notariales, pero hay que ampliarlo, permitiendo que el notario, pueda servirse de otros medios para la identificación de los interesados". "Este pensamiento - dice el autor - es el dominante en la doctrina y en la legislación contemporánea de los países latinos".

Es importante señalar, según referencia de Diego Hidalgo Duran(70)(644), que en Estados Unidos de Norte América "todo contrato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de transmisión, antes de ser registrado, debe ser autorizado por un notario que conozca a las partes".

En el sistema que llamaremos latino, el conocimiento de ciencia propia por el notario es el principio general y la identificación mediante documentos y por testigos de conocimiento, adquieren carácter supletorio, alternándose en la preferencia según los países.

Coincidentes con las opiniones de otros autores, consideramos que la adopción de uno u otro sistema, es un problema de técnica y no de dogmática jurídica.

2. - CLASIFICACIÓN

1. IDENTIFICACIÓN A CARGO DE LOS CONTRATANTES

Como lo expresa el sistema que examinamos, la identificación de los intervinientes, se realiza por ellos mismos, presumiéndose la veracidad de la identidad que invocan. Esta tesis, según hemos expuesto con anterioridad, fue sostenida por el canonista Juan Andrés, para quien bastaba que el agente expresase que los contrayentes o intervinientes le habían manifestado llamarse de tal modo y fundaba su tesis, en que si se exigiera en todos los casos el conocimiento por el notario, difícilmente podrían otorgar documentos públicos las mujeres, los rústicos y los forasteros.

Esta doctrina, seguida por Jason de Maynos, Ruinus y otros, fue finalmente desechada; no obstante lo cual nunca fue definitivamente olvidada por los autores latinos, y el notarialista contemporáneo Alberto de Velasco(71)(645) la ha defendido con entusiasmo. ¿Cuáles son las razones en que se funda esta tesis?

a) Se ha invocado una razón de principio: El notario debe dar fe, de aquello que conoce directamente, "de visu et auditu suis sensibus", según la fórmula clásica. El agente al afirmar la identidad no se refiere a un hecho "in rerum natura", sino que se forma un verdadero juicio.

b) Es innecesaria la fe de conocimiento, pues, al decir de Velasco(72)(646) si "se le aleja de la cantinela de la prueba, se verá que puede existir - se refiere al documento -, sin que el notario conozca a los intervinientes. Lo esencial es el negocio mismo, cuyo supuesto de hecho total está integrado por diferentes elementos, uno de los cuales es el sujeto; pero sin que se pueda establecer valoración de esos elementos, ni determinar su mayor o menor importancia sino en el conjunto que producen, en la consecuencia querida y protegida por el derecho, que no es precisamente la creación de instrumento. Además, según Monasterio(73)(647), es suficiente que la identidad se presuma y que esta presunción se apoye en la seguridad del Código Penal.

c) Es una exigencia incómoda y que obstaculiza la libre contratación.

d) Es injusta en cuanto hace responsable al notario de una actividad, cuyo correcto desempeño, es impecable.

Con la claridad, digna de su pluma Larraud(74)(648) rebate estos argumentos: "El concepto de que el notario es un mero fedatario de hechos percibidos de «visu et auditu suis sensibus», es doctrina hoy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

superada y no vale la pena rebatirla".

"En cuanto a que el documento notarial debe ser entendido en su verdadera naturaleza de forma voluntaria estamos de total acuerdo. Pero nos parece exagerado que por ello, se olvide enteramente que la escritura pública también es prueba del negocio que contiene"(75)(649).

"Pretender que la responsabilidad penal del suplantador - dice Diez Pastor(76)(650) - sea base suficiente de la legitimidad del instrumento, sería incurrir en un panglosismo infantil, sobre todo, dentro del mundo Latino, en que el vigor de la ley se atenúa con tanta frecuencia por la, no sabemos si bien o mal entendida, humana tolerancia de la justicia".

En cuanto a la exagerada responsabilidad del agente, la jurisprudencia universal ha encontrado soluciones equitativas, con firme apoyo doctrinario, mediante las cuales se hace una interpretación racional de la ley, quitándole así mucha importancia a la objeción. Pero, además, este inconveniente bien puede disminuirse por la utilización de fórmulas alejadas del sistema extremista comentado.

2. IDENTIFICACIÓN POR CONOCIMIENTO DEL AGENTE

Hemos referido en este trabajo, que el régimen más generalizado de identificación de los intervinientes u otorgantes, es hecho de ciencia propia por el notario.

Los otros sistemas que se están analizando han surgido con pretensión de sustituirlo.

En la necesidad de que el documento notarial no ofrezca dudas de ninguna especie y especialmente en lo que a la identificación de los otorgantes se refiere, el legislador ha recurrido a la actuación del fedante, aceptando por verdad, la afirmación del notario, si éste los conoce de ciencia propia.

"La solución, dice Larraud(77)(651), queda plenamente justificada, en razón de la función fedante cometida al agente, en atención al alto prestigio moral del cuerpo y también al severo régimen penal que le es aplicable",

Somos partidarios abiertamente de este sistema de identificación.

Es corriente encontrar en la doctrina española y cubana empleadas las palabras "ciencia propia"; con ellas se quiere precisar el concepto de que el conocimiento, cierto de las personas, corresponde al notario valiéndose de sus propios medios.

Diremos con González(78)(652) "que la fe de conocimiento de los otorgantes la dará el escribano de ciencia propia y que para llegar a ese conocimiento que implica la ciencia, ordenará metódicamente los principios, causas o conceptos que configuren en un proceso subjetivo, la absoluta seguridad de que el otorgante requirente, es la misma persona que ejerce la titularidad del derecho que se creará, modificará, transformará o extinguirá en el acto o negocio jurídico a realizarse".

En ese juicio íntimo han participado elementos humanos y materiales; en los primeros encontramos el sujeto compareciente; luego el autorizante. Aquél será el objeto de la investigación, éste - escribano - su juzgador

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

definitivo.

De los materiales serán hechos salientes: su físico, constatación de edades, estado civil, etc.

La ley no debe imponer al notario valores de apreciación, sino que tratándose de un proceso volitivo, debe dejarse librado al agente, al formar su convicción, recurrir libremente a ellos.

Por eso, en caso de error, el sujeto autenticador responderá con amplitud y será el más firme interesado para no caer en esa responsabilidad, de la certeza más absoluta sobre la identificación del sujeto compareciente.

Uno de los principales elementos de identificación, es sin lugar a dudas, el nombre. Es atributo de la personalidad; para Piotti(79)(653) "no es ya la simple palabra o voz, de que los hombres se valían para llamarse los unos a los otros; es ahora algo más, es la denominación jurídica concreta de la persona".

Para Quian Solari(80)(654), en la actualidad, para el individuo el nombre no significa otra cosa que un signo exterior de individualización.

"La identificación por el nombre carece de un nexo entre el nombre y la persona. Ese nexo entre el nombre y la persona humana - agrega el autor -, se obtiene mediante las impresiones digitales, que reúnen los caracteres de perennes, diversas, inmutables y calificables".

Martínez Segovia(81)(655) lo anexa a la edad, filiación, estado de familia y capacidad para constituir lo que llama la identidad civil, que con la física y la jurídica integran los elementos de la fe de conocimiento.

A los efectos de evitar homonimias en la identificación de las personas, el agente deberá recurrir a los demás elementos enunciados.

Conceptúa Solimena(82)(656) "que frente al notario hay dos clases de conocimiento, el conocimiento preexistente y directo, que se refiere a la persona de nuestra vinculación y el conocimiento adquirido e indirecto que exige el juzgamiento previo".

Debe tenerse en cuenta recordando a Novoa - Seoane(83)(657) que el conocimiento es apreciación humana y por tanto falible. Por lo mismo que el autorizante es el que forma el juicio, constituyéndose en el elemento esencial, coordinador de todos los demás y el juzgador final, es que puede equivocarse, y por eso ratificamos que el conocimiento es como dijera Núñez - Lagos, "la calificación sobre la notoriedad del sujeto compareciente".

Esta obligación, es la más riesgosa y trascendente de la misión autenticadora, pues la mala fe, puede llevarlo e inducirle en apreciaciones falsas.

Y González agrega(84)(658): "es también blasón que encumbra a la función fedataria porque atribuye a su titular, la dosis más grande de verdad que pueda por ley a persona alguna".

"Es el valor extraordinario de la autenticación y bien vale la pena correr tantos riesgos, si con ello se evita la desintegración de la institución notarial, que venimos considerando. . . como factor fundamental e insustituible en la estructura jurídica del instrumento público, garantizador máximo, del cumplimiento y respecto de toda clase de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

convenciones humanas." "Cada vez que hemos vuelto a meditar sobre el tema - dice Larraud(85)(659) - nos ha sido útil el esquema que el profesor Julio R. Bardallo, enseñaba en el curso de legislación notarial, en el año 1948 - en el Uruguay -, distinguiendo el grado de conocimiento simple, del absoluto y del relativo.

A estos tres nos permitimos agregar un matiz aún: el conocimiento íntimo.

Conocimiento simple, para el profesor uruguayo, es el que tenemos de una persona cuya fisonomía nos es familiar, pero de la que ignoramos el nombre y las circunstancias; cita el caso de la persona que se nos presenta invocando tal nombre o tal circunstancia. Puede presumirse en principio que tiene la identidad que se atribuye.

Conocimiento absoluto, sería la certeza plena que pudiésemos tener respecto a la identidad de una persona.

Con respecto a este conocimiento recuerda la opinión de Diez Pastor(86)(660) "de la identidad de un ser humano no puede estar seguro. . . sino quien, habiendo asistido al nacimiento, lo haya tenido en su compañía, sin interrupción substancial. El propio interesado que, si no es un ano, mal, tiene sin duda, la intuición primaria de su identidad psíquica y biológica, es decir, la de haber sido siempre el que es, para conocer su identidad jurídica se ha de confiar el testimonio de sus familiares o cuidadores puesto que al establecerse la prueba de su estado carecía de razón".

Conocimiento "íntimo, decimos, para referirnos a aquel que es propio de la intimidad familiar o de las relaciones de íntima amistad". De nuestros familiares y de nuestros amigos íntimos tenemos un conocimiento que nos permite saber sus nombres, sus estados civiles, sus edades y sus condiciones personales. "Los conocemos íntimamente; aunque en un riguroso análisis del concepto hubiésemos de admitir que, la nuestra, es sólo certidumbre, relativa, lógica y humana certidumbre".

Conocimiento relativo. "Hablamos de conocimiento relativo - dice Larraud(87)(661) - por último para aludir a la convicción de que nos hemos formado respecto de la identidad de alguien, bastando para ello con que, en sociedad, sea persona tenida y considerada por quien suponemos sea". Supone la convicción de que esa persona, socialmente, es considerada por tal; y así la hemos considerado siempre.

Para Aramburu(88)(662) "supone que esa persona tiene lo que podría denominarse, en cierto modo, la posesión notoria de una cierta individualidad, sin que ello signifique la certidumbre de que exista coincidencia entre su persona física y la personalidad jurídica que invoca".

Así también pensaba Pereira Núñez(89)(663) en una sentencia: "que el conocimiento implica únicamente el hecho de saber que la persona de que se trata lleva tal nombre de que públicamente se le conoce y se le trata como tal".

Para Larraud(90)(664), cuando el derecho notarial alude al conocimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de ciencia propia por el agente, se está refiriendo al conocimiento relativo.

Y al que se refiere Núñez - Lagos(91)(665), "la calificación del notario - dice - se refiere a un problema de notoriedad que en la vida social y en el tráfico civil una determinada persona física ostenta, de modo público y notorio, un nombre y un status civilis. . .".

El maestro uruguayo acepta la conclusión del notarialista español pero agrega: "y aquellas circunstancias de su individualidad social que contribuyen a determinarlo en su personalidad jurídica".

Debe, pues, considerar esas circunstancias, pero referidas siempre, aunque no lo expresa, a un concepto de notoriedad, de consenso público.

3. IDENTIFICACIÓN POR TESTIGOS

Testigos de conocimiento es, dice Riestra(92)(666), "el que, sin ser parte en el acto o contrato, abona la identidad de alguno, varios o todos los otorgantes".

"El medio indirecto o a adquirir, tiene para la formación del conocimiento, como elemento más frecuente en el derecho comparado, a los testigos de conocimiento".

El testigo de conocimiento debe ser persona enterada, puesto que asegura la identidad del contrayente, y capaz, puesto que por consecuencia de su testimonio podría resultar obligado civilmente. Con respecto a esto último la expresión de testigo de conocimiento no es bastante explícita, se adapta más la ley italiana, que habla de fidefacientes o la portuguesa que los llama abonadores.

Ya hemos dicho en el curso de este trabajo que nuestra legislación impone al escribano, cuando no conoce a los otorgantes, recurrir a los testigos de conocimiento, poniendo en la escritura sus nombres y residencia y dando fe de que los conoce.

Desde el punto de vista doctrinario, los testigos de conocimiento deben reunir los siguientes requisitos: a) ser personas enteradas; deben conocer al contrayente; b) ser capaces para obligarse, y c) ser conocidos del agente.

De acuerdo a lo que hemos expuesto en este capítulo, conceptuamos que debe dejarse aclarado que los medios que han de suplir el conocimiento de ciencia del notario, no deben estar - tal el caso de los testigos de conocimiento -, en la ley, por tratarse ese conocimiento de un procedimiento subjetivo imposible de admitir graduaciones ni imposiciones. Debe ser un elemento más para el juicio del notario que, llegado el caso y si lo cree necesario, podría recurrir a él.

Repetimos, por su contenido, un concepto de Díez Pastor(93)(667): "El notario, para formar su criterio - ha dicho -, no debe estar constreñido a un molde legal de hechos tasados, ni se le imponen más límites que los que marcan la prudencia y el celo socialmente exigible. . .".

4. IDENTIFICACIÓN POR DOCUMENTOS Y OTROS MEDIOS

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Diez Pastor individualiza su sistema agrupando aquellos medios automáticos de identificación que eliminen o reduzcan a una operación material la intervención del notario.

Este autor se refiere que pueden cifrarse grandes esperanzas en el porvenir, en las prácticas de identificación, mediante la fotografía y la huella dactilar pero, en la actualidad, sólo en forma supletoria puede emplearse.

Larraud (94)(668) se manifiesta contrario al concepto de automatismo, y si bien admite variedades posibles infinitas, en todos los casos bajo la forma documental, que puede ser un pasaporte, un carnet de identidad policial, una carta de presentación de otro notario con la fotografía del presentado, una tarjeta de presentación con la firma del identificado al pie, etc.

Reiteramos que esta forma de identificar es un medio supletorio y no es usado con carácter excluyente en ninguna legislación; el sistema preferido es siempre el conocimiento de ciencia propia por el notario. La mayoría de los autores se han pronunciado en contra del sistema de identificación documentaria.

Arata(95)(669) busca una forma intermedia al propugnar un régimen en el que: a) Puede utilizarse, en acto notarial, la identificación de los contrayentes mediante documentos de identidad emanados del Estado, con tal que el notario no hubiese preferido dar fe del conocimiento suyo personal, bajo su responsabilidad; b) La falsedad de esos documentos relevará de responsabilidad al agente.

Sequera(96)(670) ha escrito un apasionado alegato afirmando: "Que, en buena técnica jurídica, la sustitución del conocimiento personal por documentos de identidad no es posible puesto que significaría desconocer el principio fundamental de que el funcionario público debe estar facultado para hacer constar en el documento que autoriza, «los hechos vistos y oídos» por él".

Negri(97)(671) se mostraba contrario a la sustitución del clásico sistema del conocimiento personal por la identificación documentaria.

Mustárich(98)(672) observa "que en los sistemas propuestos, el notario se despoja de una responsabilidad que el Estado - de quien emana el documento por cuya fe pasará - no asume". Por otra parte, si el documento identificatorio debe expedirlos el Estado, exige la previa creación de un mecanismo administrativo perfectamente eficiente para subsanar las enormes dificultades de orden técnico y económico que presenta la identificación sistemática de todo un censo y la conservación, renovación y manejo de inmensos ficheros que para utilizarla serían indispensables.

Larraud(99)(673) concreta su pensamiento en las siguientes observaciones:

"a) De aceptarse para la escritura pública la identificación por documentos, en lo que dice relación con la finalidad formalizante del instrumento notarial, no se vulnerarían principios insuperables".

"b) Además se plantearían problemas también superables relacionados

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con el régimen de responsabilidad que sustenta a la escritura pública, pero, en este aspecto, las soluciones propuestas por ahora en los países latinos, no parecen ser satisfactorias, ya que en ellas, el notario se despoja de una responsabilidad que nadie asume con solvencia notoria".

"c) De todos modos, aceptamos que los documentos de identidad puedan tenerse como elementos de convicción del agente per mitiéndole formar juicio sobre la veracidad de la personalidad del contrayente y asumir plena responsabilidad asegurando su identidad por conocimiento de ciencia propia".

d) En último análisis si el agente debe aceptar el documento identificatorio previa calificación del mismo, nos parece muy difícil exonerarlo de toda responsabilidad en los casos de documentos notoriamente irregulares. Con el agravante de que el notario carece de una preparación técnica adecuada para calificar los documentos desde tal punto de vista, ni creemos tampoco, que fuera prudente el dotarlo especialmente de esa preparación".

"e) Por último, un hecho imposible de desconocer: la identificación mediante documentos, en acto notarial funciona desde hace muchos años en algunos países. Carecemos de información sobre los resultados del sistema; sería deseable conocer esas experiencias". Refiriéndose a esta forma de identificación ha dicho Paz(100)(674): "Resultan por tanto sin ningún valor legal - ni siquiera como atenuante - las presentaciones o certificaciones de firmas que acostumbra a realizar los escribanos entre sí; igualmente que los documentos genéricamente denominados de identidad: cédula de identidad, libreta de enrolamiento, pasaporte".

En su trabajo sobre sistemas de identificación, Quian Solari(101)(675) hace un estudio profundo sobre la dactiloscopia.

Este autor, además, se refiere como elementos de identificación, al tatuaje; a las marcas particulares, al señalamiento y filiación; a las fotografías identificativas, a la antropometría y a otros medios de identificación (otométrico, oftalmológico, ocular, craneográfico, radiográfico, identificación por ondas cerebrales, identificación por impresiones labiales, venoso, e identificación dentaria).

Y al hablar de documentos de identidad(102)(676) expresa el citado notarialista: "que la impresión digital debe ser incorporada en diversos actos jurídicos, de carácter contractual, notarial, comercial, bancario, estado civil, etc., mediante una legislación expresa".

De entre sus conclusiones destaca, que de todos los sistemas de identificación humana, el más exacto, simple, económico y práctico, es el sistema dactiloscópico argentino, obra de Juan Vucetich.

Para Antonietti(103)(677) "todo debería ser encomendado a la buena fe; y al notario debería imponérsele la obligación de cerciorarse de la identidad mediante documentos modernos, que den una garantía de la dificultad en la falsificación, equivalente, poco más o menos, a la dificultad de falsificación de los sellos notariales".

García Coni(104)(678) propone la implantación de una cédula nacional de identidad - inscrita en el Registro Nacional de la Propiedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Intelectual - que, superando a las existentes, acreditará también el estado civil de las personas y su profesión; servirá como licencia de conductor y facilitará la organización de estadísticas y censos.

Freyre Señorans(105)(679), al referirse a la ley creadora del Registro Nacional de las Personas, expresa: "Esta es además una ley de defensa nacional, y para nosotros, los escribanos, tiene un valor incomparable. La libreta nacional de identidad se convertirá en un documento de validez en todo el país y el Registro Provincial de Identidad pasará a ser un apéndice del Registro Nacional de las Personas, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, a cuyo efecto, para no vulnerar autonomías provinciales, las provincias coordinarán con la Nación, la unificación del Registro de Identidad para cooperar mejor a la ejecución de esta ley".

"La presentación de documentos de identidad - dice Belçaguy(106)(680) - no es prueba suficiente dadas las facilidades con que éstos se obtienen y, lo que es peor aún, la frecuencia con que se adulteran. La libreta de enrolamiento, según reza el artículo diez de la ley once mil trescientos ochenta y seis, establece textualmente: «La libreta de enrolamiento sin enmiendas ni raspaduras... constituye un documento de identificación personal. . . », pero la predicha ley en parte alguna ha dejado sin efecto la exigencia de la fe de conocimiento dada por el escribano, que prescribe el Código Civil, para que pudiera aquélla ser sustituida por la simple presentación del indicado documento".

"Un alto funcionario del Gabinete Scopométrico de la Policía Federal, con quien tratábamos el tema, me refería que en cierta oportunidad el jefe de la repartición lo consultó sobre la forma en que podrían evitarse las adulteraciones de las cédulas de identidad, a lo que respondió que la única sería usar un papel de tan inferior calidad que no admitiera enmiendas o raspaduras, pero cuya durabilidad sería sin duda efímera".

El autor propone que las universidades, como complemento de la carrera de notariado, introdujeran materia de estudios que permitieran al escribano distinguir y apreciar las similitudes o diferencias existentes entre diversas firmas y/o impresiones dactiloscópicas.

3. - ASPECTO FORMAL

Respecto a la obligación que tiene el notario de dar fe del conocimiento de los otorgantes, con toda la responsabilidad que el precepto impone, la doctrina, sobre todo la española, se ha dividido en dos grupos: los que piden lisa y llanamente su supresión y los que entienden que debe mantenerse por ser uno de los pilares sobre los que sustentase el notariado.

Dice Olivares y Gavira(107)(681), al hablar de la reforma en España: "Alguien propuso sustituir radicalmente el sistema vigente por otro, que sin ninguna de la firmeza del documento, dejara al notario a cubierto de sorpresas y amparara económicamente a los terceros inocentes. La mayoría se inclinó por lo clásico, con retoques o añadiduras. Línea sin duda, de menor resistencia".

1er. Grupo): Los que opinan que el precepto debe "rasparse" de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislación, se basan en que el notario, sobre todo en las grandes ciudades, no puede conocer a todos los que solicitan sus servicios, y que en defecto de ello la documentación identificatoria es deficiente o nula.

Por ello, es posible la suplantación de personas, y en tal caso, sólo existe una víctima propiciatoria, el notario, que por el mero hecho de haber autorizado el instrumento, polariza toda clase de responsabilidades morales, procesales y económicas.

Proponen como solución apartar al notario de tan dura responsabilidad, ya que el juicio de identidad es de los más dificultosos de formar y trasladar. En consecuencia, la identificación personal debería estar librada al juicio y aceptación recíproca de los interesados, suficientemente constatado por el notario autorizante.

En este grupo de atacantes al precepto está Monasterio(108)(682). Parte dicho notario de la Constitución de Maximiliano, dada en Colonia el 8 de octubre de 1512, para recordar la verdad de que el testimonio notarial requiere el presentimiento de los hechos, cosa imposible de cumplir en cuanto al elemento personal, ya que el nombre y apellido no los lleva marcados el sujeto de la relación, con una imprenta indiscutible y apreciable por los sentidos, y termina invocando como precedente patrio favorable a su tesis el Fuero X de Tabae - Ilionibus, de Juan de Navarra.

En definitiva, opina Monasterio: "Que si en el siglo XIII, la corriente jurídica se inclinó a la opinión de Baldo, en el siglo XIX debe prevalecer en dichas corrientes la opinión de Juan Andrés, aparte de ser la más lógica y adecuada a los principios científicos notariales, por ser la más propia del momento histórico que atravesamos".

Mengual(109)(683) recuerda que el artículo 1261 del Código Civil español, no exige para existencia del contrato este requisito y pide, por lo tanto, la supresión del precepto, para que no exista oposición alguna entre leyes que guardan entre sí tan íntima conexión y armonía.

Escobar de la Riva(110)(684) clama también para que este precepto se borre de la legislación española, "endosando este deber de identificarse a los propios otorgantes que son los únicos que no pueden sufrir engaño, eximiendo de ello al notario". "No se trata - dice - de un no querer, sino de un no poder. A cada uno, según sus medios; de cada uno según sus facultades".

Del Moral y de Luna(111)(685) estima que "el Estado ha exigido el requisito de la identificación personal pero a la hora de la verdad ha escurrido el bulto y le ha impuesto la contingencia de una equivocación a su funcionario. En caso de suplantación de personas el pago del daño debería ser abonado por el Estado; la función es del Estado y en su nombre la realizamos. Nuestra «conciencia, ciencia y experiencia», los tres elementos constitutivos nuestros, de que nos hablaba el genio y el ingenio de José González Palomino, a su servicio están".

2do. Grupo): Entre los autores españoles que se inclinan por la vigencia del precepto, tenemos a Fernández Casado(112)(686) quien llama a la fe de conocimiento "la rueda catalina de la autenticidad", "de poco serviría - dice - que el notario recogiera cuidadosamente las manifestaciones de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los concurrentes a su estudio y las revistiera de todas las solemnidades del instrumento público, si no constara que la persona que establecía la relación jurídica, era la misma a quien verdaderamente corresponde el nombre y apellido con que se presenta a contratar".

Para Giménez Arnau(113)(687) "el instrumento notarial constituye prueba de los siguientes extremos: 1º) la fecha y el hecho del otorgamiento (art. 1218, Cód. Civil), tanto en cuanto a los contratantes, como respecto a terceros; 2º) la identidad de los comparecientes. Aunque expresamente no se declare así en la ley, resulta evidente, en cuanto la identidad de los otorgantes es una parte del hecho del otorgamiento, y si así no fuera, carecerían de significación las normas que rijan la identificación del compareciente".

Alega Sancho Tello(114)(688) "que la fe de conocimiento es la expresión del íntimo convencimiento del escribano de que los otorgantes son realmente - a su juicio - individuos en quienes concurren las circunstancias que reseña en la escritura, sin que exista en su ánimo sospecha en contrario que queden al prudente y honrado juicio del escribano la apreciación de los medios que lleven a su ánimo el convencimiento que ha de exteriorizar en la escritura pública, al dar fe de conocimiento, que la fe de conocimiento tiene categoría formal y jurídica de presunción juris tantum, sólo destruible por prueba eficiente en contra, y que el error de identificación de los otorgantes, adecuadamente comprobado, sólo acarreará responsabilidad para el escribano en el caso de manifiesta indolencia y mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones respecto de esta investigación personal".

Sanahuja y Soler(115)(689), estima que "en principio es necesario que el notario garantice la identidad de las personas que intervinieren en un negocio jurídico porque la ilación entre unas situaciones y otras exige, para dar certidumbre a las relaciones jurídicas, que se fundamente bajo la fe notarial el punto de unión o de conexión, que es precisamente la persona que ostentando un derecho lo transmite a favor de otras".

"Ante todo, es de notar - dice Plaza(116)(690) - que el documento notarial dé por resuelto, mediante la intervención del notario y en relación con las personas que en aquél actúan, un problema de identidad y otro de capacidad a que trascienden las facultades legitimadoras del principio de notoriedad, acredite que los que ante él comparecen son los mismos a que el documento se refiere".

Y por último, es importante colacionar la opinión de Núñez - Lagos 117)(691): "Puesto que el otorgamiento extingue, modifica o crea titularidades, es imprescindible establecer la exacta correlación entre los titulares de los derechos y obligaciones, y las partes u otorgantes. Sin esta calificación del notario que supone una previa inquisición, el tráfico jurídico se vendría abajo".

La mayoría de la doctrina española es opositora al sistema de la fe de conocimiento, pero ello tiene tal vez justificación por dos motivos:

a) Por el hecho de que la residencia del notario no se fija, caso contrario al de nuestro país, donde generalmente el notario está de servicio,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

durante toda su vida profesional, en un solo lugar, lo que hace posible que ese mandato de la ley pueda cumplirse.

b) Por la sanción mayor que impone la ley orgánica del notariado (art. 27), al declarar nulos aquellos actos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, y que también difiere con nuestra legislación de fondo, Código Civil (art. 1004), que sólo impone por la inobservancia de tal requisito una multa que no pase de trescientos pesos.

En la República Argentina, la doctrina de los notarialistas se manifiesta partidaria de la vigencia del precepto, de tan útil aplicación, de tan profunda trascendencia, que en una u otra forma ese requisito del conocimiento por parte del notario y la consignación de su existencia en el documento notarial, deban continuar siendo en toda buena legislación notarial condiciones sine qua non, para la posibilidad de la autorización y para la validez de la escritura.

Negri(118)(692), que ha sido un defensor del clásico sistema del conocimiento personal, en una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en el año 1929, decía: ". . . tampoco soy partidario de alterar la legislación vigente a este respecto, sustituyéndola por el sistema un tanto anodino de la cédula de identidad".

Y en su trabajo presentado al II Congreso Internacional del Notariado, decía: "Mi opinión no ha variado desde entonces - habían transcurrido 20 años -, antes bien, el tiempo transcurrido, los nuevos casos y alegatos contemplados y un más profundo conocimiento de la institución notarial, lejos de atenuar aquella convicción han servido para acentuarla". Y agregaba: "Al suprimir la fe de conocimiento como requisito esencial de la escritura pública, o al diluir la responsabilidad notarial por error en la identidad del otorgante, se diluirá también superlativamente la importancia de la escritura pública, como documento fehaciente, y se desintegrará con ella el eje de toda nuestra actividad profesional". Fue también en el citado Congreso Internacional de Madrid, que otro notario argentino, Francisco Martínez Segovia(119)(693), sostuvo el principio de que "es fundamental, desde el punto de vista institucional, el mantenimiento de la fe de conocimiento en el documento notarial".

Asimismo, el notario argentino, Roberto M. Arata(120)(694), en el mismo Congreso, consideró posible la revisión de los principios jurídicos relacionados con el tema, y que una nueva legislación sobre el particular debía seguir las siguientes directivas e inspiraciones:

Primero: La responsabilidad civil por la fe de conocimiento debe incidir siempre en el notario; pero compartida por el otorgante del negocio jurídico que fuera perjudicado por la falsedad.

Segundo: La responsabilidad notarial desaparecerá, desde la presentación, por parte de los otorgantes, de documentos de identificación emanados del Estado. La falsedad de esos documentos lo relevará de responsabilidad.

Tercero: En caso de inexistencia de documentos de identidad el notario podrá requerir los testigos de conocimiento necesarios que, para ese

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solo objeto, deberán conocer al otorgante y poseer documentos de identidad, provenientes también del Estado.

Cuarto: La última parte del párrafo anterior es aplicable a los actos jurídicos notariales unilaterales.

Quinto: Al notario le será permitido bajo su total responsabilidad, dar fe de conocimiento en cualquier caso que lo desee.

En la misma confrontación internacional, dijo Omar Lassaga(121)(695):

"Sostenemos el principio de la fe de conocimiento, como específico y consubstancial atributo del escribano en su calidad de fedatario, adaptando a dicho principio y como medios o recursos supletorios los procedimientos enumerados en la sistemática enunciada al iniciar este párrafo, en la que hemos conjugado en parte, la actual vigente ley española, y en parte al proyecto del Código de la Fe Notarial Uruguayo".

"Sostenemos que la seguridad y firmeza, a que nos hemos referido anteriormente, en el otorgamiento de las escrituras, podríamos igualmente consolidarlas sobre bases inamovibles, si por imperio de la ley se permitiera al notario proceder a la identificación de los comparecientes mediante los siguientes arbitrios:

Primero: Por el conocimiento o certeza de identidad de los otorgantes, que debe constar al escribano de ciencia propia.

Segundo: En defecto de tal conocimiento o certeza de identidad, por la afirmación de dos personas con cualidades requeridas para testificar, que conozcan al otorgante y al escribano, sean responsables de la identificación y que podrán también ser testigos instrumentales.

Tercero: No pudiendo presentar testigos de conocimiento del escribano, la identificación se hará por dos testigos, de cuya identidad garanticen otros dos testigos, de conocimiento del escribano.

Cuarto: La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario.

Quinto: No siendo posible la identificación por testigos o por una de las partes contratantes, conforme al artículo anterior, se hará por el examen de la documentación de identidad, que suministra el otorgante, emanada de autoridades; libreta de enrolamiento, cédula nacional de identidad, carnets policiales o documentos de viaje, con retrato y firma, expedida por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.

El notario, en este caso, responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firmas estampadas en el documento de identidad exhibidos con los del compareciente.

Sexto: El notario que diere fe del conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo, con los accesorios de daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados y aplicación de sanciones disciplinarias conexas.

Séptimo: En cuanto a la circunstancia del estado civil, edad, vecindad, origen, profesión, y demás accidentales de identidad, se estará a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confesiones del otorgante, si no constaren o fueren conocidos por el escribano.

Octavo: En todos los casos enumerados en los artículos 2º, 3º, 4º y 5º se estampará la impresión digital de los otorgantes que se encontrasen comprendidos en los extremos previstos en dichos artículos".

Para González(122)(696) "la fe de conocimiento es integrante vital del acto instrumental, da plena eficacia a las relaciones jurídicas. Hace a la autenticidad del instrumento y es función y deber del escribano autorizante".

Y Mustárich(123)(697), al hacer referencia a la responsabilidad notarial en la fe de conocimiento, sostiene que en materia de conocimiento de las partes, la responsabilidad notarial se impone; si así no fuera, toda la arquitectura legal en la contratación no tendría una base de seguridad y firmeza.

En el trabajo elaborado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, contestando a la encuesta preparada por la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional sobre el primer punto del temario para el VI Congreso Internacional del Notariado Latino, se proyectó con respecto al tema que nos ocupa la siguiente regla: "Deberá expresarse en el documento que el notario conoce personalmente a los otorgantes o que ha comprobado su identidad por los medios supletorios, previstos en las respectivas legislaciones(124)(698).

Este requisito no alcanza a aquellos instrumentos que por índole de su contenido o por el carácter del requerimiento o de la intervención notarial se hallan exceptuados de su observancia. La calificación de solemnidad esencial o natural de esta formalidad y los procedimientos de subsanación, se regirán por las normas vigentes en cada país, como igualmente las circunstancias que comprende la fe de conocimiento.

Por ley Nº 13482, del año 1948, se creó el Registro Nacional de las Personas, cuyo artículo 11 declara obligatoria la presentación de la libreta nacional de identidad cuando corresponda la exhibición de la libreta, mencionando su número.

Entendemos, contra la opinión de Spota, que la ley no puede modificar las disposiciones del Código Civil sobre la fe de conocimiento y sólo es un medio más para que el notario forme juicio acerca del conocimiento.

Distinguidos maestros del derecho civil apoyan el sistema de nuestro codificador.

Bibiloni(125)(699), en su anteproyecto de reformas al C. C. argentino, mantenía íntegramente la existencia del conocimiento personal por el escribano o testigos de conocimiento, incluyendo entre las causales de nulidad de la escritura, la falta de atestación de ese conocimiento. Al comentar tan grave sanción para justificarla advertía: "sin ella no hay escritura".

Machado(126)(700), en su comentario al artículo 1001 del C. C. sostiene: "El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes; es decir, que son las personas del nombre y apellido que figuran en la escritura; en una palabra, garantizar la identidad personal, y su afirmación hace fe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hasta no ser contradicha; pero no comprende las demás condiciones de la persona, a menos de constarle la falsedad de la afirmación, en que sería responsable por daños y perjuicios causados por la anulación del instrumento".

Llerena(127)(701) coincide cuando afirma que para "el conocimiento personal que el escribano debe tener de los otorgantes, no basta con que las partes se den por satisfechas de su mutuo conocimiento. Es con objeto de prevenir fraudes, que con mucha frecuencia pueden tener lugar, haciendo extender un acto con nombre supuesto con el fin de obligar a las personas que allí aparecen. Debe, pues, el escribano, termina advirtiendo, tener especial cuidado en esto".

Salvat(128)(702) manifiesta: "que las escrituras públicas como todo instrumento público, están destinadas a hacer plena fe de su contenido, contra todo el mundo y por consiguiente, era necesario que el escribano conociese personalmente a los otorgantes de ellas. Por otra parte, la seguridad de las transacciones exigía también que así fuera, para evitar la incertidumbre y los perjuicios que resultarían de la sustitución de personas".

Rébora(129)(703) propone el siguiente agregado al artículo 1002 del C. C.: "Podrá también admitir bajo su responsabilidad la justificación de la identidad personal, mediante la cédula respectiva a los recaudos que según las leyes especiales fueran suficientes para dicho acto".

Para Borda(130)(704) "la obligación de que el escribano conozca personalmente a las partes, o que comparezcan dos testigos de conocimiento suyo y de las partes, es un verdadero anacronismo".

Spota declara que(131)(705) "El conocimiento que el escribano debe tener de la persona de los otorgantes, en su caso, de los testigos de conocimiento que justifiquen ante aquél la identidad personal de las partes, correspondería ser elevado a requisito de esencia de la escritura pública...". Agrega que, no obstante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1004 ..la omisión de dar fe de conocimiento por parte del escribano carece de relevancia jurídica puesto que ello no causa la invalidez de la escritura.

El escribano Ernesto Eguía Seguí (132)(706) propició la reforma del artículo 1002 del Código Civil, proponiendo se exija a los efectos de la identificación de los comparecientes, la cédula de identidad, luego los testigos y en todos los casos, la impresión digital. Cumplido esto el escribano no será responsable.

Sostiene el autor que la fe de conocimiento debe emanar del escribano que a ese efecto representa o es el Estado, y que el Estado, desde que ha hecho suyo un método científico de identificación, debe hacer mérito del mismo, dando al escribano esa fuente de seguridad y ese respaldo para su responsabilidad.

El texto del artículo cuya modificación se propone, quedaría redactado así: "Artículo 1002: Si el escribano no conociese a las partes, hará constar en la escritura el número y fecha del certificado de identidad requerido para ese efecto. Hará constar asimismo el número, la oficina y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el año de expedición del documento de identidad. Si los interesados carecieran de documentos suficientes así lo declararán y ofrecerán el testimonio de dos testigos que el escribano conozca, poniéndose en la escritura sus nombres y domicilios y dando fe de que los conoce. En todos los casos de este artículo se estampará la impresión digital de los otorgantes conocidos. Cumplidas estas formalidades, el escribano no es responsable de la identidad así establecida".

Y el prospecto de reglamentación dice: "A los fines establecidos en el artículo 1002 del Código Civil y su modificación por la ley..., las oficinas de identificación civil certificarán a pedido de los escribanos la identidad de las personas cuyos datos suministren a ese efecto. Ninguna certificación será expedida si en las solicitudes no se estampa la correspondiente impresión digital. El certificado contendrá la filiación completa del interesado".

CAPÍTULO IV

1. - CARÁCTER DEL REQUISITO

El conocimiento que el escribano debe tener de la persona de los otorgantes o, en su caso, de los testigos de conocimiento que justifiquen ante aquél la identidad de las partes, ha sido elevado en algunas legislaciones a requisito de esencia de la escritura pública.

Las antiguas leyes españolas, desde el Fuero Real, tenían establecida esta doctrina que se ve confirmada en las Partidas y en la Pragmática de Alcalá, como la mayor de las garantías del instrumento, pues la sustitución de personas daría lugar a la nulidad y a la falsedad.

Para el derecho español, la fe de conocimiento de los otorgantes o de los testigos de conocimiento en su caso, es un requisito de forma esencial, que su omisión invalida el instrumento (artículo 27 de la ley del notariado y 699 del Código Civil español).

Nuestro Código Civil, si bien reconoce como antecedente al derecho español, en el artículo 1004 se aleja de la ley española, al disponer que la omisión de dar fe de conocimiento por parte del escribano, carece de relevancia jurídica, puesto que ello no causa la invalidez de la escritura.

Es casi pacífica la opinión de la doctrina de que la fe de conocimiento, en cuanto requisito formal, no reviste carácter esencial para la validez del instrumento.

Como lo hemos expresado anteriormente, en el derecho positivo universal, sólo por excepción se establece la nulidad del instrumento en que se ha omitido dejar constancia del conocimiento personal de los otorgantes por el notario, o de que la identificación se ha efectuado en las otras formas establecidas por la ley.

En nuestro criterio el legislador, ha omitido por olvido poner de resalto la violación a una formalidad que es de la esencia de la escritura pública; que sus otorgantes sean identificados por el escribano o por dos testigos de conocimiento de dicho oficial público.

Con lo aseverado, concuerda el artículo 1001, cuando allí se establece

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que "el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes. . .".

Spota(133)(707), cuya opinión reiteramos en este capítulo - en el sentido de que la obligación de que el escribano conozca personalmente a las partes o de que comparezcan dos testigos de conocimiento que justifiquen la identidad personal de las partes, debe ser elevado a requisito de esencia de la escritura pública -, fundamenta su crítica en el hecho de que uno de los presupuestos de la plena fe, del instrumento público, radica precisamente en el conocimiento directo e inmediato que del otorgante, tenga el oficial público".

"El documento público que carece de esa declaración del escribano no debería valer como documento auténtico, o sea, debería ser nulo como tal (artículo 18 Código Civil). No obstante, los términos severos del artículo 1004 en particular, lo que emana de su segunda parte, imponen al intérprete la conclusión indicada; en nuestro derecho vigente, esa omisión no afecta la validez del instrumento público".

Hemos dicho, que no concebimos la escritura pública sin la identificación de sus otorgantes.

La justificación de la identidad de las partes, en el caso de no ser conocidas por el escribano, es obligatoria. Es igualmente obligatorio hacerlo por medio de testigos de conocimiento, medio único que la ley autoriza para tal fin.

En defecto de ella, a falta de justificación de la identidad por testigos de conocimiento, el escribano no puede autorizar la escritura.

La ley ha establecido dos clases de sanciones por inobservancia de las formalidades prescriptas para las escrituras públicas: en unos casos la nulidad de la escritura y en otros una multa al escribano.

El artículo 1004, modificado por la ley 15875, establece: "Son nulas las escrituras que no tuviesen la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuere requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula la escritura, pero los escribanos y funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de trescientos pesos".

La nulidad de la escritura es la sanción más grave desde el punto de vista de las partes. Sólo procede y de acuerdo con el principio general del artículo 1037 del Código Civil, en aquellos casos en que surgieren claramente de la ley.

Algunas hipótesis están enumeradas en el artículo 1004 del Código, también es causa de nulidad en las situaciones contempladas por los artículos 980, 981, 983, 985, 986, 989, 990, 998 y 1005 del citado Código.

El artículo 1004, primera parte, enumera las siguientes causas de nulidad: 1º) la omisión del tiempo, es decir, del día, mes y año, cuyo conjunto constituye la fecha de la escritura; 2º) la omisión del lugar donde la escritura ha sido otorgada, designado de un modo completo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que permita determinar con exactitud si el escribano ha obrado o no, dentro de su jurisdicción; 3º) la omisión del nombre de los otorgantes; 4º) la firma de las partes; 5º) la falta de firma a ruego de ellas, por un tercero en el caso de que no sepan o no puedan escribir, y 6º) la falta de la firma de los testigos cuando su presencia fuera requerida para el acto.

El cumplimiento de todas estas formalidades es esencial, por consiguiente, para la validez de la escritura pública.

Por ello se dice que son formalidades esenciales.

El artículo 1004, segunda parte, establece "la inobservancia de las otras formalidades no anula la escritura".

Interpretada esta cláusula literalmente, sería necesario decir que no hay más causa de nulidad de las escrituras que las enumeradas en la primera parte.

Sin embargo - dice Salvat(134)(708) - esta interpretación literal no puede prevalecer, porque en la ley misma encontramos las siguientes causas de nulidades:

1º) Desde luego el artículo 1001, in fine, establece que después de leída y firmada por las partes y los testigos, la escritura debe ser autorizada al final por el escribano.

Por consiguiente, la escritura sería nula en el caso de faltar la firma del escribano, porque en tal situación no podría saberse si el acto había pasado o no realmente en su presencia.

2º) El artículo 998, segunda parte, establece expresamente que las escrituras hechas por los escribanos públicos, que no estén en el protocolo, no tienen valor alguno; es decir, son nulas.

3º) El artículo 1005 establece: "Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo, donde según el orden cronológico debía ser hecha".

4º) El artículo 989, segunda parte, por último establece que "son anulables los instrumentos, cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin".

Con los ejemplos dados interpretamos que el artículo 1004 segunda parte, debe entenderse, pues, con la reserva de los casos en que una disposición de la ley establece la sanción de nulidad; y extenderemos el interrogante al artículo 1001, cuando establece que "el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes".

La ley ha querido con esto asegurar una vez más, la veracidad del escribano, sobre la cual reposa la fe y el valor probatorio de la escritura pública.

La fe de conocimiento está incluida en la autenticidad, que es de esencia en el documento notarial.

La autenticidad ampara en su seno, la identificación de las partes, que no sólo constituye función, sino deber del notario.

No obstante que nuestro Código Civil, no incluye las nulidades de las escrituras en el supuesto que estudiamos, en los anteproyectos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reformas al Código, del doctor Bibiloni y de la Comisión Reformadora, es causa de invalidez de la escritura, el hecho de haberse omitido la atestación del notario de conocer a las partes, y en el caso que corresponda a los testigos de conocimiento.

Para Bibiloni(135)(709), el artículo 1004 omite consignar las siguientes menciones esenciales:

- 1) El nombre de los testigos - agregamos cuando sean requeridos -, que debe constar en el cuerpo de la escritura.
- 2) El objeto y naturaleza del acto.
- 3) La atestación del conocimiento de las partes: sin ella no hay escritura.
- 4) La afirmación del notario que recibió en persona las declaraciones de las partes, y que en su presencia se ejecutaron los hechos que refiere.
- 5) La lectura, antes de la firma, a partes y testigos.
- 6) La firma del escribano.
- 7) La incapacidad de los testigos, en el caso de ser requeridos.

Y en la redacción del artículo 460 que se refiere a las nulidades dice: "Son nulas las escrituras que no contuvieran: . . . c) La atestación del notario de conocer a las partes, y, en su caso, a los testigos de conocimiento . . ."

Y al redactar el artículo 455, similar al 1001 del Código Civil, dice: "La escritura pública debe expresar, la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorgan, si son mayores de edad, su estado de familia, y si fuesen casados o viudos, el nombre del cónyuge. . . El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes".

En el anteproyecto de la Ley Notarial Argentina, al analizar el plan de labor, los redactores consideraron dentro de las reglas de forma que deben observarse en las escrituras públicas, como requisitos intrínsecos y extrínsecos, entre otros, la identificación de los comparecientes, fe de conocimiento.

En esta materia, teniendo en cuenta las disposiciones de nuestro Código Civil, coincidentes con la de la mayoría de las leyes positivas vigentes en otros países, sus autores prefirieron no innovar y así lo dejan puntualizado en su esquema para la exposición de motivos (apartado 29).

Reiteramos nuestro criterio y teniendo en cuenta de que uno de los presupuestos de la plena fe del instrumento público, radica, precisamente en el conocimiento directo o inmediato, que del otorgante tenga el oficial público y estando esta fe, incluida en la autenticidad, somos partidarios de la modificación de nuestro Código en la forma que propone el anteproyecto del doctor Bibiloni.

2. - EXTENSIÓN DE LA FE DE CONOCIMIENTO. SU OMISIÓN

Entendemos y así opinan la mayoría de los autores, que la fe de conocimiento sólo se refiere a la identidad de las personas físicas, no a la de la personal civil, salvo en lo referente a su nombre.

En consecuencia, lo relativo a la mayoría de edad o habilidad para el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto de que se trate, juicio de capacidad de los otorgantes, domicilio, residencia o vecindad y estado civil, escapan a la fe de conocimiento.

No implica causa de invalidez del instrumento, la discordancia entre lo declarado por el otorgante con relación a su estado civil y domicilio, y lo que en realidad atañe a dicho otorgante con respecto a ese estado civil y a ese domicilio.

Es ello lo que procede aseverar - dice Spota(136)(710) - en cuanto a los testigos de conocimiento; "el oficial público da fe de que le consta la identidad de estas personas, pero no lo que declaran éstos en lo que atañe a sus domicilios, los cuales pueden hallarse ubicados fuera de la competencia territorial del autorizante, ya que le es aplicable, en esto, lo establecido en el art. 990. Todo ello con la salvedad de que esos testigos de conocimiento sean también testigos instrumentales... "

Por otra parte, la misma identidad de los otorgantes, garantizada por la fe de conocimiento, no debe exigirse en supuestos de extrema urgencia, como el caso del otorgamiento de un testamento "in articulo mortis".

Igualmente este requisito no alcanza a aquellos instrumentos que por la índole de su contenido y por el carácter del requerimiento o de la intervención notarial se hallan exceptuados de su observancia.

El criterio dominante es que la omisión da por sobreentendido el conocimiento personal que el notario tenía de los otorgantes, y al no expresarlo en el texto es pasible de corrección disciplinaria. La jurisprudencia coincide con esta tesis.

Mustápic(137)(711) al referirse a la omisión de la fe de conocimiento, piensa de modo coincidente con Quagliata y Orellano; en que a falta de constancia expresa debe entenderse que las partes son de conocimiento del notario.

Diez Pastor(138)(712) cita una doctrina prudente y dúctil acerca de los efectos de omitir la fe de conocimiento en el texto de la escritura, problema que lo remonta a la Edad Media: "se habían invocado razones generales de mucho peso para fundar en este caso la absoluta nulidad del instrumento".

El extremeño Juan Gutiérrez, buen exponente del común sentir, distingue: "Si el notario no conoce a las partes ni exigió testigos de conocimiento, el instrumento es nulo; si los conocía pero omitió dar fe, es válido, pues como se ha dicho, no infringe prohibición formal y en caso de duda se ha de presumir que las conocía y que ejerció su oficio rectamente".

CAPÍTULO V

1. - DERECHO ARGENTINO. LEGISLACIÓN

La disposición relacionada con el punto que nos ocupa, está desarrollada en el Código Civil (art. 1001) y en la Ley Orgánica de los Tribunales (art. 218). Con sujeción a estos principios: El escribano debe dar fe en la escritura pública de que conoce a los otorgantes (art. 1001) y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

si no los conociere, éstos pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos de conocimiento (art. 1002) poniendo en la escritura sus nombres y residencia y dando fe de que los conoce.

La inobservancia de los requisitos relativos a la fe del conocimiento, no anulan la escritura, pero hacen pasible al agente, de una multa (art. 1004) sin perjuicio de las penas establecidas en el derecho criminal, si a ellas el caso diera lugar.

Juan Antonio Bibiloni, en su anteproyecto de Reformas al C. Civil, mantenía íntegramente la exigencia del conocimiento personal del escribano (art. 455) o testigos de conocimiento (art. 458) e incluía - entre las causales de nulidad (art. 460) - las escrituras que no contuvieran la atestación del notario de conocer a las partes, y en su caso a los testigos de conocimiento.

En el proyecto de la Comisión de Reformas al Código Civil el artículo 257, equivalente al 1002 del Código Civil establece: "Cuando el escribano no conociere a las partes éstas deberán justificar su identidad con libreta de enrolamiento o cédula policial, o en último caso, con dos testigos que aquél conozca, de lo cual dará fe haciendo constar además en la escritura, el nombre y residencia de los mismos".

Y el artículo 259, equivalente al 1001 del Código Civil establece:

"La escritura deberá expresar: ...El escribano deberá dar fe de que conoce a las partes".

Y con referencia a las nulidades, establece el artículo 261 equivalente a los 1004 y 1005 del Cód. Civil ". . .la escritura será nula . . . Si faltase alguno de los siguientes requisitos:... e) La atestación del notario de que conoce a las partes. . . "

En el proyecto de Ley Notarial Argentina, preparado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial, en la sección segunda, escrituras públicas, en su redacción originaria, su artículo 45 decía: "El notario deberá conocer a los otorgantes y expresarlo así en la escritura. Si no los conociere, podrán justificar su identidad con dos testigos que los conozcan y que sean a su vez conocidos del notario, cuyos nombres y residencia se indicarán en el documento. Estos testigos instrumentados, cuando los hubiere podrán serlo también de conocimiento. Estos no serán necesarios si una de las partes es conocida por el notario e identifica a la otra u otras bajo su responsabilidad". Y en su redacción definitiva el artículo 38 dice: "El notario deberá conocer a los otorgantes y expresarlo así en la escritura. Si no los conociere, podrá justificar su identidad con dos testigos que los conozcan y que sean a su vez, conocidos del notario cuyos nombres y residencias se indicarán en el documento. Los testigos instrumentales, cuando los hubiere podrán serlo también de conocimiento".

En la sección tercera, al referirse a las actas, en sus requisitos generales, el artículo 56 dice: "Las actas que constituyen documentos matrices están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones....

a) La identificación de los requirentes podrá efectuarse con documentos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extendidos con esa finalidad por autoridades competente, los que se individualizarán en el cuerpo del acta.

b) Podrá prescindirse de toda certeza sobre el conocimiento o identidad de las personas con quienes deban entenderse las notificaciones, requerimientos y otras diligencias".

Al referirse a las actas de subsanación, el artículo 69 expresa:

"A instancia de parte interesada o de oficio, el notario podrá extender actas con el objeto de subsanar los errores materiales u omisiones padecidos en el texto de los documentos matrices siempre que. . ."

"a) Se trate de la falta de atestación respecto del conocimiento identidad de los intervinientes o de datos filiatorios en documentos sobre actos entre vivos".

Y al referirse a la anulabilidad el art. 130 dice: "Es anulable de nulidad relativa, cuando...

"5) El conocimiento de los otorgantes en las escrituras no se acredite por los medios determinados en el artículo 38 de esta ley y no se le hubiere subsanado el defecto en la forma prevenida por el artículo 69, inciso a".

2. - JURISPRUDENCIA

La función notarial - dice Akimenco(139)(713) - debe, pues, extenderse a todo el acto jurídico, a su forjación y a su otorgamiento: como corolario de tan prestigiosa actividad del notario basta comprobar las escasísimas querellas de falsedad que se presentan en la jurisprudencia.

"Los escribanos en su carácter de funcionarios públicos, son responsables de las culpas o negligencias cometidas en el ejercicio de sus funciones. Especialmente deberán averiguar la identidad de las personas que se presenten para otorgar contratos entre ellos, y si no las conoce personalmente, debe exigirse la comparencia de testigos de conocimiento, salvo cuando el interesado lo exima expresamente de toda responsabilidad al respecto".

Fallo: 2ª. C. C. Bs. As. 30/12/1915. Paz J. M. Rep. de D. N. A. Bs. As., 1938, t. II, págs. 1318/1319. (Extraído: Rev. de Legislac. y Juris.) A. Cayette y C. A. Ocantos, t. VII, pág. 903.

"El escribano da fe en las escrituras de la identidad de los otorgantes, pues el conocimiento de éstos, a que se refiere el art. 1001 del Cód. Civil, debe interpretarse como certificado de identidad, según lo corrobora el art. 1002 al establecer que si el escribano no conociera a las partes éstas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos".

"Dell'Acqua Teresa Bergara de V. Dousset Martorell Guillermo J. F. suc." Juez Ravagnan. Cámara Civil Ira. de la Capital. González, Barraquero, Garriga, 23/4/1948. Confirman.

"Basta la afirmación del escribano sobre conocimiento de las partes, para no exigir testigos; la negativa de alguna de éstas, no forma prueba". Jurd. Civ.; serie 3º, t. IV (23). pág. 296 Bs. As. 6/5/1890.

"Esta formalidad se funda en una doble razón: las escrituras públicas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

están destinadas a hacer plena fe de su contenido, y por consiguiente es necesario que el escribano conozca personalmente a los otorgantes de ellas; además por la seguridad de las transacciones. Si el escribano debe dar fe de que los conoce y debe conocer personalmente a los otorgantes, estas sustituciones se hacen poco menos que imposibles, a menos de contar con su complicidad o su negligencia. Si hace plena fe de su identidad y se demuestra la falsedad de esa manifestación resulta indudable la responsabilidad del escribano".

Fallo: Cám. Civil Ira. Capital Bs. As. 23/4/1948. Fichero jurídico Mor.

El escribano por la segunda parte del art. 1001 del Código Civil sólo está obligado a dar fe de que conoce a los otorgantes, pero no de su estado civil... "Mónaco Ingrassia José y otro v. Martínez Rodríguez Francisco".

Fallo: Cámara Civ. 1ra. de la Capital. Barraquero, Tobal, Grandoli. Bs. As. 31/5/1935. J. A. T. 50 pág. 501.

"El escribano encargado de otorgar una escritura pública, cumple con su deber en cuanto al conocimiento de la persona y su estado al consignar que es casado, que es real y efectivamente, sin entrar a averiguar si lo es en primeras o segundas nupcias. El no haber hecho indagación que la ley no manda, no puede hacerlo pasible de daños y perjuicios".

Fallo: Cámara Civil Ira. 30/6/1917. Gaceta del Foro, Bs. As., t. 9, pág. 74, 30/6/1917.

"El escribano que al extender una escritura da fe de ser persona de su conocimiento los otorgantes, no siendo exacto, no requiriendo ni haciendo firmar por eso, a los testigos que debieran suplir esa falta de conocimiento personal, incurre en las responsabilidades emergentes de la sustitución de personas comprobadas y en virtud de lo que se declaró la nulidad de los actos pasados en aquella condición, no siendo bastante eximirlo de la obligación de reparar el daño, el que una de las personas le fuera presentada por medio de una tarjeta por otro escribano y la otra presentara una libreta de enrolamiento hecho éste no probado".

Cámara Civil 1ra. Gaceta del Foro, t. X, pág. 345, Bs. As. 16/10/1917. Paz. Rep. de D. N. A. Bs. As., t. II, pág. 1324.

"El escribano al dar fe de que conoce a las partes, se entiende que lo hace con respecto a la identidad de quienes otorgan la escritura, respondiendo por tanto, civilmente si ha mediado sustitución de persona..."Fallo: Cámara Civil 1ra. de la Capital. 23/4/1948. R. del N. Bs. As. Año L, N° 567, octubre 1948, págs. 666 - 676.

"Debe multarse al escribano que se conforma con aceptar la afirmación del comprador sobre una persona del vendedor - que resultó falsa - pues tal conducta omite la exigencia del Cód. Civil sobre identidad de los otorgantes revelando falta de precaución en el funcionario al no acudir a testigos (art. 1002 Cód. Civil) u otra precaución equivalente".

Fallo: de la Suprema Corte de Tucumán 3/6/1942. L. L., Bs. As. t. 29, pág. 600.

"Artículo 1001 y artículo 1002 del Código Civil. Tales requisitos y otros análogos no son meros formalismos, sino verdaderas garantías legales, que tienen por objeto evitar fraudes e interposiciones de personas".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Fallo: Suprema Corte de Tucumán 3/6/1942. Repertorio Jurídico Mor.

"El requisito de que en la escritura pública, se indique el domicilio o vecindad de los otorgantes, queda cumplido con el enunciado de que son vecinos de conocimiento del escribano, lo cual significa que son del lugar en que se labra la escritura.

Gobierno Nacional v/Martínez Ravento Gabriel.

Fallo: Juez José M. Suárez Caviglia. Confirmado por la Cámara Comercial de la Capital Federal. Bs. As. 6/11/1943. J. A. Bs. As., t. I, 1944, págs. 392 - 93.

"Se argumenta también que en la segunda escritura hipotecaria, faltan los testigos de conocimiento. Pero debe observarse que, habiendo sido antes presentada al escribano, la señora otorgante de ella, este funcionario la conocía ya personalmente, y por tanto, no era el caso del art. 1002 del Cód. Civil, tanto más que este conocimiento directo de la otorgante de la escritura, resultaba de una escritura anterior que ante el mismo había pasado.

Voto del doctor Raimundo Salvat. J. A., 1924, t. 13, pág. 173.

"El escribano da fe de la identidad de los otorgantes, pues el conocimiento de éstos a que se refiere el art. 1001 del Cód. Civil debe sin duda interpretarse en tal sentido, y así el art. 1002 del Cód. Civil agrega a continuación que si el escribano no conociere a las partes, éstas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos. Conforme a ello si se demuestra la falsedad de esa manifestación, resulta indudable la responsabilidad del escribano, pues el cumplimiento de lo preceptuado por la ley en cuanto a la identidad de las partes, hubiere evitado todo pretendido error al respecto; la negligencia en que aquél incurrió, por tanto, es incontrovertible".

Buenos Aires abril 23 de 1948. Cámara Civil 1ra. de la Capital Federal, La Ley, junio 17 y 18 de 1948.

"Las cámaras civiles en pleno no están autorizadas para reglamentar la forma como deben otorgarse las escrituras públicas".

J. A., t. 19, pág. 1122.

"El escribano público que omite llenar las formalidades exigidas por la ley en los instrumentos públicos que otorga, es pasible de una multa".

(Jurd. Civ. t. 168, pág. 309. Res. Bs. As. nov. 10 de 1904).

"Los escribanos, en su carácter de funcionarios públicos, son responsables de las culpas o negligencias cometidas en el ejercicio de sus funciones. Especialmente deben averiguar la identidad de las personas que se presentan para otorgar contratos ante ellos, y si no las conocen personalmente, deben exigir la comparencia de los testigos de conocimiento, salvo cuando el interesado lo exima expresamente de toda responsabilidad al respecto.

"Por ejemplo, si la persona que solicita un préstamo hipotecario, por medio de engaño se pretende dueño del inmueble gravado, el escribano otorgante debe ser condenado a indemnizar al prestamista la pérdida sufrida en razón de la sustitución del verdadero propietario, hecho que no se habría producido al adoptar las medidas de precaución que requieren

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las leyes".

(Rev. Leg. y Jur., A. Carret y C. A. Ocantos, t. VII, págs. 903, 2º C. C., Bs. As., 30/12/1915).

"No causa la nulidad de la escritura pública el error material en el nombre de las partes otorgantes, si la identidad de los mismos puede establecerse con certeza".

(Jur. Trib. Santa Fe, t. V, pág. 260, Cám. Apel., Sala 1ª, Rosario, 24/8/1926).

"La afirmación del escribano otorgante de una escritura pública sobre la existencia e identidad del compareciente no puede ser enervada por una partida de defunción que puede corresponder a un homónimo".

(Jur. Civ., Serie 4º, t. X (42), pág. 370, Bs. As., 5/5/1892).

"El escribano encargado de otorgar una escritura pública, cumple con su deber en cuanto al conocimiento de la persona y su estado, al consignar el de casado, que es real y efectivamente, sin entrar a averiguar si lo es en primeras o segundas nupcias. El no haber hecho esta indagación que la ley no manda, no puede hacerlo pasible de daños y perjuicios".

(1º C. C., Gaceta del Foro, I. IV, pág. 74, Bs. As., 30/6/1917).

"Basta la afirmación del Escribano sobre conocimiento de las partes para no exigir testigos: la negativa de alguna de éstas no forma prueba".

(Jur. Civ., Serie 3º, t. IV (23) p. 296, Bs. As., 6/5/1890. J. A., t. XVIII, pág. 296).

"El oficial público debe dar fe del conocimiento de los otorgantes como un elemento esencial del instrumento público para la seguridad de los negocios jurídicos. La omisión de esa formalidad da lugar a que el título adolezca de un vicio que no lo hace perfecto".

(C. N. Civil, Sala F, 4/11/61. - RdN. 1962, pág. 1024).

"La expresión doy fe, inserta al final de la escritura no supe la certificación de la fe de conocimiento de los otorgantes, como tampoco la manifestación de su comparencia, al otorgamiento puede interpretarse como equivalente".

(C. N. Civil, Sala F, 4/11/61. - RdN. 1962, pág. 1024).

"La fe de conocimiento por parte del oficial público en la forma es tablecida por los artículos 1001 y 1002 del Código Civil no es una fórmula sacramental, sino que, dada la íntima vinculación existente entre la identificación de los otorgantes y la estabilidad y seguridad de los negocios jurídicos, constituye un requisito indispensable, al extremo de que no se concibe un instrumento público sin esa identificación".

(C. N. Civil, Sala F, 16/10/62. - RN. 1963, pág. 267).

"De los instrumentos públicos debe emanar, en forma expresa la certidumbre de la identidad de las partes, de suerte que ante la falta de conocimiento personal de los otorgantes por el escribano o los testigos destinados a suplir ese conocimiento, el oficial público debe abstenerse de autorizar la escritura".

IC. N. Civil, Sala F, 16/10/62. - RN. 1963, pág. 267).

"La fe que da el funcionario consular al final del acto, antes de su firma, no cubre la ausencia formal del conocimiento de los otorgantes del acto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que debió expresamente hacer constar para bonificar su autenticidad por sí mismo, ya que la justificación de identidad de las partes, en el supuesto de no ser conocidas por el fedatario, es obligatoria por medio de testigos de conocimiento.

(C. N. Civil, Sala F, 16/10/62. - RN. 1963, pág. 267).

"Si en el poder otorgado en el extranjero el funcionario autorizante no dejó constancia de su conocimiento personal de los otorgantes, ni de la presencia de los testigos destinados a tal efecto, debe aceptarse que la identidad de esos otorgantes, expresada en la forma indicada en ese instrumento, reviste el carácter de simples manifestaciones de las partes, las cuales por lo tanto, no merecen la plena fe de los supuestos contemplados en el artículo 993 del Código Civil".

(C. N. Civil, Sala F, 16/10/62. - RN. 1963, pág. 267).

3. - CONSULTAS JURÍDICONOTARIALES

"Es de la exclusiva responsabilidad del escribano autorizante, la forma de hacer comparecer a las partes en las escrituras, y la certificación de su identidad. A él incumbe averiguar los verdaderos datos personales, para que así comparezca en debida forma en la escritura".

(Revista del Notariado, año 1947, N° 326).

"Es obligación del escribano, la de dar fe del conocimiento de los otorgantes. No es recomendable la costumbre de mencionar en las escrituras cómo acostumbran a firmar los otorgantes".

"No siendo sacramental la afirmación de dar fe y resultando del texto de la escritura su existencia, la omisión literal del mismo no vicia la escritura".

(Revista del Notariado, año XLI, N9 452, marzo, 1939, págs. 128 y 129).

4. - DOCTRINA DE LOS CONGRESOS INTERNACIONALES Y DE LOS NOTARIALISTAS. SU INFLUENCIA

Las resoluciones de los Congresos Internacionales y la doctrina de los notarialistas, ya han sido tratadas en el curso de este trabajo. Hasta qué punto la resoluciones y recomendaciones de esos Congresos y la doctrina de los notarialistas, constituyen para nosotros doctrina, y en consecuencia, base de legislación notarial nacional y orientación para el magistrado, en el juzgamiento del caso sometido a decisión, es lo que iremos analizando en el desarrollo del tema.

"No siempre - dice Bollini(140)(714) -, las resoluciones y ponencias aprobadas por los Congresos, llegan a convertirse de inmediato en legislación positiva, pero de todas maneras constituyen un antecedente valiosísimo para el legislador y para el intérprete del derecho, y cumplen, por su sola acción de presencia, una función de amparo de los notariados locales, evitando posibles reformas legales que desconozcan los principios estructurales proclamados por los congresos de la Unión".

Estas reuniones han estimulado de manera notable la actividad doctrinal en su doble aspecto técnico y práctico.

Analizadas sistemáticamente las resoluciones de los congresos, con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

referencia al tema que nos ocupa, se desprende de ellas una copiosa doctrina notarial; fuente de legislación positiva.

Observa Planiol que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el que es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara por su labor crítica muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

La doctrina no sólo ejerce influencia en la evolución del derecho sino también que, con respecto al derecho positivo vigente, es elemento capital de su conocimiento.

En Roma la influencia de los doctrinarios del derecho fue fundamental.

En un principio los patricios, como únicos iniciados en el conocimiento del juez civil, acogían a la clientela que los consultaba y le daban sus respuestas, a modo de un oráculo.

Después de la publicación de las XII tablas se difunde la profesión de jurisconsulto, que no consistía solamente en la evacuación de consultas sino también en la enseñanza del derecho, abierta a todos.

Para Cicerón la profesión de jurisconsulto se resumía en su tiempo en cuatro palabras: respondere, cavere, agere y scribere.

Según Pomponio, practicando esta última actividad Quinto Mucio

Scevola constituyó el juez civil, es decir, el derecho fundado por los pretores.

Como fuente del derecho, la gravitación e influencia de los juris peritos, por el crédito que merecía su pensamiento y su doctrina, llegó a ocupar un lugar señalado.

En la época de Augusto a Dioclesiano los emperadores habían acordado a ciertos jurisconsultos la facultad de evacuar consultas con fuerza de ley, no sólo para el proceso en el cual se expedían, sino también para cualquier otro caso de la misma naturaleza que se presentara más tarde.

Esta facultad recibía el nombre de juez publice respondendi ex auctoritate principii, y para que las opiniones emanadas de estos jurisconsultos tuvieran fuerza de ley se requerían dos condiciones: 1º) que fueran emitidas por escrito y munidas del sello del autor; 2º) que fueran unánimes; si había divergencias el juez no estaba ligado por ninguna de ellas.

Los jurisconsultos que no gozaban de esta facultad tenían también el derecho de evacuar consultas, ejercían el jus publice respondendi, pero sine auctoritate principii, es decir, sin fuerza de ley; sus opiniones tenían simplemente valor moral e influían sobre los jueces por el vigor y lógica de sus opiniones.

En la primera mitad del siglo II el emperador Adriano modificó el sistema, exigiendo para que tuvieran fuerza de ley, que las opiniones de los jurisconsultos dotados del jus publice respondendi fueran concordantes.

Pero al mantener su valor las opiniones escritas de los jurisconsultos fallecidos se hizo necesaria una selección de fuentes doctrinarias; tal el sentido de la ley de citas de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III (año 426), que sólo acordó valor de fuente formal a los textos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo.

Justiniano extinguió la doctrina como fuente formal del derecho después de recoger en el Digesto las opiniones más valiosas de los jurisconsultos. Es decir, que a partir de ese momento la fuerza de la doctrina provenía de haber pasado a ser texto legal comprendido en el Corpus Juris Civile.

En el derecho moderno la doctrina de los autores no constituye una fuente formal del derecho. La doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir; tiene fuerza de razón escrita, en el sentido de que cuando es aceptada por un núcleo considerable de autores y aparece fundada en razones poderosas sería temerario apartarse de ella.

Y al decir de Geny, "la importancia de la doctrina como fuente científica del derecho es innegable, por el sistemático conocimiento del ordenamiento jurídico que ella proporciona, al mostrar al intérprete todas las posibilidades del derecho positivo.

Hasta ahora hemos hecho en términos generales el análisis de la doctrina, limitada al concepto de los tratadistas que se han ocupado de estudiar parte del derecho positivo, prescindiendo de ese conjunto de normas que justifican la aspiración de fundar las bases científicas del derecho notarial, y así en los textos de derecho se citan como ejemplo las obras clásicas escritas por jurisconsultos.

Muy pocos, como hemos dicho, han sido en nuestro país los tratadistas del derecho en general que se han preocupado de estudiar la especialidad, dentro del estudio de la ciencia jurídica que se ocupa del notariado y que tiende a formar una rama autónoma del derecho.

Hace más o menos tres décadas que el derecho notarial viene investigándose con justeza sobre distintos aspectos en que se intenta basar su contenido y fijar los principios que darán su concreción definitiva.

Vamos a entrar en la doctrina notarial, es decir, las opiniones de los notarialistas que estudian y explican el derecho notarial y fijan el exacto sentido de la ley. Su misión es la de exponer, analizar y sintetizar el derecho positivo para buscar principios y corolarios salidos de toda la vida jurídica y aplicados a nuestra institución.

Así, por ejemplo, en nuestro país, en el orden nacional, el trabajo doctrinario de Negri aporta orientaciones fundamentales para estructurar el notariado, conforme a los lineamientos de las modernas organizaciones europeas, y luego volcar su sabiduría y experiencia en el anteproyecto de la ley orgánica del notariado, base de nuestra organización notarial actual.

Y como Negri, muchos otros notarialistas, cuyos estudios y trabajos doctrinarios fueron fermento para modificar nuestra antigua o in completa legislación notarial.

A las obras de los autores deberán adicionarse las innumerables contribuciones de las revistas especializadas y cursos de conferencias compiladas periódicamente, donde se encuentran medulosos estudios y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ensayos sobre la materia.

Y hemos dicho que la doctrina es la fuente más fecunda del derecho notarial porque la luz, emanada de ella, se ha concretado en normas legales que han organizado y fiscalizado los notariados del mundo latino. Así lo exterioriza la resolución del III Congreso Internacional al definir el derecho notarial como el conjunto de normas legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y al instrumento público notarial.

Pero toda esta doctrina adquiere más vigor aún, cuando una idea genial se materializa: el Congreso Internacional del Notariado Latino.

Gracias a la idea inicial de José A. Negri, que encontró amplio eco en el honorable Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, presidido por el escribano José León Torterola, y el que le sucedió encabezado por el escribano Raúl F. Gaucheron, y el unánime apoyo que el notariado argentino prestó a la iniciativa, Buenos Aires tuvo el privilegio de ser escenario, en 1948, de un acontecimiento que abre la etapa de lo que llamaremos doctrina de los congresos internacionales.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino constituyó un suceso acertadamente definido como el punto de arranque de una nueva época en la evolución histórica del notariado.

Un autor italiano, Curti Pasini, en "Los principios sistemáticos", citado por Rufino Larraud en su Tratado de derecho notarial, ha señalado en la historia del notariado cuatro acontecimientos muy alejados uno de otro en el tiempo pero los cuatro cargados de una misma significación; ellos son: la obra de los glosadores medievales; la aparición de la constitución del emperador Maximiliano I (8 de octubre de 1512); la aparición de la ley francesa de Ventoso y la constitución de la Unión Internacional del Notariado Latino.

"Estos cuadros hechos - dice Curti Pasini - tienen un signo común, que en el ancho panorama de la evolución notarial los destaca en una misma línea; han sido otros tantos movimientos unificadores del notariado latino; cuatro impulsos de universalización de ciertos caracteres generales de la institución notarial".

"Si retomamos esta sagaz observación del autor italiano y la proyectamos sobre el panorama actual de la institución - dice Larraud - sería preciso admitir como notariado de tipo latino aquellos hasta los cuales hubiese llegado por natural consecuencia de su fuerza expansiva, la influencia de la constitución de Maximiliano y de la ley de Ventoso; y antes, la gravitación de la doctrina de los glosadores medievales, ya que la unión internacional sólo podría considerarse una consecuencia de aquellos lejanos factores".

Los orígenes de la organización notarial de tipo latino se confunden con la existencia misma de la institución, y el devenir de los años los ha ido consolidando hasta llegar a la madurez actual.

En el seno de la Unión Internacional del Notariado, que representa la unidad espiritual de todos los notariados latinos, se agrupan notariados orgánicos de treinta y dos países, firmemente dispuestos a elaborar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

normas tendientes a alcanzar la completa unificación de aspiraciones comunes a la formación de un derecho notarial, así como a una perfecta y cabal organización del notariado.

En el lapso comprendido entre los años 1948 y 1967 se han realizado nueve congresos internacionales, los que han dejado tras de sí una obra constructiva, a la que se suma la de los órganos permanentes de la Unión y de la Revista Internacional del Notariado.

No obstante que, como decía Negri, en ocasión de inaugurar el II Congreso: ". . .de acuerdo a su Estatuto, no es una organización de carácter autoritario y coercitivo. Nadie está imperativamente obligado a nada. Ningún deber resulta impuesto...", es evidente que las resoluciones de los congresos internacionales ejercen indudable influencia en la legislación notarial de cada país adherido.

Cuando se tienen los mismos ideales y se abreva en las mismas fuentes puede llegarse a conclusiones que, si no son idénticas, sí son paralelas o similares.

Convocar a los notarios de los países de igual sistema jurídico, con el objeto de estudiar los medios de perfeccionamiento y unificación de la secular institución y preparar su adecuación a la vida de los tiempos nuevos, derramando su luz en disposiciones legales, ése es el verdadero mérito de la Unión Internacional del Notariado Latino, de la doctrina de los congresos y de los notarialistas.

El notariado latino ostenta el rango actual de organización corporativa y jerarquización profesional gracias a la acción permanente de los organismos notariales.

Escasa ha sido, al menos en la Argentina, la preocupación de los poderes públicos para dotar a la institución notarial del grado de adelanto en que se halla colocada, es decir, sin desmedro de otros notariados, a la par de los mejores organizados y jerarquizados del mundo latino.

José A. Negri, al pronunciar el discurso de clausura del I Congreso Internacional, decía: ". El notariado no debe esperar nunca, como llovido del cielo, los elementos legislativos o reglamentarios que hayan de darle prestigio y jerarquización. La obra del notariado es y debe ser exclusivamente de los propios notarios. Nadie se ocupará de nuestra organización mientras no pongamos al servicio de ese ideal todos nuestros esfuerzos y entusiasmos. Si lo hacemos, esta organización ha de llevar al notariado latino al alto destino que le está deparado por su significación social y por su representación histórica".

Después de la sanción de nuestra ley de fondo, del Código Civil y, con posterioridad, de las leyes de organización de los tribunales para el distrito de la Capital Federal y las provincias que lo complementan, se produce el movimiento de estudiosos, digámoslo en términos precisos, notarialistas, que van penetrando en el estudio del derecho y separando nuestra especialidad para darle su extensión y sus límites, y así afloran los trabajos doctrinarios que van completando el estudio y la interpretación del derecho y sugiriendo normas para el futuro.

Recientemente y en el orden internacional ha ocurrido exactamente lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mismo.

No queremos darle a la doctrina notarial más valor que el que realmente tiene y hemos expuesto en este trabajo, pero entendemos que la doctrina de los congresos internacionales, por la fuerza de convicción que de ella emana, por su condensación de legislación comparada, por su unidad de concepto y por la repercusión internacional de sus resoluciones y declaraciones, constituye manantial de legislación.

El índice objetivo del clima propicio en que se desarrollan las elaboraciones doctrinarias está dado por el contenido de los trabajos presentados a los congresos internacionales.

A través de las resoluciones de los congresos se exterioriza un notariado de tipo latino uniforme e ideal, al que deben tender los notariados adheridos.

Todo ese conjunto de disposiciones constituye la doctrina de los congresos internacionales que, en una u otra forma, primero por la influencia de los autores, después por la universalidad de los principios estructurales proclamados por los congresos, han ido concretándose en las legislaciones positivas en materia notarial, que rigen en cada país integrante - de la Unión.

Como ejemplo tenemos la magnífica formación científica del notariado argentino, cuyas leyes orgánicas notariales, sancionadas para el distrito de la capital y para casi todo el resto de la República, se han apoyado y organizado sobre las bases del notariado de tipo latino.

Y como corolario de todo ello está el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, encomendado por el Consejo Federal del Notariado al Instituto Argentino de Cultura Notarial, cuyos redactores, inspirados en la doctrina sustentada por los congresos internacionales, por la declaración de las jornadas notariales y por las sucesivas declaraciones de nuestro notariado en asambleas y reuniones (todo ello doctrina notarial) y respaldos por la legislación positiva argentina y la experiencia jurídica y específicamente notarial de nuestro país elaboraron una obra magnífica, que es espejo del alto nivel cultural, profesional y jurídico del notariado de nuestra patria.

El propósito de la doctrina de los congresos internacionales es la adopción por las legislaciones de los países participantes de los principios de carácter universal establecidos en esos congresos, al mismo tiempo, el logro de la paulatina unificación de los caracteres esenciales del notariado latino.

Creemos firmemente que el legislador del derecho notarial tendrá muy en cuenta, al reformar el derecho positivo actual, los principios estructurales contenidos en las resoluciones de los congresos internacionales y la doctrina de los notarialistas, y en la misma forma pensamos que el magistrado recogerá en su sentencia la aspiración notarial de discriminar debidamente la repercusión de la responsabilidad, atenuando la penal en la medida en que sea admisible, para no resentir la esencia de la fe de conocimiento como privilegio y como deber de la institución notarial, llegando a adoptar fórmulas que ayuden a centrar los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conceptos de dolo y negligencia para darles un sentido notarial específico a diferencia de las corrientes doctrinal y jurisprudencial que las encaran con criterio civilista o penal, sin haber alcanzado una uniformidad que dé al notario un concepto cabal de tales responsabilidades.

Con referencia a este problema interpretativo y bajo el mismo punto de vista, es interesante destacar la opinión de la doctrina notarial, de la que la calificación de responsabilidad, en definitiva, sea puesta en manos de un "judex" notarial, como instrumento procesal técnico que se hallaría en mejores condiciones de apreciar, frente a casos particulares, la falsedad deliberada de la negligencia o de la culpa.

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD COMO FACTOR INTEGRANTE

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La justificación de la identidad de las partes, en el caso de no ser conocidos por el escribano, es obligatoria. Es igualmente obligatorio hacerlo por medio de testigos de conocimiento, único procedimiento que la ley autoriza para tal fin.

En defecto de ella, a falta de justificación de la identidad por testigos de conocimiento, el escribano no puede autorizar la escritura y si lo hace incurre en una doble responsabilidad: civil y criminal.

Civil, en todos los casos, por el importe de los perjuicios que su omisión haya causado (art. 1109); criminal, en el caso de probarse que el escribano había sido cómplice en el delito de sustitución de persona, fraude que la ley ha querido evitar con la formalidad que estudiamos.

Se desprende también de lo expuesto, es decir, aparte de la exigencia de ley, tendiente a evitar sustituciones, la responsabilidad de los escribanos, cuando esa afirmación resulta falsa.

En consecuencia, los escribanos son incuestionablemente responsables por la identidad de los otorgantes.

Ha dicho Planiol y Ripert(141)(715) "el Derecho descansa en la idea de que el hombre es responsable de sus actos y que, por consiguiente, el autor de un acto perjudicial no puede ampararse en una concepción fatalista o determinista del mundo a fin de librarse de las consecuencias de su actuación".

Esa idea de desligar al escribano de la responsabilidad exigiendo ciertos documentos identificatorios fue la que sostuvo el Dr. Lafaille(142)(716) en la Comisión Reformadora del Código Civil: "Le damos otras maneras más fáciles y cómodas al escribano para desligarse de esa responsabilidad que puede ser seria... que en algunos casos ha traído gravísimos inconvenientes y sustituciones de personas en actos traslativos de dominio, nada menos, por un procedimiento sencillo y fácil. Exigir la libreta de enrolamiento o la cédula de identidad y solamente en último término el testigo de conocimiento".

Mustápic(143)(717), al referirse al punto, agrega: "Es casualmente esa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad sobre la cual reposa la seguridad de otorgantes y terceros, la que justifica el sistema actual; es decir, que esa seguridad representa nada menos que un aspecto importante del orden jurídico, cuya estabilidad es deber del Estado mantener como condición esencial de su existencia, estableciendo normas al efecto, que aseguren ese beneficio colectivo.

Sobre esta materia, el II Congreso Internacional del Notariado(144)(718) resolvió:

- a) El notario solamente tendrá responsabilidad penal cuando cometiere falsedad deliberada (dolo).
- b) Tendrá responsabilidad civil, por dolo, culpa o negligencia.
- c) La diligencia que ha de prestar el notario es la normalmente exigible a un funcionario escrupuloso.

Para González(145)(719) "la fe de conocimiento sin responsabilidad en la persona que la da, no es tal, porque nadie cree cuando el que afirma no responde por lo que sostiene".

La Segunda Convención Notarial Sudamericana de países del Atlántico y Mediterráneo, en cuanto a esta materia, estableció: "Las responsabilidades emergentes del hecho de dar fe pública deben ser las que determine la legislación de cada país".

Los juristas están en dos tendencias distintas sobre el tema: unos ven en la fe de conocimiento el vital elemento que venimos explicando, y como lógica consecuencia, responsabilizan al dador de esa fe por los errores que se cometen.

Otros, los menos por cierto, no la admiten o más bien la admitirían de buen grado de encontrarse solución a la responsabilidad que recae sobre el notario que autorizó.

Por un lado, fe de conocimiento y responsabilidad. Por otro, exclusión de la fe de conocimiento o reglamentación rigurosamente tasada, para que, cumpliendo con ella, el escribano se exima de tal responsabilidad.

Diez Pastor(146)(720) remonta también este problema a la Edad Media, en donde la responsabilidad del notario se definió de modo sencillo y claro y con profundo respeto de las normas eternas de justicia. Si el notario no conoce a las partes. En lo penal responderá el notario de la suplantación, cuando ha habido dolo; pero si fue la parte quien maliciosamente mudó su nombre, a ella se impondría la pena por falsedad que no alcanzaría al notario. Del mismo modo, la responsabilidad civil del notario tampoco brota de la mera falsedad del conocimiento, sino de la culpa, si la hubo, del notario, de su falta de diligencia al cumplir la obligación de conocer a quien, en razón de su oficio, tiene la obligación de hacerlo.

Analizando los comentarios, la doctrina y la jurisprudencia han de encontrarse numerosos casos de error o falsedad en la identidad de los otorgantes. La fe de conocimiento se ha convertido así en un grave escollo para la actuación notarial y los riesgos que ella crea hace nacer la preocupación, ya generalizada, de atenuar el rigor mismo de la ley o por lo menos disminuir la responsabilidad de los funcionarios en los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

casos de error o confusión siempre posible.

Reducir la responsabilidad del notario - dice Negri(147)(721) -, por defecto relativo, por la identidad de los otorgantes, es favorecer la desidia.

Este de la responsabilidad, es un tema candente.

La fe del conocimiento está incluida en la autenticidad, que es esencia del documento notarial. Es un deber del notario.

Debe atenuarse la responsabilidad penal del notario para no resentir la esencia de la fe de conocimiento como privilegio y como deber de la institución notarial, llegando a adoptar fórmulas que ayuden a centrar los conceptos de dolo y negligencia para darles un sentido notarial específico a diferencia de las corrientes doctrinal y jurisprudencial que las encaran con criterio civilista o penal, sin haber alcanzado una uniformidad que dé al notario un concepto cabal de tales responsabilidades.

Sostiene Mustápic(148)(722), al criticar la opinión de Antonio de Monasterio, opositor al precepto que estudiamos, que "sin la fe de conocimiento del escribano o de testigos, el concepto de responsabilidad queda herido de muerte y es precisamente este concepto de responsabilidad el que implica uno de los principios fundamentales de derecho: la seguridad jurídica".

Es casualmente esa responsabilidad, sobre la cual reposa la seguridad de otorgantes y terceros, la que justifica el sistema actual, es decir, que esa seguridad representa nada menos que un aspecto importante del orden jurídico, cuya estabilidad es deber del Estado mantener como condición esencial de su existencia, estableciendo normas al efecto que aseguren ese beneficio colectivo. De donde se sigue que al desligarse al escribano de la responsabilidad civil y penal, en su caso, que aquél abandona no hay, pues, para el interés social compensación justificable. Y al hacer referencia a la responsabilidad notarial en la fe de conocimiento, sostiene el autor que en materia de conocimiento de las partes la responsabilidad notarial se impone; si así no fuera, toda la arquitectura legal en la contratación no tendría una base de seguridad y firmeza.

El escribano no puede ni debe desligarse de esa responsabilidad.

"Idea cimental del derecho, dice Aguiar(149)(723), es la responsabilidad, sin ésta no se concibe aquél en su plenitud".

2. - RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Llegamos ahora - al decir de Negri(150)(724) - al punto neurálgico de la cuestión; al aspecto candente y desagradable de este tema, a la causa real y verdadera de todo el debate planteado alrededor de la fe de conocimiento, la responsabilidad del notario por falsa o errónea identidad del otorgante.

Debemos dejar aclarado que al tratar el problema de la responsabilidad en que puede incurrir el escribano dejaremos de lado establecer cuál es la esencia jurídica de su función. En nuestra opinión el escribano es un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

profesional de derecho investido de una función pública, como surge de la declaración aprobada por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948, y este concepto ha sido aceptado por varias leyes notariales.

Hecha esta salvedad, henos aquí por último ante el nudo gordiano de la fe de conocimiento.

Von Tuhr(151)(725) define la responsabilidad como la situación jurídica del patrimonio sujeto a la acción ejecutiva del acreedor y agrega, "el crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio".

Dentro del sinnúmero de hechos que acaecen constantemente en el mundo externo, hay algunos que tienen la propiedad de producir efectos jurídicos. A éstos se les llama hechos jurídicos (art. 896, C. C.).

Estos hechos pueden ser: naturaleza; es decir, los que ocurren sin intervención del hombre, y humanos los realizados por el hombre y que producen efectos jurídicos.

Pueden clasificarse en hechos positivos y negativos; los primeros importan una transformación efectiva de ciertas circunstancias de hecho, los segundos implican una abstención.

Los hechos jurídicos humanos pueden ser voluntarios e involuntarios, es decir, que reúnan o no las condiciones internas de discernimiento, intención y libertad.

Finalmente pueden ser lícitos e ilícitos, según sean conforme o no a la ley. A su vez los hechos ilícitos se clasifican en delitos y cuasi - delitos.

Los hechos ilícitos importan siempre una violación de la ley. Para que haya un acto ilícito en materia civil, es necesario: 1º) que sea contrario a la ley; 2º) que exista un daño a terceros.

En efecto, dice Borda(152)(726): "mientras no haya un tercero damnificado por la acción ilícita, no interesa juzgar la licitud o ilicitud de una conducta humana. En cambio, en materia penal, la ilicitud existe aun cuando no haya perjuicios para nadie; tal es lo que ocurre con la tentativa de cometer un delito, la cual constituye un acto punible.

Hemos dicho que los hechos ilícitos comprenden dos grandes categorías: los delitos y los cuasi - delitos. Los primeros son aquellos hechos ilícitos realizados con intención de producir el resultado contrario a la ley.

En los cuasi - delitos, en cambio, no media intención sino culpa. La infracción a la ley no ha sido querida por el agente, sino que ha resultado de un acto, llevado a cabo sin haber tomado todas las diligencias necesarias para evitar el daño.

La función notarial - dice Larraud(153)(727) - está sujeta a un conjunto de disposiciones que constituyen todo un ordenamiento interno de la profesión, establecido en defensa de una correcta prestación de servicios. Bien se comprende que la omisión o infracción de los deberes impuestos por ese orden interno, debe aparejar - por necesidad de su mantenimiento - la correlativa sanción disciplinaria.

Por otra parte, a diario son confiados a la pericia, la discreción y la buena

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fe del escribano, cuantiosos intereses de los particulares; intereses que un consejo imprudente, una indiscreción suya, un acto malicioso pueden desbaratar. Lógico es que en esas y otras eventualidades similares, la ley descargue en el agente la obligación de reparar el daño que hubiere causado.

Para Jorge Peirano Facio - citado por Larraud - : "Hay responsabilidad cuando un sujeto debe responder por su conducta".

"La actividad del notario, que monopoliza una función en que, si bien la doctrina de recibo califica como pública, incide directa y constantemente en los derechos de los particulares, no puede quedar ajena a un adecuado y amplio sistema de responsabilidad".

Por último, si bien el escribano está sujeto como todo individuo al común régimen penal, también está sometido a normas punitivas que le son de particular aplicación por razón de la calidad profesional que inviste; y claro está, cuando quebrante una de estas normas, debe soportar la respectiva pena legalmente establecida.

Manifiesta Larraud(154)(728) "que la noción de responsabilidad supone la eventual inobservancia de la norma por parte del sujeto obligado. La violación de una regla de derecho acarrea, como consecuencia jurídica, una sanción; ésta es un acontecimiento desfavorable que recae por reacción del sistema, sobre el autor de la violación; hay responsabilidad cuando por consecuencia de haberse violado una regla de derecho, alguien resulta jurídicamente obligado a soportar la sanción respectiva. Dicho de otro modo cuando el sujeto debe corresponder a la infracción por cierta desfavorable conducta propia".

Sanahuja decía: "que la responsabilidad es la atribución de la consecuencia jurídica coactiva, producida por la inobservancia de la conducta debida(155)(729).

Las leyes de fondo, las especiales en materia fiscal y las orgánicas del notariado en nuestro país, atribuyen especialmente al notario cuatro tipos de responsabilidad: a) civil; b) penal; c) fiscal, y d) profesional, determinando al mismo tiempo las autoridades o tribunal especial competente para juzgar esta última.

La primera tiende a reparar el daño causado por el agente a los particulares; la segunda quiere prevenir desviaciones delictuosas del escribano y dar satisfacción a la sociedad ofendida por sus actuaciones ilícitas; la fiscal trata de asegurar la eficacia de la colaboración notarial en la percepción y fiscalización de ciertos atributos, y por último, la disciplinaria o profesional, tiene por objeto mantener el orden interno de la función, reprimiendo la falta a los deberes que ella impone.

"Se trata - dice Cestau(156)(730) - de acciones independientes, autónomas en su funcionamiento, con tramitación propia. Nada se opone, en principio, a que la actuación incorrecta de un escribano, ponga en movimiento los resortes de los cuatro sistemas precitados".

"No obstante lo expuesto, es preciso señalar, - dice Larraud(157)(731) -, que si bien las cuatro distintas especies de responsabilidad son autónomas y funcionan con independencia, el fuero disciplinario, por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

razón de los fines particulares que persigue - mantenimiento del orden interno del sistema notarial -, es sensible a las contingencias de los otros tres".

Hemos de entrar al estudio de las dos responsabilidades a que puede dar lugar la omisión del precepto que venimos estudiando.

Recordamos que el notario, al dar fe de la identidad de las partes, fuera del orden disciplinario, arrostra dos géneros de responsabilidades: la penal y la civil.

No hay duda que la primera es mucho más grave, pues considerada la fe pública como un bien jurídico de incalculable transcendencia, se protege con penas severas.

A) RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal del notario se produce cuando al dar fe de conocimiento de las partes comete un delito de falsedad.

Entre los elementos constitutivos de este delito, se incluye, en primer lugar, el dolo, exigencia que arranca del derecho romano.

La influencia ulterior del derecho canónico contribuye a acentuar el sentido ético de la punición, y en la legislación de Partidas y doctrina subsiguiente el delito de falsedad requiere, sin duda alguna, dolo (que el privilegio o carta falsa se haga por escribano a sabiendas, 1, 1º, t. 7, Partida 7º).

Así, la falsedad documental pasa a las legislaciones modernas como una infracción dolosa, y en muchas de ellas como un delito causal además.

En el derecho español, que puede citarse como antecedente en esta materia, la ley del 18 de diciembre de 1946, estableció de modo taxativo, que el notario al dar fe de conocimiento, incurrirá en responsabilidad únicamente cuando proceda con dolo. En nuestro criterio coincidente con la opinión de Díez Pastor(158)(732), ésta es la verdadera posición en cuanto a la responsabilidad penal del notario, porque aparte de que elimina a nuestro juicio toda duda acerca de la existencia de las falsedades pulposas, proclama, además, una posición de principio contra la opinión que había llegado a ver la pena casi como una consecuencia física de la suplantación de persona, aunque el notario no fuera en ella actor sino víctima, sin que pareciera necesaria la existencia de un motivo de reproche, ni siquiera moral contra él.

Interesa, al analizar este tipo de responsabilidad, cuándo está en juego lo que Figueredo(159)(733) llama su conducta de agente y protagonista del derecho notarial. Sea que hubiere delinquido comprometiendo directamente la fe pública, sea que haya infringido los deberes del cargo, abusando de su profesión.

Es de destacar que en esta materia, responsabilidad penal, en el anteproyecto de ley notarial nacional se prevén diferentes supuestos, que significan una legislación de avanzada y cuyas disposiciones se encuentran contenidas en los artículos 118 a 126 inclusive, cuyo texto reproducimos: "Art. 118. - Carece de valor probatorio, en todo o en parte,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el documento notarial falso o que esta ley sanciona con nulidad o anulabilidad por no haber llenado la forma prescripta. Art. 119. - Habrá falsedad material: 1) Si el documento no emana del notario a quien se le atribuye su autoría. 2) Si crea condiciones inexistentes respecto de la autenticidad externa. 3) Cuando se adultere en todo o en parte un documento notarial auténtico. Art. 120. - Será impugnabile por falsedad ideológica si el notario faltare a la verdad al narrar los hechos con fuerza probatoria ocurridos en su presencia o cumplidos por él y si las partes hicieren insertar declaraciones que, teniendo fuerza de probar, no fueren ciertas. Art. 121. - La falsedad sobre la autenticidad interna o contenido del documento notarial podrá referirse a las afirmaciones de las partes o del notario o a ambas, en juicio en que intervenga cada interesado y por vía de acción. Art. 122. - La falsedad atribuida a las partes no afecta al notario ni al documento de que es autor sino a su contenido y efectos, y en su caso, será juzgada por vía de simulación o fraude. Art. 123. - Cuando se arguyese de falsedad una copia, bastará su cotejo con el original, diligencia que el juez podrá ordenar de oficio. Art. 124. - En los juicios de ciencia propia emitidos por el notario la veracidad resultará de la convicción racional que adquiriera por los medios legales o, en defecto de ellos, por los que estime adecuados, actuando con prudencia y cautela. Art. 125. - Iniciada la acción sólo podrá decretarse la suspensión provisoria de los efectos probantes del documento notarial o del cumplimiento del acto a que se refiere, si aparecen indicios evidentes de la existencia de la falsedad y justificada la necesidad de evitar graves perjuicios. Art. 126. - El notario y los testigos que hubieren intervenido en un documento autorizado por aquél no podrán contradecir, variar ni alterar su contenido, salvo que alegasen haber actuado por dolo o violencia".

El doctor Soler, en su conocido tratado de derecho penal(160)(734), recuerda que las falsedades atentan contra la fe pública en general en la medida en que la alteración se ejecute "sobre cosas u objetos cuya seguridad, importante para toda la sociedad, está garantizada con formas y reglas destinadas a satisfacer la confianza pública". Distingue dos maneras fundamentales de falsedad en el documento: a) falsificar los signos de autenticidad, imitándolos, destruyéndolos, usurpándolos (falsificación); b) meter la falsedad dentro de las formas auténticas (falsedad). A ella debe sumarse la denominada falsedad ideológica, prevista en el artículo 293 del Código Penal: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio"

Las sanciones por delitos penales tienen en el caso del escribano un doble alcance: además de las que determinan las normas de la materia y que abarcan: privación de la libertad; resarcimiento del daño o multas, se agregan las que inhabilitan transitoria o definitivamente para el ejercicio de la profesión, que se encuentran contenidas en casi todas las leyes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notariales que rigen en la República.

La ley 12 990 que rige para el notariado de la Capital Federal, en su artículo 49, prohíbe e ejercicio de las funciones notariales a los en causados por cualquier delito desde que se hubiere decretado la prisión preventiva y mientras ésta dure, y a los condenados dentro o fuera del país por delitos que den lugar a la acción pública o por contravención a las leyes nacionales de carácter penal.

En igual sentido las siguientes leyes notariales: Bs. As., art. 6º; Córdoba, art. 3º; Corrientes, art. 4º; Chaco, art. 5º; Chubut, art. 4º; Entre Ríos, art. 47; Formosa, art. 3º; Jujuy, art. 224; La Pampa, art. 31; La Rioja, art. 4º; Mendoza, art. 5º; Misiones, art. 3º; Neuquén, art. 3º; Río Negro, art. 3º; Salta, art. 19; San Juan, art. 285; San Luis, art. 4º; Santa Cruz, art. 2º; Santa Fe, art. 4º; y Tucumán, art. 18.

En nuestra opinión, para medir la responsabilidad del notario, debe existir dolo en la falsedad, pues la suplantación maliciosa de la identidad del otorgante es el máximo ultraje que puede inferirse a la fe pública.

El concepto de dolo, que la generalidad de las legislaciones deja librado a la peligrosa interpretación y se equipara a la intención maliciosa, requiere por tanto, al decir de Diez Pastor(161)(735), "el conocimiento de los hechos incluidos en la figura delictiva, en nuestro caso, pues, la conciencia de que se ha alterado la verdad".

Entendemos que el hecho, para que exista dolo, ha de conocer el notario que la persona que comparece en el documento y de cuya identidad da fe, no es quien se expresa en el documento.

Concretando nuestro pensamiento el notario está sujeto a la responsabilidad criminal cuando al dar fe de conocimiento, cometiere falsedad deliberada, asegurando la identidad del otorgante a sabiendas de que no es la persona que expresa en el documento con intención de crear una prueba falsa.

B) RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil - dice Larraud(162)(736) - "supone una conducta violatoria de intereses privados y acarrea la obligación de reparar el daño causado a un sujeto de derecho".

Nuestro Código Civil, al referirse a las "obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos", dice en el artículo 1112: "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir si no de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas son comprendidas en las disposiciones de este título".

Tanto nuestra legislación, como la francesa, la suiza, la noruega, la española, la alemana, la uruguaya y otras tantas exceptuando la de una Unión Soviética, contienen dos especies de normas: las de derecho común contenidas en el Código Civil, que han permanecido apegadas al principio de la culpa como base de la responsabilidad civil. En el derecho común, en el Código Civil, la culpa sigue siendo el único fundamento de la responsabilidad civil. Pero si las normas de derecho común han

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dejado de lado la doctrina del riesgo, no sucede lo mismo con las leyes especiales destinadas a regir la responsabilidad en ámbitos limitados, que constituyen el segundo grupo.

La responsabilidad civil del notario tiene por fundamento únicamente la culpa regida por las normas de derecho común, esto es: regidas por el Código Civil.

"El ejercicio de la actividad notarial - dice Prunell(163)(737) - presupone en quien la ejerce la posesión de un tecnicismo especial y conocimientos múltiples que la diferencian o diferencian al escribano del ciudadano común, del ciudadano no especializado. Y, puesto que el ejercicio del notariado es de interés no sólo para el profesional sino para la sociedad entera, es bien natural que la sociedad busque garantizarse con leyes que prohíban a cualquier persona ejercer la profesión si no demuestra de un modo formal el tecnicismo y los conocimientos indispensables para que ofrezca ciertas seguridades. Pero a pesar de esto, a pesar de las garantías que se toma la sociedad, el título profesional de jurista especializado en notariado, no ofrece en la realidad de las cosas, una absoluta garantía de aptitud y competencia, porque el título profesional no da una especie de "navicert", de aptitud de competencia, que pudiera justificar la absolución de toda responsabilidad por daños causados a terceros sin que medie intención de dañar".

La pregunta que se formulan los autores es cómo debe estar medida y valorada la culpa del escribano

El autor uruguayo antes citado, que se ha especializado en el estudio de la responsabilidad civil del escribano, traduce en tres diferentes conceptos de valoración la conducta del escribano:

a) Valoración severa de la conducta: Se remonta a los juristas romanos que vivían en una época, en la cual el Estado no se interesaba en dar ninguna garantía sobre la capacidad y competencia técnica de los profesionales; trataron de suplir su deficiente legislación estableciendo: que si se aparejaba daño con actos profesionales, sin tener la necesaria aptitud, el profesional quedaba obligado por la más ligera culpa, porque decían los romanos: la imperitia del que realiza un acto que requiere "peritia", es culpa por sí misma. Por eso los romanos consagraban la máxima "Imperitia culpae adnumeratur".

Eso equivalía prácticamente a admitir la responsabilidad sin culpa.

b) Valoración benigna de la conducta. Autores como Josserand, Sourdat y otros, entienden que sólo la culpa grave puede obligar la responsabilidad profesional.

Sólo una culpa grave y personal haría responsable al escribano, según esta teoría.

c) Valoración legal de la conducta: la culpa del escribano se aprecia como toda otra culpa: por los principios generales del derecho común, por la comparación de su conducta con la de un tipo abstracto, que sería la de un escribano de tipo normal, un escribano de diligencia corriente, avisado como lo expresan los hermanos Mazeaud, en sus lecciones de derecho civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En la opinión del autor citado el escribano no debe responder de la culpa levísima, sino que esa culpa debe valorarse en abstracto, es decir el escribano debe responder de la culpa "Levis in abstracto".

Volvemos a hacer referencia en esta materia a la Ley Orgánica española. En efecto, el artículo 23 reformado, después de afirmar que la responsabilidad criminal por la fe de conocimiento será exigida únicamente cuando el notario proceda con dolo, agrega: "pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria, con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados".

La responsabilidad civil admite tradicionalmente su división en dos categorías: contractual y extracontractual o aquiliana. La unidad genérica de ambas especies, es la obligación de reparar. La diferencia se presenta al considerar al notario ligado con las partes o clientes con un vínculo legal o contractual y según actúa en ejercicio de sus funciones o fuera de ellas.

En la responsabilidad contractual lo ilícito consiste en la violación de una relación obligatoria preexistente; mientras que en la responsabilidad aquiliana consiste en una violación de la norma general que prohíbe lesionar la esfera jurídica ajena.

Estima Spota(164)(738) que el estudio de este tema es sólo doctrinario, pues la responsabilidad existe, cualquiera sea el origen que se le atribuya. Lo que variará, según sea el criterio sustentado, será su extensión; y afirma: "el damnificado por el hecho u omisión de un escribano en el ejercicio de sus funciones, puede optar por solicitar al resarcimiento por incumplimiento del contrato o por aplicación de los principios de la responsabilidad contractual".

Ya hemos dicho que entre las disposiciones que conciernen a la responsabilidad del escribano, se encuentra la ya citada del artículo 1112 del Código Civil; otra será la situación cuando el escribano actúe en cuestiones ajenas a su condición de fedatario, constituyéndose en mandatario, depositario, etc., de sus clientes, en una actividad que no es la que le señala la ley al determinar sus funciones.

Podemos citar también la responsabilidad civil del notario contemplada respecto de distintos actos en particular, tales como la del decreto - ley 5965/63 que responsabiliza al escribano de los daños y perjuicios que resulten si el protesto se anulase por cualquier irregularidad u omisión.

Por los daños ocasionados como resultado de los vicios de forma de los actos que autoriza; art. 43 inc. c) de la ley 6191 orgánica del notariado de la provincia de Buenos Aires, que debe completarse con lo dispuesto por el art. 902, del Código Civil.

Por la omisión de comunicar la existencia de testamentos que haya autorizado o recibido como depositario conforme al art. 3671 del Código Civil.

Por la violación del secreto profesional, ley 12990, art. 11, inciso c) y ley 6191, art. 43, inc. b).

Por los hechos u omisiones de sus adscriptos, art. 23 de la ley 12990.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El concepto de la responsabilidad civil del escribano se remonta al Fuero Real, el que establecía que si algún daño resultaba a alguna de las partes por culpa del escribano, éste debía indemnizarlo. Por otra parte, la Recopilación Indiana de 1680 disponía que los escribanos reales facultados para autorizar escrituras públicas, antes de comenzar a ejercer en un lugar, debían obligarse ante el Cabildo a guardar y/o cumplir su oficio, bajo pena de ser privado de él, además de una multa en beneficio de la Cámara Real y pagar el daño e interés de las partes.

Si bien los textos citados no pueden ser considerados como fuente directa de nuestra actual legislación son un antecedente valioso en cuanto al concepto.

Por culpa debe entenderse la falta de un debido cuidado o diligencia; la culpa del notario se origina en un deber jurídico de diligencia, confrontando la conducta del imputado con la de un escribano normalmente diligente, o sea, con la del escribano "buen padre de familia"; esto es, dice Larraud(165)(739), "La diligencia que debía poner en juego un escribano típico, de prudencia normal y medianamente cuidadoso de sus obligaciones profesionales".

Debe dejarse aclarado para precisar el concepto de culpa, que cuando el incumplimiento proviene de causa extraña y ésta no le es imputable, el escribano en verdad no es culpable. Por ejemplo si fuera inducido a error en la apreciación de las circunstancias de hecho, como consecuencia de una información incompleta o insincera de un cliente, no podría ser responsabilizado.

La responsabilidad de los escribanos se refiere a los daños que a las partes les hubiera resultado del mal desempeño de sus funciones.

Por daños debe entenderse los perjuicios de hecho que la víctima hubiera sufrido, "son al decir de Larraud(166)(740) la pérdida, la disminución o menoscabo sufrida por un sujeto de derecho".

Considera Diez Pastor(167)(741) que "la responsabilidad civil del notario no es sino un caso particular en la doctrina de responsabilidad de los funcionarios. Y me atrevo a asegurar que si el notario se exigiese, sin culpa, sería un caso único en la legislación del mundo civilizado.

Arata(168)(742) sostiene que la responsabilidad civil por la fe de conocimiento, debe incidir siempre en el notario, pero compartida por el otorgante del negocio judicial que fuera perjudicado por la falsedad.

Para terminar con este tipo de responsabilidad civil, diremos: Que el notario está sujeto solamente a responsabilidad civil cuando teniendo culpa o negligencia de su parte comete error en la fe de conocimiento.

El inevitable principio de responsabilidad y sus consecuencias es lo que ha inducido a los impugnadores de la exigencia legal - fe de conocimiento - a pretender su supresión; eliminar el precepto significa suprimir la obligación de dar fe de conocimiento, y significa, por consiguiente, eximir de toda responsabilidad al notario por ese motivo.

El problema en sí estriba en delimitar el alcance de una y otra responsabilidad, al precisar los fundamentos de ellas, el de fijar sus límites dentro de los cuales debe ser estudiada la situación notarial,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando ha habido infracción.

La tesis de Negri(169)(743) consiste en que esto no es función de la ley; es la doctrina, y a través de ella la jurisprudencia la que debe establecer esa demarcación, puesto que la ley no puede entrar a juzgar la intención del infractor, ni graduar sus consecuencias. Esta tarea, agrega el citado autor, corresponde al juez, y es al juez a quien debe ilustrar la doctrina para que pueda comprender y apreciar con exactitud el problema en debate y extraer para el caso concreto los elementos básicos de su fallo. El ilustre notarialista busca la forma en que tales efectos pueden y deben ser atenuados para llegar a soluciones justas.

"En primer término, la responsabilidad criminal. No puede haber delito cuando no media intención dolosa. El descuido, el error, la negligencia, serán actitudes censurables, doblemente censurables tratándose de notarios, pero no constituyen delito". "Mientras que de las actuaciones sumariales no resulte claramente la participación - como coautor o como cómplice - del notario actuante, éste no tiene porqué ser llamado a los estrados judiciales como prevenido o sospechoso, sino como un simple testigo calificado del hecho".

Aquí es donde entiende el autor, cabe la revisión de la ley notarial: el "jury - notarial" que es el organismo de carácter profesional, quien debe calificar la actuación del notario y establecer el carácter de su responsabilidad y este pronunciamiento debe ser tenido muy en cuenta por la justicia criminal, antes del procesamiento del notario.

En cuanto a la responsabilidad civil dice Negri(170)(744): "Pero sea una u otra la teoría que la fundamenta, no cabe duda que la responsabilidad civil del notario no aparece como indiscutible, toda vez que por error o negligencia cause daño a un tercero".

Atenta la circunstancia de que este tipo de responsabilidad ocasiona un daño susceptible de apreciación pecuniaria, se pregunta Negri si un solo error en toda una vida de consagración profesional ha de bastar para llevar al notario a la ruina, y nos da la solución en la creación de cajas de seguros notariales.

"Estas cajas de seguro - agrega - deben ser consideradas de imprescindible necesidad en la vida del notariado y funcionar como una mutualidad de carácter eminentemente profesional. Los casos de responsabilidad civil no son tan frecuentes en el notariado como para no asegurar a esos organismos una vida próspera y segura. Lo difícil es no fomentar con ellas la desidia en el ejercicio profesional y las multas (que se aplicarían al responsable) serían, entonces, suficiente garantía".

Concluimos este capítulo, transcribiendo por su profundo contenido las palabras de un autor español: "Frente a todas las elucubraciones en torno a la responsabilidad del notario por la fe de conocimiento, yo pondría esta sencilla reflexión: cometeríamos un grave error si pretendiésemos fundar en un duro sistema represivo la pureza y dignidad del notariado, que se han mantenido a través de la historia y se acrecen cada día por estímulos infinitamente más nobles. Ninguna institución humana es perfecta y, aunque sean, por gracia de Dios, muy escasos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también en nuestro redil hay ovejas negras. Pero entiéndase que esas, precisamente por la dureza de su piel y su rusticidad, resisten bien las intemperies legislativas, que sólo agobian de verdad a los que tienen blanco el vellón".

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

El régimen de la escritura pública debe fundarse como hasta hoy sobre la fe de conocimiento de las personas, y en ese sentido no somos partidarios de modificar la legislación vigente, sustituyéndola por otro sistema de identidad.

No se nos escapan los graves riesgos que la fe de conocimiento importa para los escribanos y justo es reconocer la preocupación del notariado en tal sentido, al tratar de limitar la responsabilidad que ella crea al escribano, a sus justos términos.

Autores de prestigio han sostenido que la fe de conocimiento "es la pesadilla notarial, es una losa que frecuentemente nos agobia".

Pero también, y coincidimos con Negri(171)(745), quitarle al escribano la fe de conocimiento ¿no es quitarle acaso las dos terceras partes de su razón de ser?

El sistema actual contempla los intereses de la sociedad, aunque incida desgraciadamente sobre los escribanos, pero en derecho los intereses particulares por legítimos que sean, no pueden oponerse a los derechos superiores de la sociedad.

"¿Qué mayor valor legal puede ofrecer, sin ese requisito, una escritura pública que es un instrumento público? Si toda la organización notarial tiene sus fundamentos en la necesidad de autenticar los actos y contratos y hacerlos indubitables mientras no sean argüidos de falsedad, cómo es posible aceptar esa circunstancia, si al admitir dudas sobre la identidad del otorgante echamos por tierra todo el contenido de la escritura".

¿Con qué habría de suplirse la fe de conocimiento: con el sistema un tanto anodino de la cédula de identidad?; ¿con la creación de un registro de identidad? Y una vez admitidos esos procedimientos, ¿para qué la razón de dar fe del escribano, cuando las partes pueden ocurrir ante cualquier autoridad a dejar constancia de su voluntad?

Para Martínez Segovia(172)(746) "toda solución que busque desalojar la fe de conocimiento conseguirá sólo desvirtuar la función notarial, hacerla débil y vulnerable y acercarla al funcionarismo, del que debemos apartarnos día a día. Pretender sustituirla por el documento de identidad personal será vano, porque la tercera identidad, la que he llamado identidad jurídica, no se obtiene sino por juicio propio del notario".

No. Entendemos que la fe de conocimiento debe subsistir y la grave responsabilidad que acarrea al notariado no puede ser llevada más allá de sus límites normales.

"Lo conozco - dice Negri(173)(747) - porque lo tengo por tal, en virtud de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tales y cuales antecedentes, de la presentación que de él me hizo determinada persona de reconocida honorabilidad, por la exhibición de tales documentos, por la afirmación escrita de tal o cual profesional".

Consideramos que no puede ser más extensa la responsabilidad del notario a ese respecto, y la jurisprudencia, llegado el caso a su conocimiento, debe reducirlo a una cuestión de hecho, en que debe apreciarse sobre todas las cosas, la buena fe del notario y los recursos adoptados para asegurarse la identidad del compareciente.

En nuestra opinión, más que suplantar la fe de conocimiento por cualquier otro medio para evitar los graves riesgos que ella nos crea, debe buscarse de reducir en la jurisprudencia la responsabilidad de los notarios a sus justos términos. Como conclusión diremos que la fe de conocimiento es integrante vital del acto instrumental, da plena eficacia a las relaciones jurídicas. Hace a la autenticidad del instrumento y es función y deber del escribano autorizante. Este utilizará todos los medios a su alcance para formar el juicio de calificación sobre la identidad de los otorgantes.

Se valdrá de los testigos de conocimiento, sin que la ley se lo imponga, como uno de los tantos medios para llegar a esa certeza.

Y dadas las circunstancias de que debe responder por esa calificación debe dejarse a su prudente arbitrio la elección de otros medios supletorios cuando no conozca personalmente a las partes.

Coincidentes con González(174)(748), entendemos que la fe de conocimiento es uno de los atributos consubstanciales de la escritura pública y la certeza que surge de la dación de esa fe, es seguridad, verdad, confianza, tranquilidad.

El sistema de la fe de conocimiento por el notario, viene desde largo tiempo prevaleciendo en las leyes sobre la materia. El precepto es de tan útil aplicación, de tan profunda trascendencia, que en una u otra forma, ese requisito de conocimiento por parte del notario y la consignación de su existencia en el instrumento, debe continuar siendo en toda buena legislación notarial, condiciones - sine qua non - para la posibilidad de la autorización y para la validez de la escritura.

Examinado a la luz del derecho constituyente, el sistema prevaleciente nos parece el más lógico, el más filosófico y finalmente el más propio.

El sistema de la acreditación de la identidad de los otorgantes por el testimonio del conocimiento de los mismos que da el notario, aporta seguridad a la prueba auténtica preconstituida

Reiteramos nuestro concepto que se inclina por el sistema de ciencia propia, por parte del notario, en el conocimiento de los contratantes y la libertad del mismo, en la elección de los medios que suplirán el conocimiento directo, sin estar constreñido a un molde legal, más que los que le marcan su buena fe y su prudencia profesional.

Igualmente, no obstante que nuestra legislación de fondo en el artículo 1004 se aleja de la legislación española, y entre las causas de nulidades de las escrituras no figura la que consiste en la omisión del precepto que hemos analizado, conceptuamos que por tratarse de una formalidad que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hace plena fe, en cuanto a la identidad de las personas, correspondería ser elevado a requisito de esencia de la escritura pública.

Esa fe de conocimiento debe constar en el acto; sin embargo, repetimos, esa omisión no es sancionada con la invalidez jurídica.

Reiterando los conceptos vertidos con anterioridad, somos partidarios de la nulidad de la escritura que no contenga la atestación del notario de conocer a las partes y en su caso a los testigos de conocimiento.

En cuanto a la responsabilidad del escribano, como ya lo hemos expuesto en capítulos anteriores, estará sujeta a la responsabilidad criminal, cuando cometiere falsedad deliberada, y a la responsabilidad civil cuando mediare culpa o negligencia de su parte.