

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO; DEL DERECHO EN GENERAL AL DERECHO NOTARIAL (*) (68)

ARGENTINO I. NERI

SUMARIO

1. Del derecho en general. 2. Del derecho administrativo. 3. Del derecho procesal. 4. Del derecho notarial. A) Teorizantes. 1. En el ámbito español. 2. En el ámbito italiano. 3. En el ámbito argentino. B) Principios.

Dejando de lado el estudio previo de la fase externa e interna del Derecho, que tratan, respectivamente: a) de la "fuente política" de las reglas, normas y preceptos jurídicos; y b) del nacimiento, evolución y transformación de las instituciones que atañen o se ajustan al Derecho, e incluso soslayando toda la fase técnico - metodológica que abraza la confección programática de un tratado, tan siquiera sumaria, como es: concepto general del Derecho, elementos que lo integran, ciencia y arte del Derecho, su relación con otras ciencias, el Derecho y la moral, la división del Derecho, etcétera; pues teorizar toda esta temática demandaría mucha extensión (1)(69), aquí presento un trabajo unilateral de mediano desarrollo - y a nivel de ensayo - que, sin dejar de guardar interconexión con el mismo "Derecho en general", pues es su punto de partida, trata, mediante precisos estudios de autores de nota, de llegar a un objetivo: consideraciones en torno al Derecho Notarial.

1. DEL DERECHO EN GENERAL

Tras destacar la importancia que reviste la clasificación de las fuentes formales del Derecho y de señalar, en un primer intento, que la clasificación corresponde apoyarla en la propia división tripartita de los poderes clásicos del Estado; y que el "Derecho" y la "ley", en el sentido de ley general, terminan por confundirse, Carnelutti (2)(70) recalcó la necesidad de hacer un distingo entre "formación y aplicación" del Derecho, por cuanto hacer y aplicar la ley han venido apareciendo "como dos cosas no tanto distintas cuanto contrarias". Precisamente por este equívoco Carnelutti advirtió que "la división de las fuentes jurídicas formales en: legislación, jurisdicción y ejecución ya no responde... a la forma y fase moderna de nuestros conocimientos e ideas en torno al Derecho". Sin embargo, después de estas apuntaciones y de haber logrado hacer resaltar, en virtud de razonamientos científicos políticos, que "lo fundamental para la clasificación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de las fuentes" no radica en la diferencia entre "legislación y ejecución" sino entre "heteronomía" (3)(71) y "autonomía", Carnelutti terminó por colocarse en el "justo medio" de precisión de los hechos, vale decir, prescindió de las condiciones "del exceso y del defecto", y sobre el particular manifestó que "se puede hablar de legislación o de función legislativa" para indicar la producción del Derecho en régimen de soberanía, a condición de recordar que la legislación no agota en sí misma la producción del Derecho; se puede dar el nombre de jurisdicción, o función judicial, a la producción del Derecho en virtud de la soberanía vinculada, pero con la condición de darse cuenta de que también ésta es una verdadera producción del Derecho: se puede, en fin, denominar administración, o función administrativa, a la producción autónoma del Derecho, pero en tal caso no debe ocultársenos que, al administrar sus propios intereses, las partes producen Derecho". Estas dos valoraciones: "heteronomía" y "autonomía" (4)(72), que los juristas y filósofos del Derecho vienen usando desde hace tiempo, son un trueque de los vocablos "legislación" y "ejecución". Transmiten una fisonomía, y, como valores terminativos, permiten, a su vez, captar, dentro de la ordenación del Derecho, estos otros dos valores: la "estática" y la "dinámica" jurídica; la primera, por fuerza de las normas preestablecidas por el legislador, de carácter imperativo, y la segunda, por virtud del ejercicio del Derecho; valoraciones, por cierto, fundamentales: medio y fin recíprocos que tienen vivencia en los planos posicionales de dos funcionarios del Estado: el del "juez", fedante de actos concretamente reparadores o calificativos del Derecho, y el del "notario", autenticante de actos específicamente reguladores del Derecho. En fin, dos valoraciones de orden "terminativo", que obligan a orientarse hacia estudios realizados con anterioridad por diversos tratadistas de mucho fuste científico (5)(73), sobre la base de la "teoría de los imperativos" y de las refutaciones de que fueron objeto.

Por supuesto, los imperativos jurídicos revisten el carácter de obligatoriedad. Dominado por esta idea, Kant dedujo su teoría filosófica del "racionalismo" (6)(74), vale decir, adoctrinó que frente al Derecho la razón humana es omnipotente e independiente. De ahí que haya podido decir que la razón es, apriorísticamente, superior a la experiencia. Y de ahí, entonces, que, ante el carácter obligatorio de la ley moral, el imperativo categórico haya pasado a ser el postulado supremo de la ética kantiana, de valor incondicional y absoluto, en contraposición al imperativo hipotético, que es condicional (7)(75). Además de todo lo que aquí paso a señalar:

1. Fuera del imperio de la buena fe y de la invocación a Dios, como ley natural, y de la ley del Talión, que castigaba con pena igual al delito cometido y cuyos orígenes se remontan al mosaísmo.
2. Fuera de lo externo de la vida jurídica de los israelitas, cuya buena fe radicaba en la unidad de Dios y en los "diez" mandamientos promulgados en el monte Sinaí.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. Fuera, asimismo, del fuerte espíritu jurídico de que estuvieron imbuidos los griegos a través de: a) Pitágoras: el "Derecho" y la "justicia" son ideales que giran en torno del principio universal de la armonía, que todo lo rige y todo lo gobierna; b) Sócrates: merced al gnothi seauton, o sea el nosce te ipsum romano, el conócete a ti mismo, el hombre, guiado por el Creador, realiza sus actos rectamente en virtud del bien a que lo impele su inteligencia; c) Platón: la idea del bien es expresión de tres virtudes primordiales identificadas con el bien supremo: lo verdadero, lo bello y lo justo; d) Aristóteles: "la justicia es una necesidad social porque el Derecho es la regla de la vida para la asociación política, y la decisión de lo justo es lo que constituye el Derecho" (8)(76).

4. Fuera, también, del primer estatuto civil de los romanos - la Ley de las Doce Tablas - hasta el jurismo que perfila el Código de Justiniano, y acusó diferencias de concepción respecto de las ideas de Platón y Aristóteles.

5. Fuera, igualmente de la lucha de los humanistas (9)(77) para lograr un verdadero Derecho adecuado a la época.

6. Fuera, por último, de la teoría de Hobbes (10)(78), como oponente de Grocio; del fundamento de la "constitución", de Locke (11)(79) y Montesquieu; del "panteísmo" de inmanencia, de Spinoza (12)(80); de los expresivos de la razón pura, o doctrina formalista: a) el dualismo de Kant, Derecho y virtud, con su predicado la metafísica es la ciencia de los límites de la razón humana; b) la contradicción y la razón suficiente de Leibniz; c) la tesis de Wolff, como conciliador del racionalismo con el empirismo (13)(81); d) del filosofismo de Hegel (14)(82), que es una consecuencia de las doctrinas de Kant, Fichte y Schelling, y que ha dado lugar a esta tesis: el espíritu es la verdad de la naturaleza; de ahí la frase "el Derecho es una expresión del espíritu"; e) del liberalismo filosófico de Ihering (15)(83) y de Stammler; f) del ocaso de la filosofía: teoría relativa de Radbruch y Jellinek; teoría pura de Kelsen; teoría de los escépticos y teoría de los formalistas (16)(84), se puede aditar lo siguiente (17)(85):

Es innegable que sobre el concepto del Derecho se ha escrito mucho: Kant, Stammler y Del Vecchio, entre otros, han aportado su riquísimo saber (18)(86).

a) Atento a Kant: en la búsqueda que venían haciendo los juristas para hallar una definición relativa al concepto del Derecho, este filósofo, basado en la ley universal de libertad, dio el siguiente concepto: "es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás"; o lo que es igual, el Derecho es la coexistencia de distintas voluntades. Ensayando una definición, diría: es un complejo de distintos pareceres respecto de acciones que hacen al deseo o interés de la comunidad social.

b) Según Stammler: el Derecho "es el querer entrelazante, autárquico e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inviolable", cuyo pensamiento puede traducirse así: un querer de fines, propósitos, determinado por el razonamiento, y susceptibles de acaecer en la vida social; por esto es entrelazante, vinculativo, y, por esto, mismamente, el Derecho se diferencia de la moral, pues ésta es el "querer" referido a la vida interior del individuo.

c) Conforme a Del Vecchio: el Derecho es "la coordinación de la libertad bajo forma imperativa". De esta breve definición de Ramírez Gronda (19)(87) sacó estas conclusiones: no sólo connota un deslinde entre el Derecho y la moral, sino que, como aspiración de todo Derecho, encarna la coerción, o sea la coercibilidad, y el valor positivo de la justicia. Entre nosotros, y bajo el planteo que ofrecen los Derechos "objetivo" y "subjetivo", como facultad y norma que no son oponentes, Cossio (20)(88) ha dicho que: no ha de creerse que se trata de comprender "dos nociones" que se definen por oposición: 1. Objetivo, como sinónimo de norma jurídica, esto es, de lo preceptuado en un ordenamiento, o Código, como forma válida de conducta (21)(89); y no está de más agregar: que los individuos deben emplear; y 2. Subjetivo, dicho sea restrictivamente, como sinónimo de "facultad jurídica" válida para interponerla frente a la conducta ajena. Y no hay oposición entre estos dos conceptos "objetivo - subjetivo", puesto que la "facultad" debe seguir a la "norma".

d) De acuerdo con Radbruch (22)(90), "el problema del concepto del Derecho pertenece más que a la filosofía del Derecho a la ciencia del mismo"; puede decirse que "es un concepto cultural, o, lo que es lo mismo, un concepto de una realidad referida a valores". Sobre este aspecto, distinción del "concepto e idea del Derecho", Treves (23)(91) ha dicho que Radbruch no le atribuye el sentido y la importancia que le han dado algunos neokantianos, como, por ejemplo, Stammler y Del Vecchio, y que especialmente, se aleja de las concepciones de estos autores porque Radbruch no ha entendido el problema del concepto del Derecho como "un problema autónomo e individualizado". Para Radbruch - agrega Teves - el concepto puro del Derecho no puede ser estudiado independientemente, sino sólo juntamente con la idea del Derecho, puesto que se trata de "un concepto cultural, o, lo que es lo mismo, de un concepto de una realidad referida a valores"; y se define, concretamente, como "la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la vida del Derecho". Por lo demás, cabe destacar que Radbruch(24)(92), tras la afirmativa de que el objeto del Derecho no puede ser otro que la justicia, excogita, a través de la relación entre el Derecho y la moral, cuatro significaciones: 1. Como sustrato se observa que el contraste "exterioridad - interioridad", que ofrece el Derecho por fuerza de la voluntad humana de actividad de deseos, cabe captarlo así: en tanto la "conducta externa" es susceptible de valoración moral, la "conducta interna" es susceptible de valoración jurídica (25)(93). 2. El que crea la relación jurídica asume un "deber" y una "obligación"; un deber jurídico, diríase, frente al pretensor o acreedor, pero, a la vez, un deber moral; y recíprocamente, el deudor también se impone deberes. "En el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dominio del Derecho puede hablarse de deber y obligación; en cambio, el deber moral no significa obligación, deber ante un acreedor, sino deber pura y simplemente". 3. El contraste externo - interno, del que se hizo referencia en la primera significación, se revela también por efecto de la diversidad de los "modos" a que puede uno obligarse. La moral es un sentimiento, y se cumple en virtud de la moral misma. El Derecho, en cambio, impone la conducta en razón del precepto que la regula. En suma: aquella, la moral, es un factor de conciencia; este otro, el Derecho, un asunto de legalidad. Dicho de otro modo: la "moral" es un deber hacia el bien, concepto estrictamente filosófico; el "Derecho" es una norma imperativa, éticamente jurídica. "La norma, como fin, no se satisface sino cuando ha sido cumplida ella misma; el imperativo, como simple medio para un fin, termina cuando su fin se cumple". Por eso mismo "la norma exige moralidad, el imperativo legalidad". Sin embargo, la legalidad no es "un modo de obligar, ya que la esencia de un imperativo no reside en obligar sino en determinar, no en valer sino en actuar". 4. El planteo de lo externo del Derecho y lo interno de la moral, o lo que es igual: la exterioridad de uno y la interioridad del otro, ha inducido a los juristas a meditar si ambos valores son en verdad contrarios disyuntivamente. Si bien es cierto que uno y otro mantienen diferencias, no se puede aceptar que el Derecho y la moral sean escindibles, pues el ordenamiento jurídico determina que los hombres se hallan sometidos al derecho. Los razonamientos filosóficos que en torno de esto señala Radbruch son bien ponderables: hay posibilidad de "conflicto" entre el derecho y la moral, y, por tanto, "en el contenido de sus exigencias coinciden sólo en parte y casualmente. La relación entre ambos dominios de normas reside, más bien, en el hecho de que la moral es por un lado «fin» del Derecho, y por otro «fundamento» de su validez obligatoria" (26)(94). Cuanto más lo son al solo efecto de adjudicar: 1. Al Derecho, la heteronomía, "porque parece que llega a sus sentidos como una voluntad extraña que obliga desde fuera"; y 2. La moral, la autonomía, "porque sus leyes sólo están promulgadas para cada uno a través de su propia personalidad moral" (27)(95). Pese a la divergencia de opiniones que esto podría originar, y tomando estas "premisas" como conceptos definidos, el mismo Radbruch(28), razonando en punto a "estado de Derecho", y más precisamente en torno del problema de la "prioridad del estado de Derecho", esto es, de quién precede a quién, tras apoyarse en la crítica que hizo sobre "el contrato social y el contrato de Derecho privado", acerca del cual dijo que "no se superó en modo alguno la heteronomía, ni se fundamentó tampoco la autonomía" (29)(96), llega a este final: "que la supuesta autovinculación jurídica de Derecho y Estado no es en verdad autonomía, sino heteronomía". Y de ahí en más, inducido a reflexionar sobre la teoría de la "normatividad de lo fáctico", de Jellineck (30)(97), uno se ve impulsado "hacia un mundo, no de hechos, sino de normas, que no son ya estatales y positivas, sino que sólo pueden ser de Derecho natural". Y en derredor de las opiniones sobre el Derecho que tiene el poder estatal de legislar, anota este otro concepto: la seguridad jurídica (31)(98), expresión ésta que traduce la idea de la seguridad que ofrece el Derecho mismo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como cuando, hablando del derecho de dominio que alguien tiene, un bien raíz, por ejemplo, connotamos súbitamente la idea de la propiedad sobre ese bien, o como cuando, hablando de "función notarial", decimos que es función pública de seguridad jurídica por lo mismo que el Estado es quien delega en la persona del escribano de registro la facultad de ejercer esa función.

De las precedentes apuntaciones sobre el Derecho en general se excogita, en conclusión: 1. Que el Derecho es un poder jurídico, que por razones de ética social el Estado analiza la moral del individuo y juzga si abusó o no del ejercicio de sus facultades. 2. Que el ejercicio equilibrado de ese Derecho se refleja en virtud de la moral que haya empleado. 3. Que los estudios del Derecho, al crear una fraseología jurídica, han dado paso no sólo a la técnica jurídica, sino también a una semántica muy ilustrativa. 4. Que hasta tanto no haya quien valederamente juzgue en contrario, esos pronunciamientos se tendrán invariablemente por justos. 5. Que la función pública del Derecho será función de seguridad jurídica por fuerza del fallo judicial o por legitimación a rigor de la dación de fe notarial.

2. DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En sentido genérico, este Derecho es el conjunto de leyes o disposiciones de orden público que se rige por leyes y reglamentos, e incluso por el Código Fiscal. Importa una rama del Derecho y se uniforma a la función estatal. En su estructura entran: 1. Como elemento personal, los funcionarios dependientes de los poderes del Estado nacional, provincial y municipal, que desempeñan múltiples: servicios de carácter político y social del Estado; y 2. Como elemento real, el territorio y sus respectivas jurisdicciones. Posee la reglamentación jurídica necesaria para el funcionamiento específico de toda la actividad que le compete: licitaciones, concesiones, servicios públicos. Conceptualmente, según Bielsa (1)(99) el Derecho Administrativo es el conjunto de normas positivas y de principios de Derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública. Por supuesto, como todo Derecho, el Administrativo también ha tenido su evolución y su procedimiento; y ha venido a participar del concepto objetivo - subjetivo, pues es regulador de su propio contenido interno y de su misma actividad específica externa. En este sentido, por razones de distinta naturaleza de los actos que connota, se relaciona con el "Derecho Civil" y "de Minería", acerca de la propiedad intelectual e industrial, del registro civil, de las aguas, minas, etcétera; con el "Derecho Mercantil" y "Marítimo": hacienda y economía, comercio e industria, agropecuaria, buques, capitanes, etcétera; con el "Derecho Penal", por fuerza de los delitos, faltas o irregularidades en materia de salud pública, derivados de vinos, aceites, alcoholes, o bien en profesiones específicas, etcétera; con el "Derecho Procesal", en lo tocante a funciones jurisdiccionales: tribunales y escribanos de registro (2)(100). Así respecto del (2ª)(101):

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- a) Código Civil: en punto al régimen jurídico que hace de fuente, cabe señalar estas normas: bienes públicos del Estado y de las provincias, arts. 2340 y 2342, de los municipios, art. 2344, y en subsidio respecto de la locación de cosas, art. 1502; caza y pesca, arts. 2527, 2542 y 2549; amplio poder de policía sobre restricciones y límites del dominio, art. 2611, de expropiación del dominio por causa de utilidad pública, art. 2511 y otros (3)(102); herencias vacantes, arts. 3539 y 3544, etcétera;
- b) Código de Comercio: referente a la constitución, funcionamiento, prórroga y disolución de sociedades; buques y sus capitanes, privilegios fiscales, warrants;
- c) Código de Minería: fuera de la propiedad originaria, que es estatal, es ínsito de él la "autoridad minera" en todo lo que atañe a los modos de denuncias, cateos, demasías, en fin, a los modos de adquisición y conservación de la propiedad minera, arts. 110 y siguientes;
- d) Código Penal: en punto a delitos por faltas o irregularidades en salud pública: subjetivamente, delitos; objetivamente, infracciones o contravenciones;
- e) Código Fiscal: tocante a la actividad fiscal tributaria, que es específicamente administrativa;
- f) Código Procesal: por efecto de que en la dinámica administrativa se aplican las reglas procesales;
- g) Código Industrial: respecto de las patentes de invención, marcas de fábricas, comercio y agricultura;
- h) Código Aduanero: por imperativo de la regulación del comercio, prohibiciones a la importación, facilidades a la exportación, tributos que gravan a todas estas operaciones, infracciones cometidas por el contrabando, efectos del comiso, y el doble juzgamiento administrativo y judicial, etcétera (4)(103).

3. DEL DERECHO PROCESAL

Según Alsina (5)(104), "es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo". Se arroga la potestad de "la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y de las partes en la sustanciación del proceso". El primer jurista "que abrió el camino para crear una ciencia constructiva del proceso fue Oscar Bulow". El "estableció la teoría de que el proceso tiene el carácter de una relación jurídica pública existente entre el Estado y las partes"; y a partir de él

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"comienza a formarse una ciencia propia del Derecho Procesal" (6)(105). La autonomía del Derecho Procesal es un hecho innegable. Sin embargo, tiene, forzosamente, relaciones con otras ramas del Derecho: con el Público, Constitucional, Civil, Comercial, Administrativo, y aun el Minero. Dentro de su estructuración, la norma procesal acusa cuatro aspectos vinculantes:

a) El juez, investido de jurisdicción, o sea de extensión y límites dentro de los cuales se desempeña; ello representa la autoridad judicial; no actúa de oficio sino a requerimiento de parte interesada, y no es único para decidir, pues se desempeña con intervención del secretario, fiscal, defensores de incapaces, pobres y ausentes, y de otros auxiliares de justicia;

b) Las partes, y aun los terceros, actores o sujetos que inician la acción con justificación de su personería por sí o por representación legal;

c) Los medios empleados, o sea las medidas cautelares (7)(106), esto es de pruebas (8)(107) y sus sucedáneos; y

d) La sentencia, o conclusión de juicio, que importa la resolución por la que el juez decide definitivamente la cuestión sustanciada.

Como aspectos positivos se puede señalar lo siguiente: a) El proceso, o manera de actuar, comienza con la demanda y concluye con la sentencia del juez a quo, como cosa juzgada; pero en virtud de la apelación pasa a actuar el juez ad quem. El juez, dentro de su específica competencia, examina y juzga la conducta de las partes; todo se documenta en el expediente a que da lugar el proceso. Como es órgano fedante está domeñado por los imperativos legales. De ahí que en todo proceso, fuera de la dinámica, praxis, que demanda, se imponga apriorísticamente la estática, o sea la norma explícita del Derecho; b) Según la naturaleza del juicio, las sentencias se clasifican en arbitrales, ejecutivas, ejecutoriadas o de cosa juzgada o sentencia firme. La sentencia reclamada, o recurrida, es aquella contra la cual el vencido, o sentenciado, ha entablado recurso de apelación; c) Tocante a los conflictos que puedan producirse en el proceso por razones de "antítesis" de las partes contendientes en cuanto a las afirmaciones que son motivo de litis, Carnelutti (9)(108) ha suministrado singulares conocimientos. Dentro del rubro "integración del ordenamiento jurídico" habla de la autointegración y de la heterointegración de la ley. Acerca de la "primera", dice que es el nombre que se ha dado al "tradicional de analogía"; y de ahí que frente al "caso no previsto" o "análogo al caso previsto", la doctrina hable de "analogía legis". Y tocante a la "segunda", expresa que "las lagunas de la ley se colman .. con una disposición de fuente distinta". De ahí columbra que "en el terreno lógico la autointegración y la heterointegración son como los dos extremos de una antítesis: la primera es una solución rígida, la segunda una solución fluida", o, lo que es igual, "la primera pone a las partes frente al legislador; la segunda, frente al juez; la primera somete la justicia a la certeza; la segunda hace prevalecer la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

justicia sobre la certeza". Y de este modo se pasa "de la analogía legis a la analogía iuris"; y así, "la certeza se diluye y la justicia se libera de sus ataduras". Por donde, en punto a ley, arriba a esta secuela, o consecuencia: la aplicación en la analogía legis y la confirmación en la analogía iuris. En este quehacer en torno de la autointegración y heterointegración, el juez opera a nivel técnico como profesional del Derecho. Ahora bien, en estado de autos (10)(109), para pasar a sentencia, el juez puede verse reconducido al análisis de dos composiciones: la judicial y la negocial (11)(110), composiciones que Carnelutti (12)(111), en su terminología, llama, respectivamente, heterocomposición y autocomposición, y que, sin duda, se vierten en interés de la conciliación, si las circunstancias se dan, por lo que, entonces, se impone la intervención de un tercero denominado avenidor o conciliador, y frente a lo cual se pasa al terreno del distingo entre la conciliación oficial, diríase privativa del juez, y la mediación privada, esto es, propia de las partes y carente de mayores ceremonias.

4. DEL DERECHO NOTARIAL

Son muchas las opiniones vertidas sobre la existencia o no del Derecho Notarial. El problema de su autonomía ha dado lugar a la formación de dos singulares sectores: de un lado, y cada vez más numeroso, esta el de los reformistas, admiradores de un Derecho Notarial autónomo; y del otro, el de los quietistas, o subyacentes, sordos al repique de los autonomistas. La obra de éstos es de gran aporte; analizan y juzgan los principios básicos de la rama jurídonotarial desde distintos puntos de vista, o, lo que es igual, con diferentes enfoques. Ciertamente se percibe a manera de coro el deseo de sacarlo del límite de indiferencia en que se halla postrado. La verdad es que aún no ha modelado la ornamentación que realmente tiene y le pertenece por virtud de los principios universales de que participa.

A) Teorizantes

1. En el ámbito español se destacan: Monasterio y Galí, que preconizó un poder orgánico de relevancia en la función pública, de amplia estimativa notarial; un poder de justicia reguladora opuesto al de justicia reparadora; un poder de procesos antitéticos, uno de configuración y otro de sustentación; en suma y síntesis, este singular autor bregó por un notariado elevado a la categoría de magistratura; empero, esta tesis no prosperó; hace tiempo que cerró los párpados en aras del sueño eterno.

Vázquez Campo, que dijo que compete al poder legitimador del Estado decidir la creación de la rama notarial, única, diríase, para sancionar fedatariamente la "afirmación" o "repulsión" de un derecho en juego, y cuya función se ejercitaría por virtud de dos órganos: el registro jurídico y el juez; cifradamente dicho: las exhortaciones de Vázquez Campo se caracterizan: a) por haberse interesado por la anemia que empalidecía al notariado, propugnando un derecho fedante dirigente y no dirigido; y b) intuyó un notariado derivado del poder legitimador; en fin, un notariado de efectiva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"seguridad jurídica".

Mengual y Mengual, que: a) pese a los antecedentes científicos, los juristas y profesionales de derecho no pudieron llegar a la formación científica e independiente del Derecho Notarial; y b) bregó por una doctrina científica; sostuvo que el Derecho Notarial tiene sus veneros en los principios inmutables y permanentes de todo Derecho; es sustantivo, formal y contractual, y, a la vez, subjetivo y objetivo; formal, por estar afectado a la fase ritual del Derecho, al formalismo; y contractual, porque este Derecho connota el ejercicio de distintos negocios jurídicos de disposición y gravación. Finalmente, en punto a caracteres fundamentales del Derecho Notarial, los clasificó en dos categorías: 1. los comunes a todo Derecho: orden, libertad, voluntariedad y necesidad; y 2. los propios del Derecho Notarial en particular: unidad, inescindibilidad, variedad objetiva y armoniosidad, en virtud del simultáneo acorde o enlace de todos los trozos que integran el cuerpo de la escritura pública (13)(112).

Giménez Arnau (14)(113), acorde con la evolución que viene desarrollándose en España, emitió este breve juicio: "Reducir el contenido del Derecho Notarial a lo que se llama Derecho Notarial formal limitará sus horizontes, pero no disminuirá su importancia. Quedará para el Derecho sustantivo el amplio campo de las personas, de las cosas y de los hechos que al relacionar a aquéllas entre sí, o con éstas, hacen nacer los derechos, los modifican o los extinguen. Pero quedará también terreno libre y exclusivo al Derecho Notarial, que nos aleccionará sobre el cumplimiento de los requisitos y condiciones externas con que han de producirse esos hechos para que la relación nazca plenamente eficaz o, al menos - si la forma notarial es potestativa - para que nazca con una fortaleza procesal y extraprocesal que sea garantía de eficacia".

Sanahuja y Soler, que sostiene, entre otros considerandos: a) que hay un derecho positivo notarial, y para que sea reconocido se requiere, ante todo, "conocer la naturaleza" de su material componente; y b) que teniendo por finalidad autenticar específicamente las relaciones jurídicas, la fe pública notarial vivifica el derecho por la forma. En virtud de ello concibe que la "relación jurídica notarial" es un elemento singular de la función fedataria; y de ahí que pretende, al menos en cuanto al Derecho español, que el Derecho Notarial se conciba asentado sobre la base misma de la relación jurídica.

Castán Tobeñas (15)(114), en derredor del tópico "construcción científica del Derecho Notarial", declaró que se hallan "desenvueltas espléndidamente por la ciencia del Derecho Civil las figuras de la relación jurídica y del negocio jurídico", y que "elaborada por la ciencia modernísima del Derecho Procesal la figura de la relación del Derecho formal, está ya en pie la doble base sobre la que el Derecho Notarial ha de descansar".

González Palomino, quien, según referencias suministradas por Castán Tobeñas (16)(115), opina que debe desenvolverse ampliamente "una teoría general de las formas públicas o formas jurídicas", y que esta teoría "es la cantera fecunda para la creación de un Derecho Notarial nuevo".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2. En el ámbito italiano (17)(116): Doná se sintió atraído por la teoría de la relación jurídica y el tema de la jurisdicción notarial; estimó que estos aspectos son potestativos del notario, y por ello consideró que dicha relación, formada sobre la base de derecho sustancial, sólo cristaliza su autenticación mediante su enlace con el derecho formal.

Satta, imbuido por la teorización de Doná, concibió: a) un Derecho Notarial procesal, desenvuelto ante el notario de visu et auditu; y b) un Derecho Notarial en el que el acto que se traduce y representa en el instrumento público participe de distintas valoraciones jurídicas. En síntesis: Satta aspiró a un Derecho Notarial en el que el notario actúe en función dentro de una posición similar a la del juez, por lo que, dada la plasticidad del Derecho Notarial, existe la posibilidad de ser modelado como Derecho autónomo conforme con la herencia y con la adaptación del Derecho Procesal.

Carnelutti no dio buena mano a la creación de un Derecho Notarial; juzgó que los preceptos normativos de la función del notario no implican conceptos para alentar el reconocimiento de un Derecho Notarial visto como rama autónoma del derecho positivo.

Vitta, otro oponente de la tesis de la autonomía del Derecho Notarial, en vez de fundamentar la tesis contraria, hizo un planteo capcioso, extraño a la consideración general tenida casi coincidentemente por los estudiosos del Derecho Notarial, en cuanto a que existen, como jalón de partida, un conjunto de "principios" positivos que dan razón para legitimar, con carácter de autónomo al Derecho Notarial. Parece absurdo admitir la idea de este autor, porque los fenómenos operables en la vida cotidiana del notario son específicos por la finalidad de su objetivo; y por realizarse, sin solución de continuidad, a través de la función pública, han pasado a ser elementos conformables de una rama autónoma del Derecho, y suficientemente válidos para legitimar la existencia de un Derecho Notarial.

Baratta impulsó su observación hacia la teoría del Derecho de la forma, por razón y efecto de que la actividad profesional va dirigida a la formación del documento notarial. De este modo valorizó un aspecto de la cometividad profesional, en vez de reflexionar en torno de la entrada misma del Derecho. Los reparos que hizo son sentidamente contrarios a las tesis autonomistas. Sin embargo, en contra de su disformismo cabe señalar que la valoración de la función notarial es razón más que suficiente para tomarla como punto de partida para sistematizar el Derecho Notarial; tanto más desde que es bien cierto que existen doctrinas cuyas tesis trasuntan un sello de evidente postura autónoma, que sientan como premisa absoluta la universalidad del Derecho Notarial, por considerar que su individualidad ha sido transmitida por herencia y no creada voluntariamente por el hombre.

Sciello, otro de los oponentes a la autonomía del Derecho Notarial, no admitió como posible que él venga a tener como objeto el "conjunto de las instituciones" sobre las que el notario ejerce su actividad. En todo caso, dijo, el Derecho Notarial tanto puede ser todo lo que atañe a la función documental del notario cuanto lo que concierne al correlativo ordenamiento profesional. Una construcción - una creación parece mejor - del Derecho Notarial sobre la base de esta teoría fue rechazada por D'Orazi Flavoni.

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dejando de lado los singulares conceptos dados por este crítico del Derecho Notarial, e incluso el error de percepción que yo señalé (18)(117), lo que hubiera valido tomarse en consideración es "el predicado" de si el Derecho Notarial se juzga realmente autónomo por estar dotado de principios consustanciales, o si su existencia infunde respeto por el solo hecho de habersele adjudicado principios justos y convenientes, capaces de consolidarlo como rama independiente del derecho positivo (19)(118).

3. En el ámbito argentino. En el terreno de lo teórico, y mediante la divulgación dada por las revistas y opúsculos notariales, se pone de manifiesto el haber, cada vez en mayor prospección, de un adelanto en lo científico del Derecho. De entre las primeras huellas, ciertamente tradicionales, que hicieron mérito a nuestro notariado, al menos en cuanto a la fase escrituraria, merecen citarse: J. A. Castillo, L. M. González y M. Garay entre los años 1893 y 1895; López Pellegrín, en 1925 y 1928; luego, en 1932, Negri, encarando la organización nacional del notariado; después Baldana, con su Derecho Notarial argentino, obra que inicia en 1945 y finaliza en 1955 a través de sendos volúmenes; luego: Neri, en 1945 y 1946, con Ciencia y arte notarial; Mustápic, en 1955, con Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial; Neri, en 1969, con un tratado de ocho volúmenes, con profusa teoría y ordenada colección de "modelos"; y Carlos E. González, en 1971, con Derecho Notarial, obra en un tomo de muy variado contenido, cuya materia puede sintetizarse así: inicia el estudio con el concepto, objeto y autonomía; sobre estos aspectos compendia nociones: a) en punto a concepto destaca que la expresión "Derecho Notarial" equivale al conjunto de principios teóricos y normas positivas; b) en cuanto al objeto señala que es "fijo", permanente; abraza, mediante el instrumento público, la forma exteriorizada de la voluntad humana, cuya materia se subordina a dos partes básicas: la teoría general del instrumento público y la organización notarial; y c) tocante a la autonomía, o sea la potestad o poder jurídico de "gobernarse por sus propias leyes", refiere que el gobierno con "órganos propios" y "normas típicas" de aplicabilidad se ejerce a través de una "función cierta" respecto de sus cometidos, para "garantía y seguridad de las relaciones jurídicas". Y todo, sin dejar de lado trozos propios del Derecho Notarial, como ser: la "función notarial", que desarrolla singularmente, y el "instrumento público", que trata con abundantes aportes de conocimientos relativos a la dinámica escrituraria: protocolo, forma instrumental, estudio de títulos, etcétera (20)(119).

B) Principios

El vocablo "principios" traduce y representa la idea de "causa primera"; equivale a origen, base, fundamento, fuente o raíz de alguna cosa. En el lenguaje filosófico, y en el sentido absoluto de la palabra, un principio es un axioma, esto es, una verdad, un concepto evidente que no necesita demostración. En el lenguaje jurídico, el vocablo suele ser aprehendido: a) en relación con la universalidad de principios que ofrece el Derecho, para ser aplicado como fuente supletoria de interpretación; y b) en relación con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ciencia, para ser aplicado a axiomas fundamentales, que, por el sentido común y tener su legitimidad en la experiencia, han venido a adquirir carta de naturaleza. A este respecto corresponde advertir que así como el hombre tiene "principios", pues de no tenerlos carecería de norma de conducta, así también cada descubrimiento o creación se presta para dar sostén a axiomas, o a principios, y estos principios sirven, lógicamente, para confirmar lo fundamental de lo descubierto o creado.

Para evitar la variabilidad de estimaciones emitidas en el campo doctrinario, sobre el valor y concepto que entraña el vocablo "principio", pienso que en punto a Derecho Notarial conviene universalizar criterios y que, por tanto, es preciso dejar establecido que la ciencia es una sola, urbi et orbi, y, por ello, en su interior existe una unidad científica con principios ciertos, de existencia verdadera y efectiva, principios que el hombre ha excogitado a través de hondas meditaciones y enunciado como verdaderos axiomas, y que, dada su gran publicidad, son, desde hace mucho tiempo, de gran sentido común. Sin emplear a fondo el escarpelo de la crítica, pues bastan estas nociones, y los esquemáticos aportes que hice en mi Tratado (21)(120), aquí relato sintética y sumariamente los principios de fondo y forma que han de servir de elementos básicos para la construcción autónoma del Derecho Notarial. Tales principios son (22)(121):

a) El de la causalidad. Este vocablo traduce la idea de calidad, fuerza, naturaleza íntima de "causa". De ahí que causa signifique fundamento u origen de una cosa, y, por tanto, dimanar de la esencia misma de esa cosa. Empero, como la esencia no es divisible, esto es, no tiene partes, resulta que la esencia es única, y, por esto mismo, es universal. De ahí, entonces, que la "causalidad" se juzgue un principio urbi et orbi, en cuya virtud todo fenómeno tiene una causa que produce efectos: la necesidad de clavar trajo como consecuencia el martillo; correlativamente, la necesidad de documentar los negocios jurídicos, de darles seguridad y creencia pública, impuso al notario; el notario impuso la función notarial; la función notarial impuso el notariado, y éste impuso el Derecho. En una palabra, todo se produce por algo sustancial o dinámico;

b) El de la realidad. Esta palabra envuelve la idea de un existir, representa la real y efectiva existencia de una cosa. De ahí que la realidad se estime un principio de orden universal, según el cual una cosa existe real, positivamente, por razones de necesidad, y existe por creación. Así: el notariado es una realidad, como lo es la función notarial, y también lo es la sustancia de que está formado el Derecho Notarial. En suma y síntesis: la realidad connota existencia; todo lo atinente al notariado, y el Derecho Notarial con él, existe en la creación;

c) El de la necesidad. La necesidad envuelve la idea de algo forzoso, de algo que, por preciso, no puede menos que ser, existir. De ahí que lo necesario sea tenido como un principio de orden universal. Como oponente de contingencia, la necesidad ha sido y es determinada por el impulso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

humano; es el efecto de algo forzoso, como es la necesidad de una fe pública, la necesidad de un obrar notarial. En suma: el notariado, y con él todo el Derecho que le compete, es necesario para las actividades de la vida jurídica, por la misma razón que es necesario el alimento para mantenerse con vida;

d) El de la sustancialidad. La idea matriz de esta palabra es la "sustancia"; ésta, a su vez, connota la esencia, el ser de una cosa. Desde luego, la sustancia es necesaria. En efecto: sin cuerpo no hay ser; lo corpóreo "orgánico anímico" está formado de materia. De ahí la conexión que vislumbra la necesidad y la sustancialidad: y de ahí que la sustancialidad se juzgue, al igual que la necesidad, un principio de orden universal. Por consecuencia de todo ello, el Derecho Notarial participa de la calidad de sustancial; en un símil con el ente biológico, tal Derecho es un ser jurídico integrado de sustancia:

e) El de la evolución, o sea del paso gradual de un estado a otro, por el transcurso del tiempo, hasta dotar al ser o institución de un estado actual de madurez. De ahí que el término evolución equivalga a desenvolvimiento, desarrollo, o, lo que es igual, a crecimiento, propagación, progreso, con la consabida adquisición de la forma que es propia de su especie. Y de ahí que por virtud de las transformaciones sucesivas, de una primera realidad, el notariado se haya desarrollado de lo empírico a lo científico, tanto en lo orgánico como en lo funcional. Sin lugar a dudas, la evolución es un principio de orden universal;

f) El del análisis, vale decir, del examen de las partes en que puede descomponerse un todo; con lo cual se llega a conocer, y a valorizar, no sólo los elementos integrantes de ese todo, sino también sus propias diferenciaciones. De ahí lo factible del examen, esto es, la investigación, la indagación, de todos los elementos que hacen a la unidad cualitativa y cuantitativa del notariado. Y de ahí, entonces, que por el análisis sea posible conocer un conjunto de elementos del Derecho Notarial: el notariado, la notaría, el notario, la función notarial, el instrumento público, y las condiciones intrínsecas, o partes integrantes del mismo, como el notario, otorgantes y testigos, y los elementos o condiciones extrínsecas, como el papel sellado, el idioma, el número de orden, el lugar y fecha, el atributo de las partes, y la dación de fe de su conocimiento, etcétera;

g) El de la síntesis, o lo que es igual, de la reunión de las partes para componer un todo previamente analizado; por donde resulta que la síntesis se contrapone al análisis, pero su fundamento está en el análisis mismo, o, lo que es igual, síntesis es el complemento del análisis (23)(122). En fin: para llegar al todo, esto es, a la suma de las partes, será menester emplear un examen razonado, un método; el resultado logrado importará un sistema. Y de este modo, de los elementos proveídos por el análisis se obtiene esta síntesis: 1. notariado, o institución notarial, más notaría, o sea ciencia y arte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarial, igual a Derecho Notarial; 2. notario más delegación de potestad estatal igual a funcionario público; 3. funcionario público más instrumento público igual a función notarial; y 4. relación jurídica más autenticación notarial igual a instrumento público.

A lo largo de toda esta ejemplificación de principios, verdaderamente universales y permanentes, es fácil captar criterios, y deducir más de una disciplina jurídica. Aunque fragmentarias, pero fundamentales, las referencias ofrecidas pueden ampliarse en homenaje al interés que ha despertado en doctrina el tópico "principios". En efecto: los autores, conforme a su punto de vista, han anunciado tres valores jurídicos con clara intención de imponerlos como principios del Derecho Notarial: la fe pública, la forma y la autenticación. No se trata, en verdad, de principios sino de valores ínsitos en la función notarial, vale decir, de aspectos jurídicos que caracterizan a la propia función que desempeña el órgano fedante. En idéntico sentido traducen idea de principios: la intermediación, la rogación, el consentimiento, la unidad del acto, el protocolo. Pero es preciso insistir: tales estimaciones son ciertamente teoremáticas, o, si se quiere, teoréticas; columbran especulaciones del autor que busca, o pretende, teorizar, esto es, fundar teoría. Y esta idea viene madurando; y de ahí, entonces, que tales aspectos señalados se contemporicen como principios reales del Derecho Notarial (24)(123). Cabe reaccionar porque estos principios, no obstante ser reales, no dan base para fundamentar en primera línea la construcción autónoma del Derecho Notarial; connotan simplemente aspectos subordinados a la función notarial. Con ello sólo se tiene un pseudoderecho notarial; y lo que se impone es, en virtud de sus innatos e inmutables "principios" naturales, proyectar un Derecho Notarial autónomo. Y si así no ocurre, el Derecho Notarial quedará inmerso en un cuerpo jurídico anomalístico, y, tal Derecho seguirá siendo una ordenación semiestructurada, un mero repertorio; en fin, una obra abocetada. Por intuición, es decir, en atención o por razón de todo lo dicho en torno de este tópico, expreso que hay que hacer el "cuadro jurídico" de lo que cabalmente atañe al notariado y no seguir andando con bocetos, con capitales omisiones o con señalamientos erróneos, o, lo que es igual, hay que hacer una obra que resuelva el problema de la "codificación" del Derecho Notarial - que por lo demás es un problema ya conocido -; hay que elaborar un estatuto que se amolde al ritmo que viene imponiendo el conjunto de reformas, no sólo de índole jurídica sino incluso de orden económico y social; un estatuto, en fin, que en el orden doctrinal ennoblezca a la notaría argentina por situarla en el ático campo del Derecho (25)(124).