

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***LA NARRACIÓN Y LA FE EN EL DOCUMENTO(\*)***(375)

ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN

En el año 1932 Rudolf Müller - Erzbach ponía en guardia a los juristas al lanzar, como título de una conocida monografía, la advertencia "Wohin führt die Interessen jurisprudenzen?", ¿adónde lleva la jurisprudencia de intereses?(1)(376). La doctrina dominante en el ámbito de la interpretación había perdido el rumbo después de alcanzada su momentánea victoria sobre la Begriffjurisprudenz o jurisprudencia de conceptos. En síntesis venían a constituir los epígonos de los pensamientos de Ihering(2)(377) y de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Savigny(3)(378) acerca del derecho subjetivo, oscilante, como es sabido, entre el interés y el derecho jurídicamente protegido, que traducían en el mundo del derecho la concepción kantiana de la praktische Vernunft y de la reine Vernunft, es decir, de la razón práctica y de la razón pura, fundamentadas ambas en el concepto del bien y del mal como resultado apriorístico de la determinación de voluntad que actuaba como causalidad de ambos presupuestos de razón(4)(379), por lo que en un proceso de intuición (Anschauung) se manifiestan como modi de una categoría única, es decir, de la causalidad, en tanto que su fundamento determinativo (Bestimmungsgrund) existe en la misma representación razonable de una misma ley(5)(380).

La trascendencia de la formulación consiste, a mi entender, en haber planteado la cuestión en un plano normativo: Toda la función del jurista, su aplicación a la resolución de los problemas diarios, se enucleará en la norma de la que no vienen a ser dispensadores, como los pontífices en Roma, sino exegetas. Sin embargo, esta temática no pasó inadvertida para Ihering(6)(381), al considerar que venía paliada y aun desdibujada por la realidad de la vida, que le hacía exclamar que "el derecho no es lo supremo del mundo ni un fin en sí mismo, sino lamentablemente un medio para un fin, cuyo objeto es la existencia de la sociedad"; eco de aquellas palabras de Cicerón en De legibus: "Est enim unum ius quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperando atque prohibendi."(7)(382)

Estas doctrinas insufladas de un razonamiento de filosofía jurídica, estaban llamadas a la diáspora, para haciendo dejación de las ideas que les servían de fundamento, pasar a ilustrar los manuales jurídicos que ante el general desconocimiento de Kant, que por otro lado, como sostiene mi buen amigo el profesor Diete Nörr, ha sido el filósofo que más hondamente ha dejado su impronta en la formación intelectual de los juristas alemanes, produce como resultado el dejarlas huérfanas de su requisito esencial, por lo que, sin asidero adecuado a donde reconducirlas, se recurre al socorrido dogma de la imperatividad de la norma y se proclama como fruto de este esfuerzo que su generalización, la normatividad, es el carácter básico de todo ordenamiento jurídico y que la misión del jurista no puede por menos de consagrarse a subsumir el hecho en la norma. De aquí que al igual que en los viejos tiempos los de más rancio abolengo cifraban su mayor honor en alcanzar a ser mayordomos del rey, ahora los juristas tienden a conseguir llegar a ser servidores de la norma.

Mas, se nos ocurre preguntar, ¿de qué norma? Y como esto también se les ocurrió hacerlo antes que a nosotros a los que nos precedieron, resulta que aparecen a manera de cicerone de vías de orientación, o más bien de desorientación, adelantando lo que luego expondremos, la de lo que se consagraron a la investigación de su ontología y la de aquéllos que se centraron en la gnoseología; o dicho con otras palabras, los que como Georg Wilhelm Hegel, en su obra Grundlinien der Philosophie des Rechts, finalizada en Berlín en el verano de 1820, y Hans Kelsen en Reine Rechts lehre, en Viena, 1934, buscaron su encumbramiento hasta la norma

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

fundamental, génesis de nuestra galaxia jurídica, y los que pretendieron reconducirlas al mundo de los hombres, no para humanizarlas, sino para dotarlas de contenido positivo (copiando con más o menos fidelidad rayana en el plagio a Augusto Comte(8)(383)) y que pueden reconducirse al ensayo de François Géný, aparecido en 1899, e intitulado *Méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif*, que marca el pensamiento de los tratadistas franceses de más de la primera mitad del siglo XX, cuales Raymond Saleilles(9)(384), Ambroise Colin y H. Capitant(10)(385) y Louis Josserand(11)(386), para culminar en la dominante *Contribution à une théorie générale de l'Etat* de Raymond Carré de Malberg, que hace del Estado legislador "seul maître de la vie juridique, sans autres limites que celles qu'il imposerait lui - même"(12)(387), y que pareciendo haber perdido vigencia, vuelve recientemente a ser desvelada por juristas del *clase law*, cuales Hart en sus monografías "Positivism and the separation of law and morals", aparecida en la *Harvard Law Review* de 1957 - 58 y en *The concept of law*, en Oxford, 1961, así como Fuller en *The morality of law*, en Universidad de Yale, 1964 y Ross con su trabajo "Validity and the conflict between legal positivism and natural law", aparecido en el N° IV de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* de 1961.

Esta panorámica general obviamente había de proyectarse en la elaboración de los trabajos científicos notariales, si bien, la marcada influencia que el curso de los avatares histórico - políticos impone, había de contribuir inicialmente a despejar la incógnita para reducir el problema a la positivización del derecho, según el apotegma de Hart: "The famous imperative theory of law that law is essentially a command"(13)(388), o como señalaba Léon Duguit: "Le système juridique civiliste était d'ordre métaphysique, le système nouveau qui s'élabore est d'ordre réaliste"(14)(389). Este *essentially a command* del *ordre réaliste* introducía un giro de ciento ochenta grados al planteamiento de los temas afectantes al derecho privado para reconducirlos a la esfera de influencia del derecho público, en el que como en el mito de Anteo había de ampararse en su madre tierra para recibir o recuperar su fuerza.

De aquí que si la aparición del *Code Napoléon* en 1804, con la abolición de la *Costumbre de París* y la relegación del derecho romano, supuso un paréntesis de vacilación para los juristas, que un tanto desorientados se apresuran a prestar vasallaje a las nuevas concepciones, como años después pudo observar Ripert: "Imponer una regla en nombre de la ciencia es una superchería. Si un texto de ley contiene una fórmula científica, no significa más que una práctica de magia que se añade a la norma. Lo que interesa al jurista son los sentimientos y las voluntades de los hombres y no los descubrimientos de las ciencias"(15)(390), el proceso de descomposición arribaría a sus mayores cotas con la entrada en vigor del *BGB* alemán en el año primero de nuestro siglo, que venía a poner punto final a la ciencia *pandectística* alemana.

Esta quiebra del equilibrio funcional en el método *exegético* y en la exposición doctrinal del derecho, acaba polarizándose en torno a una nueva técnica jurídica, que renegando de los antecedentes históricos pretende

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hallar una sistematización perfecta en la armonización de la ley, devenida en suma única fuente legal, y en sus acompañantes, la jurisprudencia y el tratado. La arrojada violenta del derecho común y de las costumbres, originados por sedimentación y considerados por los ilustrados como acientíficos y salvajes, que amén de éstos con otros nada encomiásticos denuestos, se los favorecía, se llevó tras de sí toda una abundante y copiosa manera de actuar y entre ellos, sin el expurgo que el Cura y el Barbero hicieron en el aposento de Don Quijote, con los libros de caballerías, corrió la misma suerte del menosprecio y el olvido el ars notarie dejando huérfanos de su ayuda a nuestros más cercanos predecesores, pero eso sí, repletos de nueva teoría que los acomodaba sin prejuicios a los nuevos horizontes de una no menos ignota ciencia jurídica.

Esta nueva ciencia jurídica, pese a renegar de todo dogma consagrado, se ha llamado dogmática y ha intentado buscar sus asideros no en la historia sino en la lógica. El jurista no tiene que resolver los casos con justicia, sino formular sus razonamientos al dictado de la lógica. En consecuencia a la hora de estudiar una sentencia, se desprecian los supuestos de hecho y se concentra la atención en los considerandos. A esa "lex vera atque princeps, apta ad iubendum et ad vetandum" que Cicerón dice no necesita ser escrita para ser ley, porque desde un principio lo era (quae non tum denique incipit lex esse quom scripta est, sed tum quom orta est) y que identifica con "la recta razón del sumo Júpiter" (ratio est recta summi Jovis)(16)(391), se desplaza por el "recto razonamiento" sujeta a procesos mecánicos de concatenación y compulsión en los que, como gráficamente ha escrito Georges Ripert, "si el derecho se ocupa de las relaciones entre los hombres, en ellos no se conocen los hombres sino los nombres"(17)(392), ya que "el jurista no puede afirmar que el pasado histórico ha sido erróneo, y que en el presente está la verdad: si modifica una regla no es porque sea falsa, sino porque es necesario crear otra más en consonancia con el tiempo actual, pero que por ello no es más científica que la precedente"(18)(393).

Se impone como heraldo de los tiempos el dotar de empaque científico a cualquier comentario jurídico. De ahora en adelante no se valorarán las aportaciones por su contenido sino por su peso, por el número de páginas emborronadas. El ideal campeará por sus respetos libremente en el tratado y en la monografía. Se somete a revisión y ordenación al derecho y al socaire de liberarlo del derecho natural y de los valores transpositivos, se le incardina dentro de unos esquemas conceptuales, denominados principios, que a manera de barreras infranqueables son al mismo tiempo focos de atracción, telúricos de juridicidad que aumenta o decrece en la misma proporción de sus oscilantes apogeo y perigeo.

Así surgen los llamados cursos, tratados, estudios de derecho notarial que se insertan en la moda circunstancial y que se esfuerzan por replantear las cuestiones de tono academicista, como siguiendo las preceptivas de Boileau y de Luján, que implican el planteamiento de una disciplina jurídica independiente, con sus propias fuentes normativas y con su parcela más o menos acotada dentro de la facultad o poder legitimador, cuyo monopolio

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

recaban o en la jurisdicción voluntaria o su corolario enmascarado de la justicia preventiva. Y con ello se multiplican los principios de legalidad, de fe pública, de rogación, de autenticidad, descendientes genuinos del más refinado dogmatismo. Baste por todos recordar, por su influencia, tanto a Monasterio como a Bellver Cano y Sanahuja.

Bajo esta hégira se han ido plasmando tanto nuestros pasos formativos en el acceso al notariado como buena parte de nuestros trabajos en congresos y en convenciones internacionales. Con la esterilidad que ello pueda haber comportado. Pero con la humildad de que suele hacer gala el notariado, más de cuatro veces se ha rendido pleitesía a unos saberes que no tenían de tales más que el brillo efímero que proporciona el simple baño de purpurina. Valga al propósito lo que hace ya unos cuantos años me refería uno de los más afamados maestros de la Universidad española, el profesor don Juan Iglesias Santos, uno de nuestros más completos jurisconsultos. Después de haber sido varias veces juez en los tribunales de oposiciones entre notarios, reconocía que los notarios sabíamos mucho derecho civil; nos acoplábamos bastante bien a las deficiencias del mercantil; salvábamos con decoro los principios hipotecarios, pero se asombraba de que no supiéramos el derecho notarial. Y entonces extraña la conclusión de que tenía tan acreditado el notariado español el conocimiento de las materias jurídicas, que antes de aceptar la persuasión de que los notarios ignorábamos el derecho notarial, tenía que sostener apodícticamente que ello era debido a que tal derecho no existía, porque de tener una entidad peculiar muchísimo más lo sabríamos por afectarnos de forma más inmediata y directa.

El derecho notarial no ha contribuido a perfeccionar al notariado: Cierto que a nadie es dable ignorar una legislación orgánica que mira tan sólo a establecer una organización administrativa, pero que no se proyecta en manera alguna a la esencia de nuestra actividad que afecta al entramado mismo del derecho substantivo y que tan solo, si se quiere, en una ínfima parte, puede ofrecer la coloración adjetiva que caracteriza a las normas de procedimiento judicial civil. Hay que dar de mano a todos aquellos que de cada ley especial quieren hacerla sinónima de derecho, que conlleva la desnaturalización de la Justicia, que introduce un relativismo perturbador de la unidad y omnicomprensión del ordenamiento jurídico, que multiplica los supuestos de dispersión de la norma y que en último análisis desemboca en la asombrosa exclamación de Ripert: "Nous avons eu un code dublé et un code du vin!" (¡Hemos tenido un código del trigo y un código del vino!)(19)(394). De aquí concluye el admirado maestro, que se haya sostenido como derechos propios el de los vendedores de castañas, de los aceituneros, de los gusanos de seda y su alimento de las moreras, para el uso y aplicaciones de la remolacha azucarera y de la achicoria. Mucho derecho. Demasiados derechos, tantos como cultivadores de las leyes se encuentren dispuestos a consagrarles una monografía: Sistema fácil, por otro lado, para alcanzar los linderos de la inmortalidad al poder ostentar el título de fundador de un derecho especial, del cual, como gustaba repetir mi viejo profesor Orue, podía afirmarse como creador y único cultivador de esa

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

charla lírico - jurídica, que así con propiedad se podía apelar semejante jeringonza.

El que yo considero mi venerado maestro en Alemania, me comentaba en el acogimiento de su casa frente a un sereno lago, que el dogmatismo había que valorarlo en conjunto como una regresión de la cultura jurídica. Y con la claridad del ejemplo seguidamente, para acusar los perfiles, me añadía: Si usted le pregunta a un dogmático qué es un gato, no aguarde usted, en la generalidad de los casos, contestación alguna. Ahora bien, podrá escribirle una monografía de 300 o 400 páginas sobre el gato, que podrá usted leerlas con asombro para al final seguir sin saber qué es el gato. Eso sí su naturaleza jurídica, sus elementos y sus efectos, no se le habrían quedado en el tintero. Y el título, podrá venir a ser algo más o menos así: "El gato, animal jurídico."

Por todo esto se ha impuesto un movimiento de revisión, ante el riesgo de quedar aparcada la ciencia jurídica en un callejón sin salida. Por primera vez, que yo sepa, la ruptura se ha producido en el marco de la historia del derecho y ha sido el profesor Schlosser, al adaptar la obra del profesor Molitor, que he tenido el placer de traducir al castellano, el que expresamente hace constar en su introducción que sólo refiere la bibliografía reciente por cuanto la inmensa mayoría de la prolija producción dogmática precedente, surgida bajo tal signo, es práctica y teóricamente inservible(20)(395). Y en esta misma línea el profesor Dieter Medicus, cuya 3ª edición del Derecho de obligaciones(21)(396) me encuentro traduciendo y de la que en cinco años se han vendido más de 100.000 ejemplares, así como sus colegas Karl Larenz(22)(397), Esser - Schmidt(23)(398) y Wolfgang Fikentscher(24)(399), al elaborar un nuevo derecho de obligaciones, han prescindido completamente en sus referencias bibliográficas, de todos los trabajos dogmáticos.

Y este camino es el que hemos de seguir los notarios. Quizá mis palabras puedan resonar algún tanto iconoclastas. Pero los notarios tenemos que procurar esforzarnos por salir de la inercia y adaptarnos al mundo moderno, escarceando entre nuestros trabajos y publicaciones auspiciadas por el dogmatismo, para extraer de ellos lo aprovechable. El dogmatismo es lo que lastra el vuelo de nuestra inteligencia, lo que inmoviliza nuestra voluntad, lo que corre el peligro de que nos haga aparecer como ñoños y rezagados. Dejar el lastre no supone establecer la disociación de lo viejo con lo nuevo, sino reprimar lo adquirido despojando el mineral de la ganga que se le ha quedado adherida. Buen ejemplo lo suministra la Iglesia que lacerada por un exceso de dogmatismo, ha tenido que reforzar sus estructuras en el Concilio Vaticano II. Suma responsabilidad reviste esta cuestión para un notariado como el argentino, que forma a las jóvenes generaciones estudiosas en su Universidad de La Plata.

Nadie piense que se impone un epitafio para el método dogmático. Baste de momento con dejar de emborronar papel siguiendo sus orientaciones, o, bien expresado, sus desorientaciones, como aludía incidentalmente al principio, tal y como ha puesto de manifiesto Wolfgang Fikentscher en su monumental obra en cinco tomos, Methoden des Rechts in vergleichende

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Darstellung 1975 - 1977, que inaugura una nueva etapa en la interpretación jurídica y a la que mi buen amigo el profesor Roland Wittmann, muy recientemente ha calificado de magnum opus por cuanto, añade, al concepto de Methode no lo concibe el autor como simplemente instrumental, sino en un sentido amplio de "pensamiento sobre el derecho" a modo de "un camino que conduce a algo"(25)(400), y al que obligadamente hemos de volver oportunamente a considerar.

El desplazamiento del método dogmático plantea la exigencia de consagrar la actividad del notario, en el orden intelectual y doctrinal a una temática distinta. No por ello debe dejarse de reconocer que de suyo conlleva algo doloroso, cual es prescindir de unas concepciones que nos resultaban familiares. Recientemente, en nuestro XVIII Congreso de Montreal, ha sido dado constar frecuentísimas alusiones al principio de legalidad y a la autenticidad del documento, y a los que yo intento hacer ver que no es necesario recurrir a cobijarse en ellos para justificar la actividad notarial, pese a reconocer que han estado investidos de una cierta autoridad formal. No hubiera sido malo del todo, si al lado de ellos, se hubieran multiplicado más o menos esporádicamente otra clase de trabajos en la órbita genuina del notariado que investigaran el porqué de nuestro nacimiento y la necesidad de nuestra pervivencia, junto con la esencia de nuestra operatividad en el mundo del derecho. Pero desafortunadamente, al igual que en el más amplio campo de todo el mundo jurídico - y en esto el notariado no ha sido una excepción -, el dogmatismo al igual que refería la guía turística que nos acompañaba en la excursión a Ottawa, programada entre los actos congresuales, cual aquella simple pareja de ardillas negras, que importó el que fue primer ministro Mackenzie King, que le llamaron su atención por la rareza, ha terminado con las especies autóctonas grises y marrones, desconocidas ya para los habitantes de esta población, el método dogmático, repito, ha despojado durante su dominio a todos los estudios que no respondían a sus cánones del más exiguo terreno jurídico.

Yo también, como el ejemplo del gato, he gustado inquirir a los opositores de notarías e incluso a algún que otro notario, qué es lo que somos los notarios, y casi sin excepción se me ha respondido como mecánicamente con el texto del art. 1º del Reglamento notarial: "Los notarios somos profesionales del derecho y funcionarios públicos", etcétera. Y con ello pensaba que también nos resultaba más fácil ponernos a escribir una monografía sobre ello.

De aquí que despojado de apriorismos, haya tomado sobre mis flacos hombros la tarea de sacar de las notas de mi experiencia de más de treinta años, algo que pienso puede estar acorde con la nueva temática notarial, lo que se nos presenta ordinaria y extraordinariamente en nuestros estudios: Unos hechos que tenemos que conformar en un papel en blanco.

La narración constituye sin duda alguna la mos conficiendorum instrumentorum. El notario inicialmente contemplado desde el punto de vista extrínseco por un observador, se manifiesta como una persona que después de haber hablado con otras se pone a escribir. Así se muestra en un grabado de madera reproducido en la edición alemana de Rodrigo

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Sánchez de Arévalo, conocido por Rodericus Zamorensis, *Speculum humanae vitae*, en Ausburgo, 1479. En ella aparecen el juez, con semblante de escuchar; el abogado, señalando con su mano derecha el rollo de papel que se desprende de la izquierda en actitud de hablar; y el notario que sentado en una banqueta, con la pierna izquierda cruzada sobre la derecha, tiene abierto un rollo de pergamino, mientras que con la cabeza inclinada hacia el mismo apoya en él su pluma portada en la mano derecha, al tiempo que en la izquierda sostiene el tintero. Si el arma del juez es la reflexión, la del abogado es la palabra y la del notario la escritura.

Por ello el notario es un narrador de hechos. Mas la facultad de narrar no es algo exclusivo del notario. Narradores de hechos son también el historiador y el cronista, antepasado de nuestros actuales periodistas. Si bien se produzcan en distinta intensidad de tiempo. El historiador narra los hechos pasados, por cuanto necesita incidir sobre ellos con una cierta perspectiva, de modo tal que el tiempo verbal que emplea es el pretérito o el indefinido. Por mediar una distancia de años entre el hecho narrado y el narrador, no crea sus propias fuentes de conocimiento, sino que ha de buscarlas y seleccionarlas para con su aportación suministrarle una coloración histórica. Así el hecho penetra en la historia no tal como fue sino como se ve a la distancia. No se trata de una reproducción fotográfica o de rayos X, sino de su interpretación. Al suceder así, más que el hecho aislado interesa el conjunto de hechos, que al igual que la reunión de puntos engendran la línea y dentro de ella los hechos sobresalientes; los que destacan se toman como signos de referencia, a semejanza de los accidentes geológicos que en el paisaje geográfico sirven para dotarlo de personalidad frente a las formas amorfas de la llanura.

El cronista, al igual que el periodista, con una cierta inmediatez, va relatando los hechos que considera más acordes a su modo de ver, de entre los que la realidad le brinda cada día. Unas veces se ha encontrado inmerso en ellos y otras se le ha hecho llegar la versión relatada por un tercero, en nuestro mundo diríamos por noticia de agencia. La *Crónica Silense*, del siglo XII, obra de un mozárabe toledano vecindado en León, apenas emplea dos líneas para indicar que en el año 711 cayó España en poder de los musulmanes. Con ello el cronicón recoge la crónica mozárabe del 754 y la albeldense del siglo XI. El cronista y el periodista escriben en su presente, pero los hechos noticiables ya se han producido o se están verificando independientemente y al margen de la actividad del narrador.

Los hechos narrados por el notario ofrecen la peculiaridad inicial de encontrarse acotados. El notario carece de la facultad de elección. En tal sentido puede sostenerse que se trata de hechos fatales, que le vienen impuestos, aunque ofrezcan una mayor variedad de matizaciones, por cuanto afectan al hombre y a su circunstancia, recogiendo, por ende, los hechos sensitivos, los volitivos y los intelectivos.

Pero a diferencia de los narrados por el historiador o el periodista, el notario redacta los hechos en gerundio. Son hechos cuya relevancia no radica en ellos, sino en la narración. La narración no copia ni reproduce el hecho, sino que lo crea al conformarlo o al constatarlo. El hecho prenotarial es un



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

proyecto de hecho, que ni siquiera puede apropiarse de la apariencia de tal, ya que es la narración conformadora del notario la que le permite el acceso a la realidad negocial. Congruentemente con la tripartición precedente, la actuación del notario relacionada con los hechos sensitivos encuentra su amplia gama de realizaciones en las actas notariales, en las que el notario consigna sus percepciones sensoriales respecto a hechos que se están produciendo en unas realidades tangibles y objetivas, sin que por tanto aparezcan en ellos ni criterios de imputación ni juicios de valoración. No obstante la materialidad del hecho apreciado, la narración lo reviste del carácter de jurídico, puesto que su relación responde al deseo de los requirentes de aplicarlo en su momento oportuno a la obtención de unos resultados jurídicos, bien directamente o bien coadyuvando con otros instrumentos o procedimientos en los que se inserta. Por ello que quepa distinguir, dentro de la narración, entre actas constatadoras de hechos y actas declarativas de derechos. En las primeras, las constatadoras de hechos, la trascendencia se agota en el hecho constatado, por cuanto queda a la voluntad del requirente la determinación de la conveniencia u oportunidad de mantenerlos ocultos o de hacerlos valer, normalmente en un procedimiento judicial; por ello, tan sólo el requirente o su apoderado o causahabiente puede obtener copia de la misma. Las segundas, es decir, las declarativas de derechos, por trascender del mundo fenomenológico al de los valores, posibilita a cualquiera relacionado con los hechos a obtener en cualquier tiempo copia de ella, por cuanto la consolidación documental de un hecho en el tiempo es susceptible de originar consecuencias jurídicas que le pueden resultar desfavorables. Como puede apreciarse estos corolarios no vienen establecidos por disposiciones externas al documento, sino que se desprenden normalmente del acontecimiento mismo de su narración.

En cuanto a lo que atañe a los hechos volitivos, se abre un inmenso abanico de posibilidades para colmar mayormente la actividad notarial. Sin caer en la puerilidad de establecer preferencias, no cabe duda que el hecho notarial por antonomasia lo constituye la narración de la voluntad testamentaria. Furno(26)(401) traducido por Sancho Mendizábal y su difusor en España, Sergio González Collado, se han referido a que se está en presencia de un negocio de fijación jurídica: No puede por menos de parecerme paradójico que se hable de fijación de una voluntad, que ya los romanos reconocieron como ambulatoria, usque ad supremum exitum(27)(402), mediando por ende la posibilidad de su revocación posterior libérrimamente. Sin embargo la voluntad del testador, expresada de manera problemática ante el notario, no es manipulada por éste, sino conformada para que devenga adecuada a satisfacer las necesidades que el testador está llamado a cubrir. El testamento notarial se está produciendo no en el instante en que el notario narra los hechos encomendados por el testador, sino en el momento posterior en que éste, el testador, hace suya la narración del notario. Entre los hechos volitivos sobresalen también las relaciones contractuales. Los otorgantes generalmente acuden al notario con un modelo legal de contrato, sobre todo en los sinalagmáticos. Pero la narración que de sus

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

cláusulas hace el notario, no responde a una copia del modelo, valga decir, de la compra, de la permuta, de la cesión, sino que con observancia de sus prescripciones se crea una figura original. Todo contrato surgido ante el notario presenta una creación ex novo, que no se sustenta en la observancia de una determinada forma, sino en el soporte que le facilita la voluntad. Por ello debe ser sometido a revisión el principio forma dat esse rei, que salvo que se tome literalmente en el sentido aristotélico - tomista de contraposición a la materia, no deja de ser perturbador en el ámbito del derecho: La forma documental la suministra el notario pero sólo lo hace en cuanto exista una voluntad que la sustente. La voluntad conformada por el notario deja de ser un hecho natural para convertirse en un hecho Jurídico, y concretamente dentro de ellos en la categoría de los negocios jurídicos. Frente a las partes el notario actúa conformando (he aquí el gerundio a que nos referíamos) la voluntad negocial.

Respecto a los hechos intelectivos a que me he referido, importa reconocer que la expresión ha sido introducida por mí. El maestro común de todos nosotros, el prototipo personal de notario latino nuestro don Rafael Núñez Lagos(28)(403)que honra a la UINL con ostentar su única Presidencia de Honor, tuvo la intuición, que para ser fecunda requiere ser fruto de la ciencia, de centrar la temática notarial en las voliciones o quererres que, pese al tiempo transcurrido, como no podía ser menos, sigue y seguirá vigente. Pues bien, lo que supondría actuar con miopía es no penetrar en la esencia de la formulación para beneficiarnos de todas las consecuencias que de ella puedan extraerse. Los tiempos modernos han introducido la técnica de la colaboración mediante el contrato plurilateral en la terminología consagrada por Ascarelli(29)(404)y Brunetti(30)(405)y unánimemente aceptada. Sin embargo, aunque los esquemas legales se recojan tanto en los códigos civiles como mercantiles y aun en las leyes especiales, en ellos se ha producido ese fenómeno que veía Brussi(31)(406)de asimilar los tipos antiguos, ya acuñados y consagrados para reconducir a ellos las necesidades nuevas. De aquí que sin rebozo alguno se suela predicar que el contrato de sociedad suponga una voluntad asociativa con el deseo o finalidad de la obtención y reparto de ganancias. Con ello se produce algo así como si aplicásemos las normas del transporte en diligencia al tráfico aéreo.

Los que se asocian, aunque exista una voluntad para ello, no es determinante, sino medial, ya que lo primordial es la meditación ponderada y reflexiva, en suma, un hecho intelectivo que ha considerado las perspectivas de producción y mercado para decidirse a efectuarlo. De aquí que el contrato venga a constituir su certificado de nacimiento, el cual debe ir acompañado de los requisitos acreditativos de sus condiciones de viabilidad, valga decir, de los estatutos, que no tienen el carácter de tales hasta que no son asumidos simili modo al testamento, ante el notario.

La verificación de si en el contrato plurilateral se está en presencia de un negocio volitivo o intelectivo - dentro del género hechos - no ofrece las consecuencias de una mera formulación teórica, con lo que vendría a incidir en el dogmatismo que censuro. Muestra una valoración fundamentalmente

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

práctica.

En el negocio volitivo y por consiguiente si de tal se conceptúa el negocio plurilateral, lo relevante o, si se prefiere, lo constitutivo es la manifestación de voluntad que se agota en la narración de que los comparecientes quieren constituir una sociedad y como tal la constituyen ante el notario para regirse por los estatutos que asumen a su presencia y que quedan protocolizados. Con ello la actividad notarial se concreta en conformar el contrato, en presenciar activamente la asunción de los estatutos por los constituyentes y finalmente en incorporarlos al protocolo. De donde esta marginación de los estatutos, tanto por vía legislativa como de hecho, ha introducido la práctica frecuente de que se presenten redactados como tales al notario, desbordando el empleo de la minuta, y haciendo de ellos algo así como un apéndice documental preelaborado.

Si partimos del supuesto de un negocio intelectual en el que la voluntad negocial actúa como emisario, para iniciar el logro de los fines predeterminados y meditados, resulta que la intervención conformante del notario no puede limitarse a la consignación de esta voluntad, sino a la narración del negocio completo que se encuentra perfeñado en sus cláusulas estatutarias. De suerte que la intervención del notario ha de proveer de la forma jurídica adecuada al complejo negocial configurado como un todo orgánico, y aunque los preceptos estatutarios le vengan prefabricados, no pueden ser considerados con la fuerza de tales, mientras explícita o implícitamente no hayan sido narrados por el notario. En manera tal que sólo puede afirmarse que se ha conformado el negocio plurilateral si ambos elementos - acuerdo de voluntades y estatutos - han sido revestidos de la forma por el notario. Es decir, la autoría del documento corresponde en su unicidad al notario. Por ser ello así, no podrá aducir como disculpa respecto a sus errores, lagunas, deficiencias o desconocimiento de las normas legales, que se le han entregado así, porque aunque materialmente no lo haya redactado, desde el punto de vista de la narración, implícitamente es como si lo hubiese efectuado asumiendo la paternidad formal de los mismos. Como consecuencia práctica se impone reconsiderar que pese a la comodidad y al ahorro de tiempo que supone la protocolización del texto estatutario, es conveniente incorporarlos adecuadamente al cuerpo de la escritura ejercer sobre ellos la facultad de revisión y de examen, para instruir a los futuros socios de las ventajas e inconvenientes, de la adecuación o no adaptación a sus fines, de la redacción adoptada. La narración del documento notarial es competencia no compartida del notario: Por eso, todo lo previo es proyecto o precedente. Y ante los estatutos también actúa en gerundio.

Sentados estos extremos, procede examinar los efectos que de estas tres narraciones se desprenden.

El pasado o pretérito de la historia encuentra su valoración en la narración de los mismos hechos, sin que propiamente pueda decirse que se producen con independencia, siquiera guarden la relación de causa a efecto. Recabemos la atención en el ejemplo de la Crónica Silense acerca de la pérdida de España. Fundamentalmente cabe destacar la valoración

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que se le asigna por parte de los historiadores cristianos y de los musulmanes. Así la Primera Crónica General de Alfonso el Sabio, compuesta hacia 1275 en el capítulo 554: "Costumbre era a aquella sazón de criar se los donzelles et las donzellas fijos de los altos omnes en el palacio del rey; e avie estonces entre las donzellas de la camara del rey una fija del cuende Julian, que era muy fermosa además... tomol el rey Rodrigo acá la fija por fuerça et yogol con ella; ... algunos dizen que fué la muger et que ge la forçó; más pero destas dos qualquier que fuesse, desto se levantó destroimiento de España et de la Gallia Gothica." Es la leyenda de Rodrigo, el último rey godo y de Florinda la Cava, que pasa al romancero con diversas variantes, como ésta: "Cumplió el rey su voluntad / más por fuerza que por grado / por lo cual se perdió España / por aquel tan gran pecado. / La malvada de la Cava / a su padre lo ha contado: / Don Julián que es el traidor / con moros se ha concertado / que destruyesen a España / por lo haber así jurado." Con ello se sigue la doctrina providencialista de la "justitia elevat gentes, miseros antem facit populos peccatum" que desprende De Civitate Dei de San Agustín y la Historia Universal de Paulo Osorio.

La valoración musulmana la expone Ben - Al Kutiya, "el hijo de la Goda" en el siglo X: "Cuéntase que los reyes godos tenían en Toledo un palacio, en donde estaba un arca, y en esta arca se guardaban los cuatro evangelios, sobre los cuales los reyes pronunciaban su juramento. Este palacio era muy venerado y no lo abrían sino cuando moría un rey, para inscribir allí su nombre. Rodrigo, al tomar la dignidad regia, disgustó al pueblo cristiano por haberse ceñido por sí mismo la corona de Vitiza, y a pesar de la prohibición abrió el palacio y el arca; dentro de ésta encontró figuras de árabes, con el arco terciado a la espalda y el turbante en la cabeza, y debajo de ellas había escrito este letrero: «Cuando este palacio sea abierto y se saquen estas figuras, un pueblo semejante a ellas entrará en Andalucía y la dominará»."(32)(407) Ben - Al Kutiya gusta remarcar el carácter de pueblo conquistador y elegido que se atribuye a los musulmanes. Un simple hecho histórico se explica de dos tenores diversos, por lo que, en vez de tender a concretarse en una realidad pasada, la desnaturaliza para transformarla en leyenda. Este expresivo ejemplo debe ponernos sobre aviso para recibir cuanto menos con reservas las narraciones históricas.

El presente narrado por el cronista o por el periodista, conlleva también una coloración subjetiva de los hechos. La narración de la vida implica el tener que excogitar los episodios más relevantes o más poco comunes, para suministrarlos a la curiosidad de los lectores. Y cuanto más se pretende presentarlos asépticos, más dejan ver al descubierto la orientación subjetiva que los anima. El prototipo que puede contribuir a explicarlo más fácilmente lo constituye el cronista Procopio de Cesarea, que de escritor de las campañas de Belisario, pasa a ser el cronista oficial del emperador Justiniano. Como tal publica sus hazañas bajo el título de Historia de la guerra del Emperador contra los persas, vándalos y godos, en ocho tomos finalizados el año 555: Lo que su crónica refiere ha constituido la base de la enseñanza de esta época del Imperio Bizantino y su descripción del valor y talento del emperador y la prudencia y recato de Teodora, la emperatriz, ha

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

servido para que pudiesen presentarse a generaciones de estudiantes de historia como el prototipo de matrimonio político, al que se atribuía la grandeza de Bizancio. Sin embargo, en el siglo pasado, incidentalmente se encuentra la Anécdota o Arcana historia que se difunde a partir de su publicación en Alemania en 1927, y en ella el cronista empieza confesando; los escrúpulos que le ha producido el falseamiento de los hechos y quiere rehacerlos en su dimensión verdadera: Ahora Justiniano es un apocado, enfermizo, cobarde, lleno de complejos y de envidia, que sólo se calman con las persecuciones a los inteligentes y a los valerosos generales. Y Teodora es una hetaira, ambiciosa y cruel, despiadada, que consume el tiempo en festines y bacanales. Es una coloración totalmente distinta de la del cronista oficial, que si bien arrastra tras de sí la narración primera sembrando dudas sobre su veracidad, no por ello se salva la segunda, posiblemente tan falsa y apasionada como aquélla. Estamos ante la génesis de esa literatura huera y repugnante que constituyen las memorias, en las que lo único veraz que aparece es el hecho o realidad de haberlas escrito atribuyéndoles el nombre de su autor; por lo demás sus hazañas vienen a ser algo así como las de los libros de caballerías a la moderna, que con tal de recabar protagonismo remiendan los episodios con hilos de todos colores, sin importarles un ápice rendir tributo a la verdad de los hechos.

Dentro de este mundo de narraciones, ¿qué es o qué significa la narración del notario? La narración es lo que los romanos llamaban narratio, distinta de la hipotiposis griega, siquiera mantenga con ella algunos puntos comunes. Es especialmente instructivo Quintiliano, que le dedica el libro IV, 2 de sus Instituciones oratorias. Con arreglo a su criterio: "Narratio est rei factae, aut ut factae, utilis ad persuadendum expositio, vel, ut Apollodorus finit, oratio docens"(33)(408); esto es, "la narración es la exposición destinada a persuadir de una acción efectuada o pretendida efectuar o, según define Apolodoro, un discurso que instruye", o con San Isidoro de Sevilla: "narratio, res gestas explicat", "la narración, explica las cosas hechas". Reconducida al ámbito de la actividad notarial la narratio se refiere a la exposición de los hechos que se están produciendo en presencia del notario al mismo ritmo o compás en que éste los va consignando por escrito. La narratio se la ha apropiado el notario de los abogados, por cuanto durante mucho tiempo, incluso en el Bajo Imperio era una de las partes de la oración forense que seguía el proemio o exordio y precedía a la egressio. Pero este fenómeno no es algo inusitado, ya que el mismo nombre de notarios fue empleado originariamente para designar a los taquígrafos. Y ello tiene una explicación; que va unida al valor atribuido a la narratio escrita por el notario en cualquiera de los medios usuales para la escritura. Al igual que la stipulatio, negocio obligacional oral, requiere independientemente de una voluntad subyacente que no se toma en consideración en el momento de establecer la vinculación entre stipulator y promissor, sino que se han de emplear las palabras imperativas, congruentes sin solución de continuidad y en latín: spondes? spondeo; fide promittis? fide promitto; dabisne? dabe. Se está en presencia de un

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

negocio obligacional solemne. Pero esta oralidad ligada a la promesa formal de una prestación, que constituye la creación más importante y original del derecho romano, a juicio de Kaser(34)(409) podía tener por objeto toda clase de obligaciones, es decir, dare, facere, praestare, pues como promesa no sacramental para demandar el pago de una suma de dinero, se extiende posteriormente a una prestación alternativa con la suma de dinero, aunque no consista en dinero, pero que integre una prestación determinada (certum) y al final, incluso un incertum(35)(410). Esta amplificación del contrato verbal encuentra en su camino graves obstáculos: Por un lado, como ha recordado Ihering(36)(411), se va debilitando la fuerza de la palabra dada con el resquebrajamiento de la fides que ya preocupaba a Cicerón(37)(412); por otro, según Kunkel(38)(413), ya en la época republicana había llegado a ser usual introducir un documento sobre la conclusión de la stipulatio, lo que armonizaba con que aunque en el contrato verbal ante todo el fundamento de la obligación radicaba en la ritual palabra solemne, es cierto que ya los clásicos colocaban a su lado el peso del acuerdo de voluntades(39)(414). Este acuerdo de voluntades es el que halla reflejo en la narratio del documento, supliendo incluso, con el tiempo, a las rituales frases solemnes.

Por ello he de discrepar con el mayor respeto de la observación que formula Kunkel(40)(415) de que el documento romano nunca fue dispositivo. Esto es cierto, pero la razón se encuentra en que el documento solemne romano sólo recoge las figuras obligacionales, puesto que los negocios dispositivos solemnes siguen el cauce de la mancipatio, de la in iure cessio y luego de la traditio.

El documento notarial originariamente y en línea de técnica Jurídica es solemne, y su narratio expone los negocios que verbalmente se verificaban mediante las fórmulas diversas de la sponsio. La actividad del notario se agota en la narración. Lo que antes se hacía solemnemente mediante vocablos se hace ahora solemnemente también por el escrito del notario. El notario deviene dispensador de la forma escrita en la que se cobija el negocio, y sin ella tampoco se puede decir que exista negocio. Por eso, en los tiempos del medioevo, cuando las gentes no sabían escribir y el documento había perdido su valor formal, los interesados acudían al notario no como narrador solemne, sino como mero escritor o relator que podía proporcionar firmeza y estabilidad a sus hechos.

Pero es más: El notario es el autor de la narración al tiempo que los interesados, en la variada gama de negocios al manifestar oralmente mediante las fórmulas prescritas el negocio que intentan llevar a cabo, lo que propiamente están haciendo es exteriorizar más o menos explícitamente el contenido de su voluntad. Los interesados en el negocio ceden la autoría al notario: Por eso ni los comparecientes ni el notario pueden servir de testigos en cosa propia, ya que directamente recae su interés en el negocio que se está efectuando, los primeros, y en lo que se está narrando, el segundo.

Pero pronto es fácil apercibirse de que la persistencia de lo escrito ofrece unas extraordinarias facilidades para la prueba. Por ello insensiblemente se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

va destacando cada vez más la fuerza probatoria que se desprende del documento. Sobre él los testigos pueden recordar con fidelidad no sólo la realización del acto, entre quienes se convino, sino incluso su alcance y contenido. Pero la fe no está en el documento, sino en los testigos que lo adveran. El documento de suyo es amorfo en cuestiones de prueba: Requiere la existencia de un requisito extrínseco que se le añada para dotarlo de esa fuerza probatoria. Brunner(41)(416)lo expresa con claridad: "El autor de la carta la da a los testigos del documento para confirmarla, roboratio dare, un acto en el que los documentos, normalmente la cartam, se designa testibus offerre, raras veces testibus tradare. En la roboratio testium no se requiere forzosamente que los testigos firmen o signen la carta. Basta con que coloquen la mano sobre el documento, que toquen el documento, cartam tangere: «Totos vos rogo tangere», según el cartulario longobardo, el autor requiere a los testigos para la roboración." Como puede verse, pesa tanto la tradición de la oralidad que, al margen de la estricta consignación por escrito de los hechos, de la narratio, los demás elementos siguen independientemente el sistema oral: La prueba no está en la escritura sino en la perspicacia oral o simbólica de los testigos.

Por ello me interesa destacar aquí esta idea a efectos de rectificar una corriente doctrinal que, iniciada por mis buenos amigos André Lapeyre y François de Tinguy du Pouët, ha encontrado una cierta acogida, incluso en su conferencia en Puebla, el 15 de abril de 1982, la exponía, sin pronunciarse sobre ella, Fortino López Legazpi: La consideración del notario como tiers temoris, o testigo privilegiado entre las partes, que sin estar investido, o mejor dicho sin necesitar estar investido de facultades expresas para ello, actúa como mediador o dirimente de los casos cuestionados entre las partes. Es una posición dogmática, pero no es histórica. Históricamente nunca ha desempeñado el notario la función de testigo cualificado y ello por una sencilla razón fácilmente explicable: La de ser autor del documento, por el "mos conficiendorum instrumentum".

Ahora bien, ha sido tal el prestigio acumulado por los notarios, que lo que constituía una prueba extrínseca al documento en una continuada evolución, alcanza a devenir un requisito emanante del propio documento. En el recorrido se va procediendo un tanto insensiblemente, pero con la fuerza y eficacia que poseen las evoluciones. No fue empresa fácil, como lo acredita la Constitución 76 del emperador Juan, de 538, que entre lo escrito y los testigos (Nov. 73.3) dice: "Tunc nos quidem existimavimus ea, quae a viva discuntur voce et cum inreirando, haec digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se subsistere"; es decir, que considera de mayor credibilidad lo que se dice a viva voz y bajo juramento, que no lo que subsiste en la misma escritura. Mas la fragilidad de la vida humana hacía presa en los testigos antes que en el documento, y así se dispone que cuando un testigo fallezca, puede completar el notario el número de los testigos, con lo que "hic quodammodo firmior fit fides". Este proceso de mutación de la fe extrínseca al documento por la intrínseca, se debe a la fides del notario. El tránsito, a este resultado, confirmando la primacía al notario como narrador, lo muestra la Constitución 45 de Justiniano, que en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

su prefacio refiere que una mujer presentaba un documento hecho por un notario y por un escribiente, pero sin letra de ella por no saber escribir, aunque contenía su firma y la presencia de testigos. Habiendo surgido dudas por decir la mujer que no había dispuesto de lo que decía el documento, el que juzgaba el litigio quería conocer la verdad del negocio y para ello llamó al notario. Este dijo que reconocía como suya la letra de la fórmula de la completo, pero que nada podía añadir respecto al texto, por no haber estado delante desde el principio, ya que se lo encargaron a un escribiente de los suyos para que lo confeccionase, el cual a su vez tampoco lo redactó, pues se lo confió a otro, que no fue hallado. Por ello el juez hubo de recurrir al testimonio prestado por los testigos. Este supuesto, excepcional por otro lado, es aleccionador a los fines que nos proponemos demostrar. Congruentemente con lo expuesto, Justiniano recoge, ampliándolo y proveyéndolo de caracteres de generalidad, el rescripto de los emperadores Honorio y Teodosio, de 30 de agosto de 414, contenido en C.Th. 16.5.55, para sintetizarlo en C.7.52.6: "Gesta, quae sunt translata in publico monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides." Congruentemente el emperador Zenón en 478, en C.8.53.31: "Non esse necessarium iudicamus vicinus vel alios testes adhibere; nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficient." Y Bresslau(42)(417)refiere que en Benevento, donde después de la caída de los longobardos permanecía rigiendo el viejo derecho, sucedió que por una disposición del duque Adelchis del 866, se privaba de fuerza legal a los documentos que no estuviesen escritos por un notario, es decir, estableciendo un monopolio en la creación de los documentos para los notarios, "no soli notarii brebem (carta o documento) scribant"; por ello se impugna una carta, "pro eo quod notarius publicus scripta non est", y en un documento de Spoleto del 1100, se dice, "pro qua re nec notarium vaerum habebant".

La fe no nace del documento (Echtheit) sino que se comunica del notario al documento (Glaubwürdigkeit); esto es, no emerge de la narratio con caracteres objetivos y generalizados la autenticidad, sino que solamente surge su credibilidad que le viene al documento comunicada por el notario.

Cuando se habla de la fuerza probatoria del documento notarial (Beweiskraft), debe hacerse con entera abstracción de la valoración que puedan atribuirle y que de hecho le confieran las leyes procesales. Intrínsecamente la misma credibilidad ha de tener, derivada de su naturaleza notarial, cualquier acta que la más importante escritura. Ahora bien, cuando desde fuera se proyectan las leyes procesales, se origina una credibilidad fortalecida para las escrituras, que en la generalidad de los ordenamientos jurídicos hacen prueba por sí, mientras que respecto a las actas, se someten a la prueba ordinaria que suele requerir una homologación o compulsión judicial.

Para los que profesan el dogma de la autenticidad, los supuestos anteriormente expuestos no encuentran explicación. Los consideran tan naturales que no requieren mayor atención que la que supone, de puro manidos, darlos por buenos. Lo que es auténtico no admite grados, sino



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que como aducían los escolásticos se exige la "ex integra causa". La autenticidad o equivale en el documento a lo que es la evidencia en filosofía, o no tiene motivación alguna que pueda servirle de apoyatura. Y en efecto, el concepto de documento auténtico, es una deformación o malformación jurídica que ha cobrado cartas de naturaleza por mor del aforismo "error communis facit ius". Ni la predicó el derecho romano ni fue adoptada por los juristas boloñeses y en especial por Rolandino y Pedro de Unzola. Cuando Rolandino emplea el vocablo, por ejemplo, en el Tractatus notulatum(43)(418), lo hace en la forma adverbial: "notaria est negocia hominum publice et autentice notare", refiriéndose a la exigencia de lo que llamaríamos "con luz y taquígrafos" (publice) y con veracidad (autentice); pero, obviamente la veracidad no es la credibilidad.

En el trayecto para desentrañar este error, me encuentro ocupado desde algún tiempo. Pienso que su origen está tal vez en Molineus y Cujacio y que de ellos se ha ido transmitiendo de manera uniforme hasta encuadrarse en la misma legislación notarial que avanzando un paso más que Adelchis, atribuye a los notarios no sólo el monopolio de la confección sino el de la autenticidad: Sólo es auténtico el documento notarial, lo cual no es verdad.

Para demostrarlo voy a recurrir a la argumentación referida por Platón en el diálogo de la República o de la Justicia. Se trata de la discusión entre Polemarco y Sócrates, en torno a la justicia(44)(419):

"- Apenas tendría importancia la justicia, ni su utilidad se redujese, precisamente, a lo inútil. Pero consideremos esta otra cuestión: El más hábil para pegar en la lucha, sea en el pugilato o en otra cualquiera, ¿no lo es también para librarse de los golpes?

- Sin duda alguna.

- Así, pues, el que es hábil para precaverse de una enfermedad, ¿no será el más a propósito para infundirle a otro inadvertidamente?

- Así me lo parece.

- Digamos más: ¿no resulta buen guardián del campamento el mismo que sabe robar los proyectos y demás preparativos del enemigo?

- Ciertamente.

- Por consiguiente, aquél que es hábil guardián de una cosa, también es hábil para robarla.

- Así parece.

- Y fácilmente se deduce que si el justo es hábil para conservar el dinero, no lo es menos para robarlo.

- Así se nos muestra al menos el argumento aducido.

- Según parece, pues, el justo se nos presenta como un ladrón. . . y por tanto, resulta evidente, según tú, que la justicia es un arte de robar, si bien se cumple en beneficio de los amigos y en daño de los enemigos."

Con arreglo a estos argumentos, hay que llegar a la conclusión, en lo que se refiere a nuestro supuesto, que podemos afirmar que es auténtico aquello que no es falso. Porque en efecto, a diferencia de la credibilidad del documento que supone un convencimiento firme de la realidad de lo que en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

él se contiene precisamente por habérsela comunicado su autor, el notario, de quien se predica la fides, la autenticidad es meramente una cualidad radicada en el documento, que ni siquiera se configura como una presunción, si bien solo puede adquirir los perfiles de definitiva cuando ha sido verificada oportunamente ante el respectivo organismo judicial. Y cuando ello se produce es si existen dudas fundadas acerca de su veracidad. De aquí que la única definición que le cuadra es la de que es auténtico lo que no ha sido declarado falso. Lo cual, por su aspecto negativo, parece poco adecuado para servirse los juristas. Pienso, subtilibus distinguendi, que todos estos recubrimientos, que enmarañan y entorpecen a los conceptos, e impiden llegar al enfoque real de las cuestiones, deben ir abandonándose sin más, liberándonos del peso muerto con que nos cargan, pues la investigación no puede frenarse con los obstáculos que por su vetustez parece ya como si fueran algo inherente a los caminos. Las gentes al acudir a la notaria no lo hacen buscando la autenticidad del documento, sino amparadas en la credibilidad del notario, en su fidelidad para el consejo y en su conocimiento de los medios más idóneos para alcanzar los fines lícitos que se proponen obtener. Reducirlo todo a la autenticidad sería una mutilación que paralizaría en buena parte a la actividad notarial.

Pero, como anticipaba al comienzo de mis palabras, al significar el replanteamiento de la metodología jurídica, el mismo concepto de autenticidad como secuela del dogmatismo está hoy sometido a revisión por las recientes doctrinas sobre la metodología jurídica y su aplicación en la jurisprudencia. Para ello ha afirmado Friedmanns(45)(420)dando en el clavo: "His is the legal philosophy of a philosopher, not of a lawyer", sirviendo de fundamento teórico para la doctrina de Wolfgang Fikentscher, que ha conducido, al decir de Karl Larenz(46)(421), "a la búsqueda de la resolución justa del caso concreto". Es la Wertungsma stäte o teoría de la calificación, la asignación que encuentro más acompasada en castellano y que considera como esencial del hacer jurídico la consagración al caso, de manera que no es éste el que debe reconducirse a la norma, sino inversamente hace recalcar la norma en el caso. Con ello se ha dilatado el horizonte del derecho, al disolver por un lado la disociación entre moralidad y legalidad, al ser lo substantivo el caso y lo adjetivo la norma que hay que buscar para que el supuesto moral y real no quede desamparado, y si aún así no se encuentra, entonces se le crea (Fallnorm) antes que mostrarse impasible dejando sin protección un hecho digno de ella. Y por otro lado, al contemplar el panorama jurídico desde el caso concreto, todo el derecho existente, sea en leyes codificadas o especiales, deviene tan transpositivo como el derecho natural o los principios generales del derecho: pasa a integrarse en una nebulosa jurídica, que sólo adquirirá corporeidad en el momento en que por obra del juez, del profesor o del jurista, en suma, se incardine al caso concreto.

Esto reviste especial importancia para los notarios, que en nuestro laborar diario tratamos con supuestos concretos a los que hemos de reconducir la ley. Esta actividad notarial encuadra perfectamente en las técnicas más

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

recientes de interpretación que plantean especialmente a los jueces y abogados como modelo para una mayor perfección en sus decisiones, el partir del análisis del supuesto de hecho concreto. Como ha dicho Zippelius(47)(422), "afirmar las relaciones del derecho con el objeto y su vinculación esencial con la realidad", pues como gráficamente sintetiza Fikentscher, "die Kasuistik teils uns mit, was Rechtens st"(48)(423)- la casuística nos comunica lo que es derecho - y "die Kasuistik in Wahrheit Rechtsquelle"(49)(424)- la casuística es en verdad fuente del derecho -. La consecuencia es que podemos sostener, con la más reciente teoría interpretativa, que el documento notarial constituye una fuente de derecho, por cuanto el caso jurídico concreto se integra de un corpus, el hecho real, y de un animus, la norma aplicada. Y esta síntesis indisoluble es para la Wertungstheorie, una fuente primaria del derecho.

Sin embargo, en este microcosmos del caso concreto, del supuesto documental en el que se ha asilado la credibilidad del notario, en cláusulas estereotipadas y desagradecidas que no dejan traslucir su labor de meditación y consejo, que presentan la sencillez de lo sabido y practicado con la pátina de los años, no conviene olvidar que nuestra fe nos trasciende y que este derecho que aprisionamos en nuestros documentos extraído de los libros, desde esa nebulosa que quería Fikentscher, en definitiva, es algo que como la lluvia nos viene del cielo, como nos recordaba un sermón predicado por Pawren zu Werdt, en Nuremberg(50)(425), en un domingo cualquiera de los aledaños del siglo XVI:

"Von Gott all Recht gegeben sind  
Wie man die in den Büchereen findt:  
Kein Jurist soll dieselben biegen,  
Die Lug hassen, die Wahrheit lieben."

Es decir: "Todo el Derecho se ha conferido por Dios / tal como se encuentra en los manuales: / Ningún jurista debe forzarlo, / odiar la mentira, amar la verdad."

*INCOMPATIBILIDADES NOTARIALES(\*)*(426). *Necesidad de una profunda revisión conceptual*(427)

OSVALDO S. SOLARI

1. El tema de las incompatibilidades notariales tiene actualidad, como lo prueba su inclusión en la VII Reunión Jurídico Notarial (Venado Tuerto, Santa Fe, 1984), en la XX Jornada Notarial Argentina (Corrientes, 1985) y en la sesión de Ateneo de octubre de este año del Instituto Argentino de Cultura Notarial. Esta actualidad del tema nos parece justificada, porque la legislación vigente sobre el mismo es anticuada y no se compadece con la realidad que vive el notariado argentino. Esto nos mueve a ocuparnos de las incompatibilidades notariales uniendo nuestra voz a las que ya se conocen al respecto.