

## Acoso penal notarial\*

Oscar Jorge García Rúa

### Sumario:

**I. El porqué del título II. Inadecuado conocimiento del juez penal de la tarea notarial. Sustitución de persona: un fallo singular. Subsistencia de la necesidad de sumar medios identificatorios III. Acoso penal notarial por los órganos de recaudación fiscal: a) Productivo agente de retención b) A todo nivel c) Máximo acoso fiscal d) Inconstitucionalidad de la ley 25.246 IV. Necesidad de que el escribano conozca la tutela penal del contrato y cómo precarverse de los riesgos de su profesión. Propuestas V. Ponencia**

### I. EL PORQUÉ DEL TÍTULO

Seguramente ha de llamar la atención el título pero tiene clara explicación. ¿Qué es *acosar*? Es "perseguir, sin darle tregua ni reposo a una persona"<sup>1</sup>. ¿Existe tal persecución del escribano? y, en su caso, ¿por parte de quiénes? Es un concierto de factores y personas privadas y públicas lo que determina tal acoso y amenaza, sin tregua, con una sanción penal al notario.

En primer lugar, ciertos jueces penales que no tienen adecuado conocimiento, en profundidad, de la delicada función notarial. En segundo lugar, cierta clase de abogados que, ante la voluntad de sus clientes de incumplir un contrato o testamento, realizado en acto público, eligen el camino de la acción penal contra el escribano, por falsedad documental, aun cuando este hubiese actuado con absoluta buena fe. En tercer lugar, el más grave elemento de acoso penal es el de ciertos órganos del fisco, nacional –verbigracia AFIP–, provincial o municipal que, para recaudar más impuestos, fustigan al escribano como natural agente de retención, para que vigile la conducta del contribuyente, más allá de sus reales posibilidades y a riesgo de violar sus deberes funcionales, con la consiguiente responsabilidad para las partes en el acto.

Felicitemos a los organizadores de esta *XXVIII Jornada Notarial* por plantear este tema de los problemas que afectan la labor del notario por la pretensión punitiva estatal, de

(\*) Trabajo presentado en la *XXVIII Jornada Notarial Argentina*.

(1) Diccionario de la Real Academia Española, 21ª Edición, octubre 2006, tomo I, p. 32 y tomo II, p. 1139.

la mayor importancia para el escribano y que está normalmente ausente en Jornadas y Congresos de nuestra especialidad.

## **II. INADECUADO CONOCIMIENTO DEL JUEZ PENAL DE LA TAREA NOTARIAL Y SUSTITUCIÓN DE PERSONA**

### **A) UN FALLO SINGULAR**

Para que se tenga en claro cómo es de inadecuado el conocimiento del juez penal respecto de la tarea notarial, basta analizar un fallo de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que establece que *"cabe admitir la posibilidad de existencia de dolo eventual en la figura prevista en el artículo 293 del Código Penal, pues es incuestionable que todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se presentan ante él, con el fin de celebrar un acto. Si el notario se conforma con la presentación del documento y no toma los recaudos para tener la certidumbre sobre la verdadera identidad, su conducta podría ser –en algunos casos– la de quien se representa la posibilidad de que se inserte una falsedad y no realiza todas las medidas a su alcance para adquirir el conocimiento exigido por la ley, sin importarle las consecuencias, lo que podría configurar el delito de falsedad ideológica con dolo eventual"* (CNCrim.y Correc. Sala VII, 19/11/01, Causa n° 16.981).

El sostener que el escribano siempre duda de la identidad de la persona que comparece ante él es una gravísima inexactitud, en extremo peligrosa para el notario. En primer lugar, porque la verdad es que el escribano realiza un "juicio de certeza" en cuanto a que el compareciente es quien dice ser, sin duda alguna, con los medios de identificación de que dispone: si duda, no realiza el acto.

En igual forma que el juez, ante un testigo, lo individualiza con el documento de identidad que le presenta y los medios identificatorios de que dispone. Si duda, no recibe declaración. En segundo lugar, y aquí está la mayor peligrosidad: dado que el notario siempre duda, en cuanto a la identidad del compareciente, si se conforma con la sola presentación del documento de identidad y no toma otros recaudos podría cometer falsedad documental por dolo eventual. Ocurre que este delito solo puede cometerse por dolo. El dolo tiene dos formas: dolo directo, el que quiere directamente el resultado, y dolo eventual, aquel que se representa la posibilidad de que ocurra el resultado y, no obstante, no desiste de la acción y el resultado se produce.

Esta tortuosa construcción jurídica, que se asienta sobre el falso supuesto de que el notario siempre duda en cuanto a la identidad del compareciente, lo pone ante el per-

manente riesgo de ser considerado autor de la falsedad ideológica cuando se produce una sustitución de persona.

Tal riesgo existía antes de la reforma de la ley 26.140, modificatoria de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil en que la única forma de individualizar era por la fe de conocimiento o los dos testigos de conocimiento personal del notario y existe también luego de la reforma que suprimió la fe de conocimiento y estableció la posibilidad de tres formas de identificación. Ellas son: a) "Por afirmación de conocimiento de parte del escribano"; b) "Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación" y c) "Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes".

Y aquí aparece la novedad: ¿qué es un documento *idóneo* y quién juzga esa *idoneidad*? Idóneo es aquello "adecuado y apropiado para algo"<sup>2</sup>. Vale decir el documento exhibido debe ser adecuado y apropiado para establecer la identidad.

**B) SUBSISTENCIA DE LA NECESIDAD DE SUMAR ELEMENTOS IDENTIFICATORIOS DE UNA PERSONA. LA IDONEIDAD DE ESE DOCUMENTO ES JUZGADA POR EL ESCRIBANO.**

El escribano debe realizar su juicio de certeza en cuanto a la identidad, con documento que acertadamente juzgue apropiado.

La ley 17.671 establece que el documento hábil para identificar a las personas es el Documento Nacional de Identidad. A su vez, el artículo 57 de la mencionada ley establece que hasta tanto el Registro Nacional de las Personas haya completado el otorgamiento de tales documentos, "tendrán la validez del DNI, para los mayores de 18 años: la Libreta de Enrolamiento, la Libreta Cívica, la Cédula de Identidad de Registros Civiles o Dirección de las Personas o Policías de las Provincias".

Pero a estos documentos identificatorios deben sumarse, según el Tratado del Mercosur, para nuestro país, los pasaportes, según la correcta interpretación del escribano Cerávolo, dada la mayor jerarquía de los Tratados, con relación a las leyes nacionales –artículo 75, inc. 22 Constitución Nacional–; Supremacía de la Resolución Nº 75/96 del Grupo de Mercado Común que establece la validez, para circular por los países signatarios, de los siguientes documentos de nuestro país: Libreta de Enrolamiento, Libreta Cívica, DNI, Cédulas de Identidad expedidas por la Policía Federal o los gobiernos provinciales<sup>3</sup>.

(2) Diccionario de la Real Academia Española, 21ª Edición, octubre 2006, tomo I, p. 32 y tomo II, p. 1139.

(3) CERÁVOLO, Ángel Francisco. "La identidad de los otorgantes de las escrituras públicas. Artículos 1001 y 1002 del Código Civil", *Revista del Notariado* 887, p. 159.

¿Bastará con la sola presentación de uno de los documentos legalmente aptos, antes referidos para considerarlo *documento idóneo*? Recuérdese que el juez penal señalado seguirá pensando que el escribano invariablemente duda en cuanto a la identidad del compareciente y podría construir el siguiente tenebroso silogismo:

Premisa mayor: todos los escribanos dudan en cuanto a la identidad del compareciente y, razonablemente, ante tal duda, siempre deben requerir la mayor cantidad de elementos identificatorios posibles. Premisa menor: un escribano pidió solo un documento apto. Conclusión: ergo, como dudó, al igual que lo hacen siempre los notarios, pudo haber cometido falsedad documental, por dolo eventual, si el compareciente no era quien dijo ser.

¿Cómo precaverse de tal amenaza? Proponemos:

**1º)** Ante la presentación de un documento legalmente apto, pero inadecuado para la identificación –foto borrosa, muy antigua, documento deteriorado–, recurrir a todos los elementos identificatorios posibles. Dos fallos que establecen la necesidad de precaverse:

a) “Corresponde procesar por una posible falsedad ideológica con dolo eventual (artículo 293 Código Penal) a la escribana que se conformó con la mera presentación de un triplicado de documento de identidad que contenía una foto borrosa. Ello supone que la escribana se representó la posibilidad de que insertara una falsedad y, sin embargo, no realizó todas las medidas que tenía a su alcance para adquirir la certidumbre que le exigía la ley” (Excma. Cámara Crim. y Correc. de la Cap. Federal, Sala IV, 11/6/02 - Causa 18.278).

b) “Es parte esencial de tal capacidad (del escribano) su personal intervención en el acto y en el conocimiento de las partes, no supliéndose ella por la exhibición de un documento de identidad, teniendo en cuenta que en estos últimos tiempos se han dado muchos casos de documentos fraguados. En esta situación se hace inexcusable que el profesional lleve adelante su cometido con mayor prudencia e idoneidad, tomando todos los elementos con los cuales pueda formar un acabado juicio de certeza” (Excma. Cam. Federal de Apel. Crim. y Correc. de Cap. Federal, Sala II, 15/8/96 - Causa 12.410. Ídem 16/10/97 - Causa 13.660).

**2º)** En la eventualidad de ser víctimas de una sustitución de persona, el Juez penal considerará la existencia o inexistencia de culpabilidad en nuestro accionar, según hayamos agotado los medios identificatorios, además del *documento idóneo*. Agotémoslos entonces requiriendo al compareciente huellas dactilares, recibidas en el protocolo, y documentos complementarios solicitados sorpresivamente –verbigracia licencia de conducir, carnet profesional o de clubes deportivos–, cuyas fotocopias glosaremos al protocolo.

### III. ACOSO PENAL NOTARIAL POR LOS ÓRGANOS DE RECAUDACIÓN FISCAL

#### A) PRODUCTIVO AGENTE DE RETENCIÓN

Sin duda, los escribanos somos los mejores y más productivos colaboradores de los órganos de recaudación fiscal y los más perseguidos. No percibimos remuneración alguna de la administración fiscal y recaudamos, para ella, en conjunto, sumas siderales: somos los colaboradores fiscales más baratos y más productivos. En retribución, los órganos de recaudación fiscal nos acosan sin descanso, sean nacionales, provinciales o municipales.

#### B) A TODO NIVEL

*i. "La falsa afirmación efectuada por la notaria en el cuerpo de la escritura en torno a que no existían pendientes de pago deudas municipales o impositivas evidencia una cooperación dolosa en la realización del delito de estafa, sin la cual éste no hubiera podido cometerse (artículo 45 Código Penal) (Excma. Cám. Crim. y Correc. Cap. Federal, Sala V, 18/10/99 - Causa 34.863)<sup>4</sup>.*

Adviértase el riesgo que corremos si, por error, expresamos que los impuestos están pagos, cuando en realidad no lo están totalmente: ser considerados partícipes en la estafa del vendedor al comprador.

*ii. "El escribano debe requerir, antes de autorizar una escritura, un informe de la Municipalidad respectiva sobre las deudas que pesen sobre el bien inmueble por impuestos, tasas, aceras, pavimentos, etc., conforme lo dispuesto por la ley 7438 de la Pcia. de Buenos Aires, en su artículo 1º, pero no se desprende de ello que pueda recaer sobre el Oficial Público el importe de la deuda impaga" (Excma. Cam. Nac. de Apel. en lo Civil de la Cap. Federal, Sala G, 14/8/87 - Expte. G-030431).*

En este caso la municipalidad provincial había sometido al escribano a un juzgamiento ético disciplinario por la Cámara que, por entonces, ejercía el control de la actividad notarial capitalina.

(4) GARCÍA RÚA, Oscar Jorge. *El Proceso Disciplinario del Escribano - Responsabilidad penal, civil y ética*. Editorial Abaco, Rodolfo De Palma, pp. 335 y 224.

## C) EL MÁXIMO ACOSO FISCAL

No cabe la menor duda que el máximo acoso penal al notariado es realizado por la AFIP y los organismos creados a su instancia. Así, la ley 25.246 que reprime y evita las operaciones del lavado de dinero establece:

i. Crear el tipo penal de *lavado de activos de origen delictivo*, que reprime al que "convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquirieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí" (artículo 278, inc. 1, Código Penal).

Este delito tiene forma dolosa y culposa. La forma dolosa se reprime con prisión de 2 a 10 años y multa de 2 a 10 veces el monto de la operación; la forma culposa, con multa del 20 al 150% del valor de los bienes.

ii. Convertir es "mudar una cosa en otra"<sup>5</sup>. Si un escribano realiza una operación de compraventa de un inmueble, realizada con dinero de origen delictivo participa en la "conversión" del dinero ilícito en un inmueble lícito. Normalmente, un escribano no tiene cómo saber el origen del dinero con el que compra un inmueble una persona porque este no se presenta con un cartel en su pecho que diga "soy delincuente o narcotraficante".

Y si actuó por inadvertencia, se plantean diversas posibilidades: 1) *Culpa inconsciente*; no se planteó, en forma alguna, que el dinero tuviera origen ilícito y configura el menor grado de culpabilidad. 2) *Culpa con representación*: se planteó la posibilidad de que el dinero fuera de origen ilícito y no la aceptó, por una serie de circunstancias que rodeaban al comprador. 3) *Dolo eventual*: Se planteó la posibilidad del origen ilícito y, no obstante, decidió correr el riesgo de que lo fuera, porque el honorario era muy importante.

Ustedes advierten que, para determinar en cuál de los tres supuestos situamos el accionar del notario, deberíamos hacer una disección cerebral, la cual no es de fácil realización en sede penal, teniendo en cuenta que el tipo subjetivo tiene que ver con el aspecto cognoscitivo y volitivo. Si al notario de marras le toca un juez, como el del apartado II anterior, que piensa que el escribano siempre duda, entonces... ¡tiembale, señor Escribano!

---

(5) Diccionario de la Real Academia Española, op. cit, tomo I, p. 583.

iii. Pensemos que al Escribano don Juan Sinsuerte se le presenta un ex funcionario, Modestino Dudacabe, que fuera imputado de un importante cohecho durante su gestión, según todos los medios de prensa. Piensa que la importante suma de la compra puede tener ese origen ilícito. ¿Qué puede hacer? Consulta a un amigo, Profesor de Derecho Penal Administrativo, y este le dice:

«¡Ojo! La ley 25.246 te obliga por los artículos 2º, inc. 12) y 21, inc. b) a informar a la Unidad de Información Financiera, "aquellas operaciones que te resulten sospechosas de acuerdo a los usos y costumbres de tu actividad" y que, por tu experiencia e idoneidad resulten "inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada". Además, debes llevar adelante la operación y abstenerte de "revelar al cliente o a terceros" tu denuncia (artículo 21, inc. c). Mirá, aquí tenés descriptos diez casos típicos de operaciones sospechosas realizada por la UIF, en su resolución 10/2004, que emitiera en virtud de la facultad de establecer a través de pautas objetivas, las modalidades "de operaciones sospechosas" (artículo 21, inc. b)».

Don Juan Sinsuerte denuncia la operación sospechosa a la UIF, realiza la escritura de compraventa, como en esta le indican, sin comunicar nada a su cliente. El señor Dudacabe acredita ante la UIF que los fondos con que comprara proceden de una importante herencia que beneficiara a su esposa y es absuelto por la UIF. Luego, enterado, por los mil contactos que guarda de su actuación en la Administración Pública, de que la denuncia fue de don Juan Sinsuerte, Modestino Dudacabe acciona contra él por acusación calumniosa –artículo 1095, Código Civil– y por falsa denuncia –artículo 245 Código Penal– y formaliza denuncia ante el Colegio Notarial que controla su matrícula para que se lo prive de ella.

## D) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 25.246

La ley 25.246 es manifiestamente inconstitucional porque:

**a)** Viola el derecho de trabajar del escribano, resguardado por el artículo 14 Bis de la Constitución Nacional. Hace incurrir al notario en violación a los deberes de lealtad, imparcialidad y secreto hacia las partes establecidas en las leyes locales que regulan la profesión -verbigracia artículo 29, inc. p), ley 404 CABA.<sup>6</sup> Porque es de la competencia de las autonomías provinciales el regular las profesiones. ¿Cómo armonizan estos deberes con la obligación de denunciar solapadamente al cliente, realizar la operación y cobrar de él el honorario?

(6) BIDART CAMPOS, Germán J. "Principios Constitucionales de Derecho del Trabajo (Individual y Colectivo y de la Seguridad Social)". El Derecho, 1981-4812.

**b)** Viola el principio constitucional de división de poderes establecido en la Constitución Nacional, en la medida que confiere la suma del poder público en esta materia al Poder Ejecutivo dado que este, por medio de un organismo de su dependencia, la UIF, crea el tipo legal (resolución 10/2004), juzga y sanciona (ley 25.246, artículos 23; 24 y 25)<sup>7</sup>.

**c)** Coloca al escribano una trampa legal o ilegal, en la medida que lo obliga a una tarea imposible, de "Sherlock Holmes Fiscal", cual es el establecer el origen delictuoso de los fondos con los que se realiza una operación. Cuando, por azar o inadvertencia, realiza una escrituración de este tipo, se encuentra en la difícilísima situación de acreditar su falta de responsabilidad, a riesgo de ser considerado culpable a título de negligencia simple, culpa con representación o dolo eventual, con penas tan graves que van desde altísimas multas a la prisión de 5 a 10 años.

**d)** El Estado pretende que el escribano realice una tarea que él no cumple cabalmente, cual es la prevención y represión de la delincuencia.

#### **IV. NECESIDAD DE QUE EL ESCRIBANO CONOZCA LA TUTELA PENAL DEL CONTRATO Y CÓMO PRECAVERSE DE LOS RIESGOS DE SU PROFESIÓN. PROPUESTAS**

Para concluir acerca de la conveniencia de que los escribanos profundicen el conocimiento del Derecho Penal, para evitar incurrir en figuras penales a las que se ven expuestos en el ejercicio cotidiano de su función, a título ejemplificativo, analicemos dos supuestos posibles.

**1.** Se presenta en la notaría un abogado solicitando ver una escritura determinada, so pretexto de realizar un estudio de título. ¿Qué actitud debemos tomar frente a ese requerimiento? Supongamos que el notario nada pregunta acerca de cuál es el motivo ni si el abogado tiene o no autorización de las partes. El letrado analiza la escritura y resalta la existencia del pago del precio realizado en euros, antes del acto de la escritura. Resulta de esta, asimismo, que el pago no fue bancarizado en los términos de la ley 25.345, por la inexistencia de cuentas en dicha moneda. Sobre la base de la aparente falsedad de tal hecho, el abogado logra que el juez de la quiebra del vendedor impida la venta que el comprador estaba a punto de realizar a un tercer adquirente (artículo 1051 del Código Civil). ¿Existiría de parte del escribano violación del secreto profesional al posibilitar accionar por la ineficacia del pago?

(7) En el caso "Mouviel, Raúl y otros", la Suprema Corte, con dictamen de mi maestro Sebastián Soler, como Procurador General estableció que el Poder Ejecutivo, por medio del Jefe de la Policía Federal, asumió la suma del poder público en materias contravencional en la medida que dictaba el Código de Faltas, las juzgaba y sancionaba (Fallos Corte Suprema, 17/05/1957, La Ley, tomo 88, p. 254).



**2.** La ley 24.769 establece que “el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera total o parcialmente el pago de tributos al Fisco Nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos (...)” comete el delito de evasión impositiva simple. Un análisis integrativo de esta figura, en conjunción con lo establecido en el artículo 45 del Código Penal permitiría concluir que el escribano que realiza una transferencia de un inmueble en la que el obligado incurre en el tipo antes descrito, podría ser partícipe en el mismo, toda vez que el referido artículo de la ley de fondo refiere a quienes “prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse (el delito)”. En consecuencia, aparece la necesidad de advertir a las partes siempre acerca del riesgo de incurrir en esta figura delictiva y la necesidad de que el precio guarde adecuada relación con el de mercado.

Estos ejemplos, así como los que anteriormente desarrolláramos nos alertan acerca de la necesidad de que el escribano esté prevenido e informado sobre los posibles delitos en los que puede verse involucrado; además de la conveniencia de que los colegios notariales instruyan al respecto a sus asociados y que estos, en lugar de tener miedo, se prevengan y estudien. Solo el conocimiento de las figuras penales y la posibilidad de evitar la comisión de las mismas pueden lograr evitar vernos inmersos en los tipos delictivos de referencia.

## **V. PONENCIA**

**1.** Cada Colegio Notarial y el Consejo Federal del Notariado Argentino deben realizar labor de esclarecimiento acerca de cómo se realiza la tarea notarial en la práctica diaria, ante los jueces penales de cada jurisdicción, de modo que no incurran en errores acerca de ella que deriven en injustas imputaciones.

**2.** Sería conveniente crear, en cada Colegio Notarial, un Instituto de Derecho Penal que no solo investigue acerca de los delitos en que la pretensión punitiva estatal afecta la tarea del notario, sino que, respecto de este último, realice labor docente de esos tipos penales y los que tutelan la buena fe contractual. Dicho Instituto deberá analizar y difundir las formas en que el escribano puede preconstituir prueba que lo ponga a resguardo de injustas acusaciones penales.

**3.** Sería conveniente crear, en cada Colegio Notarial, la figura del Asesor Penal que no sólo brinde asesoramiento en la materia a la Institución, sino que lo haga respecto de los notarios que actúen de buena fe y se encuentren injustamente acusados en sede penal. Obviamente, quedarán excluidos de tal asesoramiento aquellos casos en los que la falta de responsabilidad no apareciera claramente.

4. Aun cuando, en un acto escriturario, identifiquemos al compareciente con documento que juzguemos idóneo, en los términos del artículo 1002, inc. 3º, Código Civil, es conveniente sumar medios identificatorios –verbigracia, señas dactilares– y fotocopias de documentos complementarios –carnet profesional, licencia de conducir, etc.–, como medio de preconstituir prueba que nos cubra de una eventual sustitución de persona.

5. En toda escritura de adquisición de un inmueble, especialmente cuando es de valor significativo, es conveniente hacerle declarar al adquirente, en forma jurada, que el dinero es de origen lícito y hacerle llenar, de su puño y letra, el formulario de la UIF, con todos sus datos. Ello, como medio de precavernos de una injusta acusación por violar el régimen de la ley 25.246. Si lo hacemos siempre, como una obligación impuesta por esta legislación, ningún cliente se sentirá molesto por la declaración que le hacemos realizar.

6. Los Colegios notariales de todo el país y el Consejo Federal del Notariado Argentino, deben impulsar una decidida y aguerrida campaña ante los poderes públicos, a nivel nacional, provincial y municipal, tendiente a que cese el acoso a nuestra profesión.

## Comentario al Tema IV "El escribano frente a la pretensión punitiva del Estado"

José María Lorenzo

### **Sumario: I. Introito II. Conclusiones III. Comentario**

#### **I. INTROITO**

El tema abordado por la Jornada reviste suma importancia por diversas razones. En primer término, porque es la primera vez en que se tratan cuestiones atinentes al notario frente al derecho penal. En segundo término, por cuanto se estudiaron aspectos no sólo relacionados con la función propia del notario, sino también ciertas necesidades de índole institucional que redundan en un mejor funcionamiento de las colegiaturas. En tercer término, porque no se perdió de vista la implicancia social que la función notarial conlleva, y su injerencia directa respecto de la seguridad jurídica. Y en cuarto, y último término, en la medida en que se analizó, con favorable conclusión, el tipo penal de la falsedad ideológica que tantos malestares genera a los escribanos.