

Asentimiento conyugal y responsabilidad penal

Domingo P. Barbé, Oscar J. García Rúa
y José María Lorenzo

Sumario: I. Casus. II. Quaestio: de si el delito de falsedad ideológica puede ser o no cometido por dolo eventual a) La verdad b) La fe pública c) La figura penal. III. Quaestio: de si es aplicable al caso el supuesto de la “estafa notarial”.

I. Casus

Una persona, mentidamente, adquiere una importante cantidad de bienes inmuebles de carácter ganancial, declarando, en el acto escriturario, ser de estado civil soltero, cuando, en realidad, es casado.

Luego, transcurrido un tiempo, invocando el mismo estado civil y ante el mismo escribano, realiza las escrituras de transmisión del derecho real de dominio, eludiendo así el deber legal de contar con el asentimiento conyugal de parte de su cónyuge, acorde las disposiciones del artículo 1277 del Código Civil.

Es menester, entonces, en los párrafos sucesivos, determinar si le cabe o no responsabilidad al escribano que autorizó las escrituras públicas respectivas en orden a los delitos de estafa en concurso con falsedad ideológica, previstos en los artículos 172 y 293 del Código Penal.

II. Quaestio: De si el delito de falsedad ideológica puede ser o no cometido por dolo eventual

a) La verdad

No cabe duda alguna de que los instrumentos públicos deben ser fiel reflejo de la verdad, pues ello redundaría en la seguridad jurídica que precisa el tráfico cotidiano de toda sociedad civilizada.

Es así que el vocablo *verdad* se utiliza, primariamente, en dos sentidos, a saber: 1) para referirse a una proposición; y 2) para indicar una realidad.

En el primer caso se sostiene con atino que una proposición es verdadera a diferencia de la falsa.

Y, en el segundo caso, se afirma con certeza que una realidad es verdadera a diferencia de lo aparente, ilusorio, irreal, inexistente, etc.

No siempre es fácil distinguir entre estos dos sentidos de verdad, puesto que una proposición verdadera se refiere a una realidad, y de una realidad se asevera que es verdadera.

Ello es lo que ocurrió con la idea de verdad que predominó desde los comienzos de la filosofía.

Sentado ello, en la medida en que, sin desmerecer la suma importancia de la cuestión, lo relevante para el caso es la implicancia de este concepto respecto de los instrumentos públicos, cabe tener presente que aquellos deben ser fiel reflejo de la realidad y, por consiguiente, de lo verdadero.

De no ser así, el instrumento puede ser falso, en su aspecto material, o bien contener una falsedad, esto es, manifestaciones que resultan ser una dolosa divergencia entre lo declarado, sea por el oficial público o por alguna de las partes intervinientes en el acto, y la realidad extradocumental, es decir, el mundo de lo sensible.

b) La fe pública

Es cierto que actualmente, y desde el surgimiento de los Estados modernos, la *fe pública* es una potestad que les resulta inherente; sin embargo, cuadra resaltar, pues resulta ser una muestra sólida e incuestionable de la importancia que la misma tiene para las personas que anhelan desarrollar su vida de manera organizada, y bregan por la civilización.

Ello es así, por cuanto aquellos precisan de la certeza y seguridad que brindan ciertos documentos, primordialmente, la escritura pública.

Si partimos de las dos funciones que tiene el Estado dentro de un plano legiferante común, bien puede definirse, al bien jurídico *fe pública* como la confianza general que despiertan las

instituciones creadas por el Estado en esas dos funciones.

Mas esta fórmula, si bien es cierta, peca por insuficiente, pues abarcaría también el ámbito procesal de la prueba y las simples relaciones entre particulares.

Entonces, debe ceñirse el concepto de fe pública al amparo o tutela, en su primera función, de los signos e instrumentos convencionales que el Estado impone con carácter de obligatoriedad y, en su segunda función, a los actos jurídicos que respetan ciertas formas materiales y que son destinados a los objetivos legalmente previstos.

Las expresiones *signos e instrumentos convencionales* se refieren a la moneda, sellos, escrituras, bonos, títulos y todos los emitidos por el Estado como creador e imponedor. A la vez, por actos jurídicos sometidos a formas y objetivos se comprenden a los instrumentos aptos para establecer relaciones jurídicas entre las personas, a los que el Estado les impone un determinado número de requisitos o formas, que deben observarse para la existencia y viabilidad del acto, y a los cuales, además, les asigna una finalidad específica.

Es así que la presencia inescindible de formas y objetivos, explica que puedan existir verdaderas falsificaciones sancionadas nada más que con una pena nominal, tal como sucede con la impuesta por el artículo 292 del Código de Fondo, en caso de falsedad de instrumentos privados, que no son utilizados en absoluto o no se los destina a su fin específico creado *ad prompam vel ostentationem*, donde está ausente el objetivo; en tanto se dan comportamientos que, sin que importen falsificación alguna en la forma, resultan, en cambio, punibles por distorsión del objeto, como lo es el de uso previsto en el artículo 296 del mismo cuerpo legal.

De ahí que, para justificar la incriminación de estas conductas, que sólo son concreta o potencialmente lesivas cuando aúna el uso, suela recurrirse a la teoría del deterioro del normal desenvolvimiento de la vida social, sin advertir que esta situación también se da cuando los comportamientos vulneran la primera función.

Ocurre que la confianza general, bien jurídico preponderante, se apoya, precisamente, sobre el supuesto de que tanto ciertos signos e instrumentos como actos jurídicos con deter-

minadas formas y objetivos son los socialmente aptos para el desenvolvimiento normal de la vida civil, en la medida en que el Estado los ha reconocido y regulado.

Tampoco es plenamente válida la utilización de los conceptos, supuestamente antinómicos de *autenticidad e imitatio*, por un lado, y de *veracidad e inmutatio*, por el otro, para distinguir tipos de acciones perjudiciales para la fe pública, como dividiendo el bien en dos niveles. La *autenticidad*, definida como lo cierto y positivo por caracteres, requisitos o circunstancias que en ella concurren, está presente en la fe pública, mas no en una, sino en ambas funciones. Tanto la moneda como el quehacer particular deben estar vinculados a la fórmula de certeza dada por el Estado.

En cambio, la *veracidad*, identificada, en general, con la fuerza probatoria, también exige conformidad con lo que se dice o expresa, mas es más propia para la formulación de un bien autónomo, protector de la prueba en sí, íntimamente ligada con la administración de justicia, que para la de la fe pública, dentro de lo cual no juega un papel preponderante, por aquello de que no todo lo que afecta a la prueba lesiona, a la vez, a la fe pública.

Toda confusión proviene, en gran medida, de haber utilizado, para desentrañar el concepto de fe pública, concepciones históricas formalmente similares a las aparentemente contempladas en los tipos de falsedad, cuyo método es predominantemente inductivo, sin reparar en que la concepción de *fe pública* elaborada por el legislador moderno nada tiene que ver con el contenido que el *falsum* tenía para los juristas en el Estado romano.

En efecto, el legislador refleja esa yuxtaposición que resume en las instituciones del Estado y que el intérprete, posteriormente, debe desbrozar para hallar el bien jurídico rector o preponderante que ha orientado la modelación de los tipos, y así interpretarlos, acudiendo al método sustancialmente deductivo.

En definitiva, lo que interesa, y a guisa de síntesis, es que el concepto de *fe pública* aparece como unitario, no divisible, y que tanto en una como en otra función esté presente, en el contenido, la yuxtaposición antes referida, aunque solo se lo advierta en una primera observación superficial.

Luego, el esquema debe, por lógica, aplicarse al *interés social*, es decir a ese juicio de relación que nace contemporáneamente con el concepto de bien jurídico, pues, como quedó dicho, en la tipificación legal, están ínsitos los objetos, esto es, sujetos e instituciones, con derecho a la protección.

Finalmente, cuadra destacar que es en el sistema de valores donde el intérprete aporta el grado necesario de flexibilización que extrae de la conciencia social, del cual debe valer-se para extender correctamente la voluntad protectora de la fe pública al caso concreto y, de esta forma, podrá establecerse la acepción actualizada de moneda, billete, documento, falsificación material, falsedad ideológica, instrumentos públicos y privados, uso, adulteración, supresión, etc., que son todos aspectos de las circunstancias de la conducta que puede perjudicar al bien jurídico.

c) La figura penal

1) **El Tipo.** La ley describe el tipo del siguiente modo: *“el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba aprobar, de modo que pueda resultar perjuicio”* (artículo 293 Código Penal).

2) Elementos del tipo objetivo

- *El verbo típico*

Es el que describe aquello en que la acción consiste y, en esta figura penal, tiene dos variantes:

a) *“Insertar, en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho, que el documento público debe probar”*. Es menester destacar que quien inserta la falsedad en el instrumento público es solo el oficial público que autoriza el documento. Ejemplo, realizar una escritura de compraventa a sabiendas de que el vendedor no es quien dice ser y, además, el escribano utiliza documentación que, sabe, resulta apócrifa.

b) *“Hacer insertar, en una escritura pública, declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento público debe probar”*. Ejemplo, un escribano realiza una escritura de transferencia de dominio, volcando en el documento afirmaciones falsas que le fueran informadas por alguno de los comparecientes al acto escriturario. Como ocurre cuando se manifiesta al notario un estado civil que no es real.

- *Características de la acción*

La realización de una escritura pública contractual es una compleja obra de elaboración intelectual, que excluye toda posibilidad de culpabilidad a título de dolo eventual. Ello porque la acción debe ser típica, debe ser analizada a través del lente del tipo y, en el caso de los escribanos, consiste en *“insertar –a sabiendas– una declaración falsa en una escritura, concerniente a un hecho que el documento debe probar”*. Claramente, cabe concluir que el tipo penal en cuestión no admite de parte del autor un conocimiento probable o eventual, sino directo, actual y concreto.

¿Se puede realizar esta compleja labor intelectual, creando una escritura falsa, por inserción de una declaración falaz, sin pleno conocimiento, conciencia, de que se introduce tal falsedad, desde el comienzo de la tarea notarial? Sí. Mas lo cierto es que el tipo penal no contempla la variante de que el agente obre con dolo eventual.

- *Sujeto activo*

Como quedó dicho, el sujeto activo de la figura puede ser el que inserta la afirmación falsa, que siempre será un oficial público, como el escribano, quien, si bien no reviste usualmente el carácter de funcionario público por la falta de relación jerárquica y remuneración del Estado, es un profesional del derecho que ejerce función pública y, en consecuencia, queda abarcado por la norma penal; o bien, el que hace insertar, quien, en los supuestos en que interviene un escribano como fedatario, será siempre alguno de los intervinientes en el acto escriturario.

Es menester destacar que el instrumento público es

verdadero respecto de los otorgantes y de la materialidad de su tenor, mas no es verídico como manifestación probatoria del hecho sobre cuya verdad o veracidad debe hacer fe pública, pudiendo ser autores del delito los escribanos o funcionarios encargados de extender el instrumento público, pues son los únicos que pueden insertar manifestaciones en él, como así también los particulares, a cuyo cargo la ley pone la obligación de hacer insertar por los escribanos o funcionarios encargados de extender los instrumentos públicos manifestaciones verídicas sobre ciertos hechos¹.

- *Sujeto pasivo*

En la medida en que la comisión de este delito, en principio, pues suele concurrir con otras figuras defraudatorias, que perjudican patrimonialmente a particulares o al propio Estado, afecta a la fe pública, potestad de éste último, es prudente concluir que el sujeto pasivo es el Estado.

- *Elementos circunstanciales: el perjuicio*

El perjuicio, en la figura, es un elemento circunstancial, así descripto: “*de modo que pueda resultar perjuicio*”. Es por demás trascendente señalar que ese perjuicio no necesariamente debe ser efectivo, pues basta con que resulte meramente potencial. Por otra parte, cuadra observar que la conducta típica del artículo 293 Código Sustantivo es “*insertar en un documento declaraciones falsas*” y que ellas tengan aptitud para producir perjuicio, siendo que el dolo estriba en el conocimiento del carácter del documento, del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose al de la posibilidad de perjuicio².

- *Elementos normativos*

El tipo penal de la falsedad ideológica tiene como elemento normativo y, por ende, corresponde remitirse a las normas jurídicas ajenas a la esfera penal para su determinación, al instrumento público.

Por regla, sólo el instrumento público puede ser objeto de un atentado contra su veracidad lesionador de la fe pública, por cuanto es el único que compromete la garantía estatal de la veracidad *erga omnes* de lo manifestado por el otorgante.

1. NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Córdoba – Buenos Aires, Ed. Lerner, 1976, p. 480.

2. CNCP, Sala IV, registro nro. 1764.4., “Martínez Del Valle, Ezequiel Adolfo s/recurso de casación”, rta. 2/03/1999, causa nro. 1064.

El instrumento público suele definirse como aquél que, secundado por una disposición normativa, tiene fuerza probatoria auténtica, sea que esa disposición normativa requiera, a ese efecto, de la actuación de un oficial público, de un autorizado para actuar como tal, u otros elementos en ella previstos. De tal modo que no es la autenticidad, como elemento caracterizante o calidad lo que da el concepto, sino la norma tomada en sentido amplio o material, la cual con sus recaudos y elementos establece la condición de instrumento público y, por ello, este tiene autenticidad³.

Es dable, entonces, señalar que se considera documento público a las constancias extendidas por los funcionarios legalmente facultados en la forma solemne o no, que las leyes o su reglamentación exigen o admiten, siempre que presenten los signos de autenticidad correspondientes a cada caso⁴.

Luego, resulta incuestionable que las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo son instrumentos públicos, acorde la preceptiva del artículo 979, inciso 1ro. del Código Civil.

Tan es así, que la escritura pública es el único instrumento público especialmente regulado en el Título IV de la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil.

Por consiguiente, en la medida en que el agente inserte –oficial público- o haga insertar –intervinientes en el acto- declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, más aún en una escritura pública, autorizada por un notario, estaremos ante el concepto normativo de “instrumento público” requerido para configuración del tipo objetivo de la figura delictiva de la falsedad ideológica, descrita en el artículo 293 del Código Sustantivo.

En conclusión, cuando se insertan afirmaciones falsas en un instrumento público, y en especial en una escritura pública, paradigma del género, se produce un menoscabo de la fe pública en cuanto ha deformado el documento que lleva, sumándose a una lesión abstracta, la concreta posibilidad de que la denunciante sufra un perjuicio, ocasionado directamente por la falsificación misma⁵.

No es posible soslayar que las normas jurídicas que determinan el carácter de instrumento público del documento de-

3. CIFUENTES, Santos, *Código Civil Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2005, Tomo I, p..704.

4. CNCrim. y Correcc., Sala IV, “Maciel, José Orlando”, rta. 12/11/2001, causa nro. 17.248.

5. CNCrim. y Correcc., Sala IV, “Mermet, Lilia F”, rta. 19/10/2001, causa nro. 16.860.

ben ser dictadas por el Congreso de la Nación, pues es un facultad delegada por los Gobiernos Provinciales a la Nación legislar cuestiones propias, como esta, del derecho civil sustantivo.

Luego, no deben ser considerados como instrumentos públicos aquellos que no son declarados como tales por una ley nacional, siendo que, a pesar de ello, es frecuente que en el ámbito penal se aplique un criterio sumamente amplio y, por tanto, abarcativo de documentos que no tienen debido reconocimiento jurídico.

- *Consumación*

Cabe resaltar que el delito de falsedad ideológica se consume cuando el documento público queda confeccionado como tal, con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren al efecto, aunque no se hayan realizado todavía cada uno de los actos necesarios para oponerle la prueba por él constituida a terceros, pues ya desde aquel momento nace la posibilidad de perjuicio contra los derechos e intereses de otras personas que no intervienen en el acto⁶.

3) La tipicidad subjetiva del tipo

Todo tipo penal tiene una tipicidad objetiva, que es la descripción legal de la figura penal. Y una tipicidad subjetiva que se integra con un elemento cognoscitivo (el conocimiento que el autor tiene de la realización de su conducta). Y otro volitivo, que es la voluntad rectora de ese conocimiento. De ahí que el agente puede obrar con dolo directo, indirecto o eventual.

- *A título de dolo directo*

Para la Cámara Nacional de Casación Penal, dolo es la voluntad del agente de realizar el tipo penal, con la conciencia de que se está realizando todos los elementos que lo constituyen.

Así, tiene establecido que no comete falso testimonio el testigo solo por afirmar algo objetivamente falso o callar algo verdadero, sino cuando sabe que lo que dice es falso y cuando oculta algo que sabe. Por eso el dolo requiere conocimiento, conciencia y voluntad de afirmar lo falso o de negar lo verdade-

6. CNCP, Sala IV, registro nro. 635, "Solís, Eduardo Ramón s/ recurso de casación", rta. 15/08/1996, causa nro. 372.

ro. Quien miente, creyendo que dice la verdad, no comete falso testimonio, porque subjetivamente no miente⁷.

Y en cuanto al concepto genérico de dolo, se estableció que el dolo, como forma de culpabilidad, requiere conocimiento y voluntad, que debe probarse, para adecuar la conducta a una figura penal determinada⁸. ¿Conocimiento y voluntad de qué? De los elementos del tipo y su realización con conciencia plena.

Finalmente, respecto a la falsedad documental que nos ocupa, se estableció que la conducta típica del artículo 293 es insertar en un documento declaraciones falsas y que ellas tengan aptitud para producir perjuicio. El dolo estriba en el conocimiento del carácter del documento, del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose a la posibilidad de perjuicio. Solo funciona lo que se denomina dolo directo. En las falsedades documentales se requiere que el agente proceda a sabiendas de que falsifica y que actuó con voluntad de hacerlo, lo cual no puede proceder de simples violaciones del deber de cuidado, que no permiten encuadrar la conducta dentro del dolo directo⁹.

En consecuencia, el escribano solo puede incurrir en falsedad documental, al realizar una escritura pública, cuando se acredite fehacientemente que actuó a sabiendas de que introducía en ella declaraciones falsas acerca de hechos que el documento debía probar y con plena voluntad de hacerlo. No siendo posible, por consiguiente, atribuir la conducta delictiva a título de dolo eventual.

• *A título de dolo eventual*

Para SOLER obra con dolo el que quiso, de modo directo, el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción¹⁰.

Por otra parte, ROXIN sostiene que quién actuó con dolo eventual, está de acuerdo con la producción del resultado dañoso, en el sentido de que se conforma con él, aprobándolo, o, al menos, se resigna a la realización del tipo¹¹.

El dolo eventual se da cuando el sujeto activo o autor se representa la producción de un resultado jurídicamente desaprobado y, no obstante, en vez de cesar su conducta, continúa con la realización de la misma.

7. CNCP, Sala III, "Leiva, Argentino" s/ recurso de casación, rta. 16/09/1999, causa nro. 1715.

8. CNCP, Sala I, "Ferrando, Carlos s/ recurso de Casación", rta. 22/ 11/ 1995, causa nro. 67.

9. CNCP, Sala IV, "Martínez del Valle, Ezequiel R. s/ recurso de Casación", rta. 23/03/1999, causa nro. 1064.

10. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1976, Tomo II, p. 114.

11. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, par. 12.67.

No debe confundirse al dolo eventual con la culpa con representación. Para determinar si hay culpa con representación o dolo eventual debe establecerse si el autor se representó el resultado lesivo de un bien jurídico tutelado por la ley penal sustantiva, mas confía en que su pericia lo evitará; mas si se representó en su mente el resultado y, a pesar de ello, continúa con su obrar, se configura el dolo eventual.

Es así que, en términos corrientes, en los supuestos de dolo eventual el agente, advirtiendo la posibilidad de producir un resultado perjudicial para diversos bienes jurídicos, razona del siguiente modo: “Que se fastidie”, “Que se embrome”, “No me importa”, etc., y persiste con su accionar delictual.

Mas, como es imposible realizar una “intromisión” en la mente del sujeto activo, debemos guiarnos por los signos exteriores, con el riesgo de conculcar la garantía constitucional de determinar claramente los límites de la culpabilidad: *nullum crimen, sine culpa*.

Por ello, se sostuvo, con atino que, para condenar por dolo eventual, debía profundizarse en la mente del sujeto para determinar sin hesitación, qué pasó por su imaginación¹². Entonces, la posibilidad de dolo eventual se da cuando el agente, en su accionar, asume que, como consecuencia de ello, provocará un resultado desaprobado por la ley penal sustantiva y lesivo de bienes jurídicos, continuando con su proceder, en vez de desistir. Sin embargo, es dable insistir hasta el hartazgo que, cuando ello ocurre, la acción sólo será relevante para el derecho penal si, y solo si, el supuesto del dolo eventual se encuentra claramente descrito en el tipo penal en cuestión. Y, de no ser así, no cabe duda, de que el Magistrado encargado de juzgar el caso, transgrediría preceptos constitucionales.

¿Cuándo será jurídicamente correcto aplicar el dolo eventual? Cuando la descripción del tipo comprende esa “representación” que se produce en la mente del autor. Muestra cabal de ello, es el tipo del encubrimiento, previsto en el artículo 277, inciso 2 del Código Penal, que de manera prístina contempla tal supuesto. En efecto, reprime al autor, si de acuerdo con las circunstancias, podía sospechar la procedencia de un delito de ciertos bienes.

Por consiguiente, deviene incuestionable, que la descrip-

12. CNCrim. y Correcc., Sala V, “Alamo, Simón”, causa nro. 33.993, rta. 13/03/1997.

ción de la falsedad ideológica prevista en el artículo 293 del Código Sustantivo, solo permite la imputación de la figura a título de dolo directo, esto es, con pleno conocimiento y voluntad. Un conocimiento *ab initio* de que se están insertando afirmaciones falsas: por eso no pueden ser realizadas por dolo eventual y solo pueden serlo por dolo directo, como lo estableció acertadamente la Cámara Nacional de Casación Penal.

Sentado ello, cabe resaltar que, frecuentemente, se sostiene que se admite 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; y, si el notario se conforma con la mera 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 eventual¹³.

Este razonamiento deviene inexacto, no sólo por lo sostenido más arriba, que ya es más que suficiente como para desmentar esa falsa creencia, sino también en la medida en que, tal como fuera anticipado más arriba, la reforma introducida a los artículos 1001 y 1002 del Código Civil por la ley 26.140, determina que la identidad puede ser justificada, entre otros medios, con la exhibición que el compareciente hiciere al escribano de documento idóneo, debiendo agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes, acorde la preceptiva del inciso c) del citado artículo 1002.

Luego, corresponde asumir que, si el notario actúa acorde la referida norma jurídica, mal puede ser imputado en orden al delito de falsedad ideológico, por cuanto la acción no resulta ser antijurídica, quedando excluida toda transgresión al ordenamiento jurídico represivo.

En lo que atañe al documento idóneo referido por el inciso c) del artículo 1002 del Código Civil, cabe señalar que, evidentemente, consiste en el Documento Nacional de Identidad, salvo en los casos de extranjeros que no lo tuvieron y cuyo domicilio

13. CNCrim. y Correcc., Sala VII, "Clariá, Enrique y otros", rta. 19/11/2001, causa nro. 16.981.

no estuviere situado en territorio argentino, oportunidad en que deberán ser identificados con su respectivo pasaporte.

En efecto, es obligatoria la presentación del Documento Nacional de Identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas en todas las circunstancias en que sea necesario probar, como ocurre cuando un escribano autoriza una escritura pública, la identidad de las personas de existencia visible que se domicilien en territorio argentino o en jurisdicción argentina, y a todos los argentinos sea cual fuere el lugar donde se domiciliaran, por aplicación de las disposiciones de los artículos 1 y 13 de la ley 17.671, que debe considerarse como complementaria del indicado artículo 1002, en la medida en que éste último, y solo para los supuestos de instrumentación de actos jurídicos en escritura pública, prevé otros medios para justificar debidamente la identidad de los comparecientes.

No está de más aclarar que son concurrentes aquellos que se presentan al acto escriturario, incluso, el escribano, cuya presencia resulta esencial, sin él no hay escritura pública; comparecientes, los que arriban ante el notario al acto que será documentado por el mismo; y otorgantes, los que realizan una declaración de voluntad, por sí o representados por otro, generadora de derechos y obligaciones inherentes a su persona y/o patrimonio.

Por ello, el escribano debe determinar la identidad de todas aquellas personas que se apersonan ante él en oportunidad de otorgarse un acto jurídico que instrumentará en escritura pública, sean otorgantes, testigos, firmantes a ruego, intérpretes, etc.

Sentado ello, cuadra señalar que corresponde procesar por una posible falsedad ideológica con dolo eventual (artículo 293, C.P.) a la escribana, que, sin conocimiento de una de las partes celebrantes, realizó el acto escritural conformándose con la mera presentación de un triplicado del documento de identidad de esa parte, que contenía una foto borrosa pegada encima de la firma del interesado, lo cual supone que la profesional se representó la posibilidad de que se 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 (artículos 1001 y 1002, C.C.)¹⁴.

14. CNCrim. y Correcc., Sala IV, "Georgiadis, María", rta. 11/06/2002, causa nro. 18.278.

En primer lugar, el criterio precedentemente expuesto es anterior a la reforma de los mencionados artículos 1001 y 1002 del Código Civil, circunstancia ésta que denota aún más la improcedencia de adoptar el mismo para dirimir una cuestión penal dirigida contra un escribano.

En segundo lugar, si el documento exhibido al escribano se encuentra palmariamente adulterado en su materialidad, no puede sostenerse la hipótesis del dolo eventual, pues esa situación fáctica demuestra fehacientemente que el notario obró con dolo directo.

En tercer lugar, y para el caso en que se pretendiera insistir en que debe sancionarse al escribano en orden a la comisión del delito de falsedad ideológica por dolo eventual, conforme fuera debidamente fundado *ut supra*, la falta de descripción típica de ese extremo torna en arbitraria toda decisión que acogiese ese temperamento, pues, bajo ningún punto de vista, resultaría ser una derivación razonada del derecho.

4) Conclusión

El delito de falsedad ideológica requiere que el autor, sea quien fuere, escribano o no, actúe motivado por dolo directo y no eventual.

De ahí que, si el escribano tiene conocimiento del verdadero estado civil del cónyuge adquirente de los inmuebles, será penalmente responsable del delito de falsedad ideológica, como corresponde para la conformación del tipo en cuestión, cometido por dolo directo.

II. *Quaestio*: De si es aplicable al caso el supuesto de la “estafa notarial”

1) La estafa notarial

Es menester, entonces, determinar si es o no aplicable al caso el supuesto doctrinal, concebido en el seno del Instituto de Derecho Penal de nuestra colegiatura, de la “estafa notarial”.

La expresión *propiedad* no sólo alude al dominio sobre

las cosas, sino también al conjunto de todos los derechos con un contenido patrimonial susceptible de apreciación pecuniaria. Así se ha dicho que el delito de estafa es un acto contra la voluntad de disponer libremente del patrimonio, a fin de que no se disminuyan sus créditos y no aumenten sus débitos sin la intervención adecuada de aquella voluntad¹⁵.

Así como cuando el juez dicta una sentencia a favor de la parte que presentó pruebas falsas, engañando al juzgador, e inducido este último a error por ese ardid, se configura una estafa procesal, así también, cuando el escribano autoriza una escritura pública (art. 979 y ss. C.C.) sobre la base de documentación apócrifa, se conforma un tipo de estafa, que bien puede denominarse como “estafa notarial”.

Para completar el paralelo entre ambas figuras, es menester tener en cuenta que la sentencia dictada por el juez es tal en la medida que se encuentra rubricada por la firma del secretario de la judicatura que ejerce, como el notario, fe pública en la esfera jurisdiccional. Así también, el escribano autoriza la escritura pública con su firma, dando fe pública en la esfera privada.

Así como el juez es “víctima” del ardid estafatorio desplegado por el autor del delito, una de las partes del proceso, también lo es el notario en la estafa notarial, por cuanto el autor, una de las partes del acto escriturario, o aún no siéndolo, como lo es un testigo del acto a ser instrumentado, realiza un astuto despliegue de medios engañosos, tendiendo a inducir al notario a error, para que autorice una escritura pública continente de un acto jurídico que resulta a la postre patrimonialmente perjudicial para la otra parte interesada en el mismo, siendo que ésta última realiza una disposición de ese carácter.

Lo concreto es que el ardid recae sobre el escribano, como en el otro supuesto sobre el juez, y resulta damnificada una tercera persona, que es dable calificar como “damnificado”.

En esta dirección, y teniendo en cuenta doctrina sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal, éste es un supuesto de “estafa triangulada”, donde la víctima del error puede ser una persona distinta de la víctima del perjuicio y ello no obsta a que éste último elemento típico deba encontrar su causa en el acto de disposición del sujeto inducido a error¹⁶.

Siguiendo este orden de ideas, el maestro NÚÑEZ seña-

15. CNCP, Sala IV, registro nro. 1125.4, causa nro. 744, “Andruchow, Juan s/recurso de casación”, rta. 17/02/98.

16. CNCP, Sala IV, “Moreno, Juan José s/ recurso de casación”, registro nro. 1938.4, causa nro. 1436, “Moreno, Juan José s/recurso de casación”, rta. 12/07/99; con citas del mismo Tribunal, registro nro. 613, causa nro. 353, “Ruisanchez Lares, Angel s/recurso de casación”, rta. 26/6/96.

la que la víctima del fraude es la persona que padece el error causado por el ardid o engaño del autor. Aclara con acierto que el ofendido por la defraudación es la persona perjudicada en su propiedad a causa de la disposición patrimonial realizada por la víctima del fraude a raíz de su error. Y concluye acertadamente que ambas calidades pueden recaer en una misma persona o en personas distintas, lo que considera indiscutible.

De ello se colige que en los supuestos de “estafa notarial” el delito se consuma cuando se genera la disposición patrimonial perjudicial para el sujeto pasivo u ofendido directo, en razón del acto instrumentado por el notario “víctima del error” en que incurre por el ardid, engaño o toda clase de maquinación desplegado por el sujeto activo o autor del mismo.

Por otra parte, habrá tentativa de “estafa notarial” cuando el autor realiza cada uno de los actos ilícitos tendientes a engañar al escribano, y este, no obstante, advierte tal circunstancia, como lo es, por ejemplo, la falsedad de la documentación entregada al notario, entre muchas otras modalidades de engaños posibles que “victimizan” a los escribanos, no autorizando la escritura pública del caso.

Luego, si el escribano, al igual que el juzgador, incurre en error, autorizando una escritura pública que resulta patrimonialmente perjudicial para la otra parte del acto escriturario, u otra persona, es porque el error le resultó invencible con los medios de que dispone.

Por ejemplo, si a un escribano, a fin de realizar un acto dispositivo en nombre y representación de otra persona, le presentan copia de una escritura pública en la que se instrumentó un acto de apoderamiento, generando una relación de mandato (art. 1869 y ss. C.C.), y este cesó en su vigencia por fallecimiento del otorgante o mandante, por más que el notario realice el estudio de títulos correspondiente (art. 1963 C.C.), si en la escritura matriz no hubiere nota marginal al respecto, el error en que incurrirá será invencible.

De todas formas, y aunque el escribano hubiere obrado con falta de diligencia, prudencia o pericia, jamás le será imputable el delito de estafa, previsto en el artículo 172 del Código Penal, pues, sin lugar a duda, requiere dolo directo.

La importancia de esta doctrina de la “estafa notarial”

consiste en poner las cosas en su lugar, ya que el escribano, desde siempre, es susceptible de ser objeto de maniobras defraudatorias, siendo injusto que sea sometido a una imputación penal en su contra, cuando antes es menester establecer si fue víctima del fraude y no partícipe, en cualquiera de sus formas, en la maniobra.

Ello no obsta en adherir a la correcta pretensión punitiva estatal de aplicar con severidad el derecho penal sustantivo en casos en los que sí el escribano, sea como coautor o partícipe secundario o primario, toma parte en la estafa.

En definitiva, la “estafa notarial” queda comprendida por la especie de las “estafas trianguladas”, abarcadas a su vez por el género de las estafas, siendo que en aquellos supuestos el notario no es partícipe del delito, sino víctima del ardid llevado a cabo por el autor.

2) Conclusión

En consecuencia, de lo precedentemente expuesto, resulta evidente que si el escribano autoriza las escrituras públicas de adquisición y enajenación de bienes engañado por el ardid desplegado por el cónyuge que falsamente declara ser de estado civil soltero, cuando en realidad es casado, no será partícipe de la maniobra defraudatoria, sino que será víctima de ese ardid y, por consiguiente, exento de toda responsabilidad penal.