

Estafa notarial: el escribano víctima del ardid

Pablo D. Barbé, Oscar J. García Rúa y José M. Lorenzo

Sumario: *I. Falsedad ideológica y estafa notarial. II. El escribano damnificado por el delito. III. Capacidad procesal para actuar como parte querellante o particular damnificado. IV. Responsabilidad civil notarial. V. Nuestra propuesta.*

I. Falsedad ideológica y estafa notarial

¿Por qué la calificación de *notarial* a la falsedad y a la estafa? Porque, según se producen estos delitos en sede notarial, tienen gran similitud con la denominada estafa procesal. Es así que estafa procesal es “*la utilización, a sabiendas, en un proceso judicial, por una de las partes intervinientes (...) de medios probatorios fraudulentos dirigidos a engañar al Juez, a fin de que dicte una sentencia errónea, dispositiva de propiedad, con perjuicio económico para otro*”¹.

Por otra parte, cuadra señalar que la Cámara Nacional de Casación Penal, a su vez, estimó:

La estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación, la víctima del fraude es el Juez y el ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad. No es simplemente una estafa cometida en un proceso, sino la perpetrada mediante engaño al juez y requiere un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial (...) ²

Por ello, la *estafa procesal* es una especie del género que se denomina *estafas trianguladas*, porque el triángulo de actores se forma del modo siguiente: el sujeto activo dirige el ardid, o astuto despliegue de medios engañosos, no al sujeto pasivo, que es

1. BERGES, Mariano y GIUDICE BRAVO, Juan F. *La estafa procesal*, Buenos Aires, Ed. Lema, 1973.

2. Cfr. CNCP, Sala IV, Causa N°353, Registro N°613, Rui Sánchez Laurens, Ángel s/recurso de casación, 26/06/1996.

el damnificado, como en la estafa común, sino a un tercero. De modo que la *víctima* del engaño es quien incurre en error erradamente, producido por ese ardid, y, en consecuencia, genera el acto patrimonialmente perjudicial para el sujeto pasivo, contra quien se dirige la acción delictiva que lo damnifica.

Por consiguiente, *la estafa notarial* también es una triangulación:

a) El sujeto activo introduce el ardid que engaña al escribano y lo hace incurrir en error (v. gr. dice y acredita con documentación apócrifa ser la parte vendedora, cuando en realidad no lo es, entre muchos otros ardidés de los que el notario bien puede ser víctima).

b) El escribano es la víctima del ardid, al igual que el juzgador en las *estafas judiciales*, y autoriza la escritura pública que origina un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo del delito.

c) El sujeto pasivo no es el engañado, pues confía en el *opus notarial*, sino el escribano, quien incurre en error en razón de ese ardid.

II. El escribano damnificado por el delito

Mas, en el caso de la *estafa notarial*, a diferencia de la *estafa judicial*, el escribano que obró por error y de absoluta buena fe es, también, un particular damnificado. ¿Por qué? Porque el *iter criminis* desplegado por el sujeto activo tiene un primer paso, cual es el de hacer insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el instrumento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio (art. 293, C.P.), Y, el segundo paso, del cual aquél es el medio idóneo, lo configura la estafa, que consuma “*el que defraudare a otro (...) valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*” (art. 172 C.P.). Ambos delitos, falsedad ideológica y estafa notarial, bien pueden configurarse en un sólo momento. De ahí que es dable sostener la aplicación del artículo 54 del Código Penal, que regula el concurso ideal: “*Cuando un hecho cayera bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor*”.

Una de las acepciones de la palabra *perjuicio*, según el Diccionario de la Real Academia Española³, que merece trans-

3. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, Tomo I y II, pp. 678 y 720. Real Academia Española, Madrid, 1942, pp. 1578 y 678 resp.

cribirse, es “desméritos (...) que se ocasionan por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar”. Demeritar es “empañar, quitar mérito” y demérito es la “acción por la cual se desmerece”⁴.

El confeccionar un título nulo por error inducido en razón del aludido ardid delictual empaña el concepto de que antes gozaba el notario, en el ejercicio de su función, y ello conforma daño moral, que sumado a los daños que le provocará la posible acción por daños y perjuicios del adquirente, quien ve frustrado su derecho, configura el perjuicio, que tiene derecho se le indemnice.

El artículo 1078 del Código Civil establece que “*la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima*”.

Por ser la estafa un delito material, requiere perjuicio económico (art. 172, C.P.). Este “*daño apreciable, existirá, para la estafa, aun cuando su importe no esté determinado y su monto sea mínimo*”; y aún cuando su determinación deba realizarse a posteriori, como sucede cuando el fraude se produce en una relación económica continua en que la determinación se realiza en el ajuste de cuentas final⁵.

En consecuencia, es menester considerar al escribano, cuando se produce una estafa notarial, como damnificado directo del delito que lo ha victimizado.

III. Capacidad procesal para actuar como parte querellante o particular damnificado

*“Está legitimada para asumir el carácter de querellante, en principio, la persona que, de modo especial, singular, individual y directamente, se presenta afectada por el daño o peligro que el delito comporte”*⁶.

El querellante particular, en la acción penal seguida contra un delito de acción pública, como lo son los delitos de estafa y falsedad ideológica, coadyuva con el proceso; aunque la acción penal la ejerce el Ministerio Público⁷.

Así, el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “*la persona particularmente ofendida por delito de acción pública podrá asumir la función de parte querellante y*

4. *Ibídem.*

5. NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*, Parte Especial. Tomo V, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1967, p. 313.

6. D'ALBORA, Francisco J. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Policía Federal Argentina, Buenos Aires, Ed. Policial, 1986, p. 79.

7. *Ibídem.*

promover y estimular, en tal carácter, el proceso penal". Según los Códigos Procesales en lo Penal de todo el país, en mayor o menor medida, son las principales atribuciones del querellante o particular damnificado: proponer diligencias durante el sumario, y ofrecer y producir pruebas durante el plenario, plantear cuestiones de competencia y recusar al Juez; intervenir en todas las diligencias del sumario en que le sea permitido al defensor; principalmente concurrir a las audiencias de testigos, una vez levantado el secreto, si lo hubiere; recurrir; ser oído antes de dictarse sobreseimiento o resolverse alguna excepción, entre otras. Todo ello corresponde ser tenido en cuenta, pues da una idea de las facultades que se conferirían al escribano víctima de la estafa notarial para poder establecer la verdad en cuanto a la forma en que ésta se desarrolló.

Tras la demostración anterior de que el escribano es particularmente ofendido por la estafa notarial, parecería imposible negarle facultad para querellar por ese delito. No obstante se ha resuelto que *"en la maniobra, consistente en una suplantación de identidad, a consecuencia de la cual se había certificado como auténtica una firma falsa, el escribano actuante no es el directamente damnificado por el delito y, por ende, no puede alcanzar la legitimación pretendida"*⁸. Pareciera existir, entonces, cierta renuencia para conceder la legitimación procesal activa al escribano, en el proceso penal. Mas ello no sería así si el Colegio Notarial de la demarcación decidiera asumir ese carácter en el proceso, junto con el escribano afectado.

En efecto, existe jurisprudencia de la misma Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional Federal del caso anterior, concediendo el rol de acusador particular a una asociación civil que tenía por objeto representar a los abogados previsionaristas, en caso que había sido damnificado un letrado de la especialidad. En esa oportunidad sostuvo:

(...) se viene sosteniendo, desde hace tiempo, un criterio amplio en materia de legitimación para asumir el rol de querellante. Este criterio incluye la posibilidad de que organizaciones no gubernamentales puedan constituirse como parte querellante cuando en la causa se investigan hechos ilícitos relacionados con la actividad de la organización⁹.

8. Cfr. CNCrim. y Correc. Fed., Sala I, "Registro del automotor s/ den. Falsificación de documento", causa nro. 21.965, 27/06/90.

9. Cfr. CNCrim. y Correc., Sala II, "Movimiento Ecueménico de los derechos s/ excepción de falta de acción", causa nro. 36.260, rta. 13/05/04.

En la misma línea, se tuvo al Banco Central de la República Argentina como querellante en causa en la que se investigaban ilícitos imputados a directivos de una entidad financiera¹⁰.

De ahí que nuestra colegiatura bien puede fundar su pretensión de ser tenido por querellante en el hecho de que administra el Fondo de Garantía, siendo, en consecuencia, responsable subsidiario por los daños y perjuicios ocasionados por alguno de sus colegiados, por aplicación de los artículos 158 a 160 de la ley 404.

Es dable evocar que los daños y perjuicios ocasionados por la actuación indebida de un escribano comprometen la responsabilidad del Colegio de Escribanos¹¹. Mas nuestra colegiatura no responde por los actos del escribano ajenos a su función documentadora, jurídica y fedataria.

En suma, cuando ocurre una estafa notarial, tanto el escribano como su colegiatura pueden constituirse como parte querellante o particular damnificado, en su caso, pues resultan ser damnificados directos del delito.

IV. Responsabilidad civil notarial

En lo relativo a la responsabilidad civil del escribano víctima de la estafa notarial, bien podrían surgir dos posiciones. Una extrema, que propicia BUERES¹², diciendo interpretar así a DEMOGUE, en virtud de la cual la obligación contractual del notario es de resultado, como lo es otorgar al adquirente un título perfecto; y, si el título es nulo, la responsabilidad notarial será objetiva, sin admitir excusa exculpatoria alguna. Sin lugar a duda, esta posición transgrede el principio de que no hay responsabilidad sin culpa –*pas de responsabilité sans faute*– del artículo 1067 del Código Civil. Mientras que la obligación del deudor, en la relación médico-paciente y abogado-cliente, sería de medios, en cuya virtud el profesional pone los medios para arribar al resultado, que no garantiza alcanzar, y, ante el incumplimiento, el acreedor debe acreditar su culpabilidad.

La otra posición es la de LLAMBÍAS¹³, que relativiza la opinión de DEMOGUE, pues sostiene que el principio clásico que establece que el incumplimiento del deudor genera, a su respecto,

10. Cfr. CNCrim. y Correcc., Sala II, "BCRA. s/ ser querellante", causa nro. 20.622, rta. 05/02/04.

11. Cfr. CNCiv., Sala K, "Giménez Aubert, M.S. c/ CNS s/ daños Sala K, expte. K054304, rta. 01/07/97; CNCiv., Sala O, "Ramírez, Enzo c/ R, J.C. s/ daños", expte. N.000932, rta. 26/03/99.

12. BUERES, Alberto J. *Responsabilidad de Escribano*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984, p. 82.

13. LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, p. 207.

una presunción de responsabilidad, sigue vigente, aún para DEMOGUE. Este, según su parecer, se limita a sostener que, en las obligaciones de medios, el acreedor debe probar la culpabilidad del deudor y, en las de resultado, el deudor debe probar que se halló ante un caso fortuito exculpatorio (art. 514 C.C.), esto es aquello que no pudo ser previsto o que previsto no pudo evitarse. Mas desecha la responsabilidad objetiva del deudor de una obligación de resultado y correctamente sostiene la vigencia del referido principio de que no hay responsabilidad sin culpa.

No obstante, cabe advertir que cierto criterio jurisprudencial sostiene:

(...)medio y resultado se entrelazan, sin que se puedan establecer límites separatorios precisos. En materia de responsabilidad médica, todo tratamiento, proceso de curación o intervención quirúrgica, sea cuales fueren, contiene medios y se dirigen a un resultado (...) La curación se diseña como objetivo en el resultado (...) Cuando nace una obligación, siempre se tiene en mira un resultado¹⁴.

Y, en otro caso, se resolvió que *“aun cuando, conforme al criterio mayoritario, incumbe al reclamante acreditar la culpa imputada al médico, debería éste contribuir a probar su inculpabilidad”*¹⁵.

Entonces, se percibe que la diferencia entre el deudor de obligación contractual de medio y del de obligación de resultado, se estrecha: uno y otro deben acreditar que pusieron los medios adecuados para llegar al resultado y mientras el médico o el abogado deben de acreditar su inculpabilidad, en cualquier forma, el deudor de obligación de resultado solo puede eximirse acreditando que no pudo sortear el caso fortuito del que fuera víctima, a pesar de toda su diligencia.

¿Qué importancia tiene, para la acreditación del caso fortuito eximente, que el escribano pueda intervenir como querrelante en sede penal? Pues, que desde siempre el notario víctima del entuerto aguardó que el sujeto pasivo patrimonialmente perjudicado accionase penalmente y, luego de ello, la dificultad de prueba del *casus*, como imputado, siempre lo puso en serios aprietos probatorios. En cambio, si logra ser tenido por

14. Cfr. CNCiv., Sala H, “AGUIRRI, Carmen c/ Clínica Olivos s/ daños”, c. H.151722, rta. 07/06/95.

15. Cfr. CNCiv., Sala A, “Pérez de Benitez, T. c/ Centro Gallegos de Buenos Aires”, c. 036901, rta. 14/02/89.

parte querellante o particular damnificado, las atribuciones de este rol procesal le permitirán, sin duda, acreditar la verdad de lo acontecido y, obviamente, evitar ser sometido por una injusta imputación penal.

En un importante caso, el escribano, víctima de una sustitución de persona, estableció en sede penal que había dispuesto de dos testigos de individualización de la falsa vendedora en los términos del anterior artículo 1002 del Código Civil, a pesar de dar fe de conocimiento, basado en que la foto del documento reflejaba a la persona que se presentaba ante él. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, con voto de los Doctores BOSSERT y JORDAN, entendió sobre esa base, que había sido víctima del caso fortuito que no pudo evitar, y concluyó que el escribano quedaba exento de toda responsabilidad¹⁶.

V. Nuestra propuesta

Proponemos a los Colegios de Escribanos de todo el país que acompañen al notario de su jurisdicción que sea víctima de una estafa notarial, en su pretensión de coadyuvar con el impulso de la acción penal, como querellante, tendiente a acreditar el caso fortuito, que no pudo evitar, a pesar de su diligencia, creando jurisprudencia al respecto.

De esta forma, se estará luchando, en la forma más noble, por la defensa de todo el notariado.

16. CNCIV. Sala F.
31.05.1984. "Anaeróbicos
Argentinos SRL" C / D,
A.N. LL 1984 – D, p. 5.