



UNIVERSIDAD DE MENDOZA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

DOCTORADO DE CIENCIAS JURIDICAS CON ESPECIALIZACION NOTARIAL

TESIS DOCTORAL

Título:

“La regulación de la función notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Una visión desde el proceso notarial”.

Doctorando: Anahí Carrascosa de Granata.

Director: Dr. Alejandro Pérez Hualde.

Mendoza, junio de 2022

INDICE

Nuestro Planteo	7
1. Introducción	7
2. Estado de la cuestión	9
3. Hipótesis	20
4. Metodología	21
5. Objeto del estudio	22
CAPITULO I	24
1. Delimitación: los artículos 259, 289, 296, 299, 301 y cc. del CCC. La escritura pública y la vida de las personas	24
1.1. Las situaciones y relaciones jurídicas	24
1.2. La Teoría Conjetural del Derecho respecto de hechos y actos jurídicos	28
CAPITULO II. El escribano, la función. Las materializaciones personales y no personales	29
1. El escribano: la función que le adjudica el legislador. Una visión desde el Trialismo Jurídico	30
1.1. Las potencias asignadas al escribano en el CCC	31
1.2. Las potencias que el escribano debe repartir	35
1.3. Escribano o notario: la materialización personal en el CCC	37
2. El documento notarial: su función	39
2.1. Forma y prueba	42
2.2. Las formas de los actos jurídicos	44
2.3. Documentos digitales	45
2.4. El documento notarial: instrumento de decisión jurídica	50
2.5. El documento notarial herramienta de adjudicación de derechos	52
3. Documento notarial: sus efectos	53
3.1. El documento notarial como prueba. Valor Probatorio	55
3.2. El documento notarial: prueba legal y poder convictivo	60

4. Breve síntesis. Aproximación a una definición del documento notarial. Una definición atendiendo a su función	67
5. El documento notarial: forma de exteriorización de la voluntad	67
5.1. La forma y los valores buscados	70
5.2. Los valores de orden y paz en el proceso notarial.....	72
6. El escribano. Agente público. La producción del documento	73
6.1. El escribano documentador. Las garantías de fidelidad del documento.....	75
6.2. El escribano documentador. El libre ejercicio del derecho de jurisdicción voluntaria	76
6.3. La justificación de la conducta del escribano. El escribano como destinatario del reparto formulado por el legislador, y como conductor del proceso de reparto formulado por las partes.....	78
6.4. El escribano y el derecho constitucional de la defensa y del cumplimiento de la ley.....	79
CAPITULO III. El proceso de formación del documento notarial.....	81
1. La plena fe por imposición legal. El proceso para alcanzar la plena fe	81
1.1. Proceso de producción del documento notarial	82
1.2. La regulación de la conducta del escribano en el CCC y las legislaciones locales	83
1.3. El proceso notarial: los derechos constitucionales. Objetivos directos e indirectos	85
2. Proceso notarial y las ramas del Derecho: ubicación del Derecho Notarial.....	88
2.1. Acto Notarial y Derecho Administrativo.....	93
2.2. Escribano: funcionario o profesional del derecho	94
2.3. Acto Notarial y Derecho Privado	97
2.4. Acto Notarial y Derecho Procesal: visualización del derecho constitucional a peticionar	98
CAPITULO IV. El proceso notarial.....	102
1. El derecho constitucional de peticionar a las autoridades	102
2. El proceso notarial como instrumento jurídico	105
3. El proceso notarial: el escribano profesional de derecho o funcionario público	106

4. Características de la acción en el proceso notarial	110
4.1. Diferencias entre el proceso civil en sede judicial y el proceso en sede notarial	112
5. El proceso de jurisdicción notarial.....	113
5.1. La búsqueda de la justicia en sede notarial	114
5.2. La justicia en el caso concreto. Instrumentos de la jurisdicción voluntaria. Previsión en el CCC	115
5.3. Práctica alitigiosa de la justicia.....	117
CAPITULO V. El proceso notarial y las operaciones de ejercicio	119
1. Nacimiento del proceso notarial.....	119
1.2. Una visión de las tradicionales operaciones de ejercicio	123
2. Etapas del proceso notarial.....	125
2.1. Primera etapa.....	126
2.1.1. Requerimiento o rogatoria. Principio dispositivo. Iniciativa. Pretensiones	126
2.1.2. Requerimiento: el derecho a peticionar a las autoridades	128
2.1.3. Casos de requerimiento implícito	129
2.1.4. Procesos de ciclo abierto y de ciclo cerrado	130
2.1.5. Distintos tipos de requerimientos	130
2.1.6. Requerimientos en documentos extra protocolares. Destinatarios	131
2.1.7. Obligación de dejar expresado el destinatario del documento	131
2.1.8. Requerimiento de certificación de firmas	131
2.1.9. El requerimiento en actas subsanatorias, rectificatorias, o complementarias	132
2.1.10. Instancias del requerimiento	132
2.1.11. Aceptación del requerimiento. Calificación	133
a. Incompetencias Notariales. El rechazo del requerimiento: previsión de la invalidez	133
b. Rechazo del requerimiento en virtud de la restricción en razón de las personas	133
c. Competencia en razón de la materia.....	139
d. Rechazo de la rogatoria por incompetencia en razón del territorio.....	143

2.2. Segunda Etapa	150
2.2.1. Encuadramiento legal: la mayéutica notarial	150
2.2.2. Aportación de hechos y de pruebas	154
2.2.3. Disponibilidad del derecho material	154
2.2.4. La disponibilidad del derecho, el encuadramiento legal y el principio de legalidad	155
2.2.5. Legitimación	158
2.2.6. Encuadramiento legal, legitimación y capacitación permanente del notario	160
2.2.7. La idoneidad su carácter axiológico. Obligación constitucional	162
2.2.8. La solución de los casos en sede notarial	163
2.3. Tercera Etapa	165
2.3.1. Instancia de documentación. La minuta	165
2.3.2. El acto notarial. Adveración notarial, dación de fe pública	170
a. Acto de producción del instrumento público. Su naturaleza	170
b. El principio de inmediación: su redefinición. Principio de presencialidad. Comparecencia en línea	174
c. La firma de los requirentes	178
d. La fe pública	180
2.4. Cuarta Etapa	182
2.4.1. Guarda y conservación de documentos notariales. El estado: titular de la fe pública originaria. Copias: fe pública derivada	182
2.4.2. Testimonios y copias en soporte digital	185
2.4.3. El escribano: sus deberes con el Estado	186
CAPITULO VI. Proceso Notarial y jurisdicción voluntaria.....	187
CAPITULO VII. El Derecho Notarial y los principios generales.....	190
1.El valor humanidad en sede notarial	192
CONCLUSIÓN.....	194
1. El proceso en el Código Civil y Comercial de la Nación	194

2. Verificación de la hipótesis. El proceso: revelador de la justificación social, normativa y axiológica de la función notarial	196
BIBLIOGRAFIA.....	198
ARTICULOS DE DOCTRINA.....	201

“La regulación de la función notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Una visión desde el proceso notarial”.

Nuestro Planteo

1. Introducción

Iniciamos nuestra investigación a partir de percibir, - una vez leídos los Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, los textos de autores especialistas en Derecho Notarial, y fallos jurisprudenciales, algunos muy recientes -, que el CCC ha consagrado al *notario o escribano público* como el conductor de un proceso destinado a producir un documento que gozará de plena fe en la vida jurídica de la comunidad. Ese documento posee la virtud de fijar los hechos que adjudican derechos o tienen la potencialidad de adjudicarlos.

Con ello significamos que la misión específica del notario excede en mucho la expresión “doy fe”, sin que esto importe el menoscabo de esa expresión tan cara al lenguaje notarial. Por el contrario, para sostener que el notario “da fe” nos parece imprescindible descubrir cómo llega el notario a la configuración y ejecución del acto fedante.

Es la ley quien consagra la plenitud del documento notarial, aseguraba COUTURE. Sin embargo, es la comunidad, a través de la promoción, el reconocimiento y la aceptación de la ley quien da fe, quien efectivamente cree y confiere certeza. La comunidad, entrega esa fe y esa confianza al Estado, y éste al oficial público, con el fin de que éste último la recoja institucionalmente e, institucionalmente, la dé, otorgando instrumentos públicos.

La actividad específica del notario, en tanto quehacer, ciencia y arte ¹ es ejecutar una secuencia de actos, que contienen sus juicios sociológicos, normológicos y

¹ COSOLA, Sebastián. (2017). “*Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría*”

axiológicos, que permiten a las personas ejercer los derechos que la Constitución Nacional, las normas nacionales e internacionales, los tratados internacionales y los principios del derecho les reconocen. Esto revaloriza la tarea notarial: la fe que el notario da en el documento no le pertenece. El notario es *recipiendario de esa facultad* de dar fe y, como tal, tiene el deber de respetar los pasos de un proceso y ejecutarlos para cumplir el objetivo que le encomienda el Estado, esto es, que los requirentes alcancen su pretensión jurídica.

El notario actúa como conductor en el proceso de *adjudicaciones privadas de derechos*, y también de algún modo, como *repartidor* ², toda vez que puede, y debe, impedir una adjudicación axiológica, sociológica y normativamente negativa. Es recipiendario de la función fedante, pero también repartidor de potencias o impotencias, porque no le es permitido aceptar adjudicaciones disvaliosas, en tanto las adjudicaciones deben ser debidamente argumentadas.

Esa es su misión: una función de servicio a la comunidad y al Estado, para lo cual, tiene el deber de estar capacitado, axiológica, sociológica y normativamente. La tarea de la argumentación jurídica ³, que Sebastián Cosola considera sustancial en el

de valores trascendentes". Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho. Recupero <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/658>. Buenos Aires. RIU Austral. (Última entrada: 31/05/ 2022). Pág. 202. "... el objeto del derecho es tan heterogéneo, indeterminado, que el mismo ya no es sólo una ciencia o una técnica. El mismo carece de algo sustancial que le da razón de ser y de existencia, y es eso precisamente el arte del derecho, la creación del derecho fundada en las fuentes y en la justicia, que el jurista crea o debe crear para alcanzar ... el mejor resultado que le sea posible alcanzar" ... "De ahí que el derecho artístico (arte del derecho) postule una solución diferente y acorde a los tiempos actuales. Al analizar los casos puntuales, el jurista recurre a la búsqueda de la solución a un amplio abanico de fuentes (no solamente la ley), y con ello, la prevalencia se centra no tanto en cumplir con el postulado científico sino con cumplir lo justo para cada uno. El jurista ya no interpreta la norma, la voluntad del legislador, la historia del derecho, sino que argumenta el caso con todas las fuentes que a su lado tiene para alcanzar un resultado justo ..."

² Se utiliza el concepto de repartidor y repartos conforme hemos entendido la "Teoría de los Repartos", expresada por el profesor doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani.

³ Cfr. VIGO, Rodolfo L. (2012) "*Cómo argumentar jurídicamente*". Buenos Aires. Abeledo Perrot. Pág. 4. Cit. por COSOLA, Sebastián Justo en. "La actuación notarial constitucional en el marco de la emergencia legislativamente declarada" en: "*Emergencia, pandemia, tecnología y notariado*". (2020). Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni. Pág.9. Obra conjunta con ARMELLA, Cristina Noemí, COSOLA, Sebastián Justo, ESPER, Mariano, GUARDIOLA, Juan José, LAMBER, Néstor Daniel, MOREYRA, Javier Hernán, OTERO, Esteban Daniel, SABENE, Sebastián E., SALIERNO, Karina Vanesa, SCHMIDT, Walter César, ZAVALA, Gastón Augusto. Recupero: RC D 2091/2020. (Última entrada: 30/06/21). Trabajo publicado y difundido por la Universidad Notarial Argentina. "La argumentación jurídica intenta proponer modelos de la tarea realizada para que luego sea juzgada y así, concluir si se hizo una buena o correcta argumentación. Implica una tarea de intelección del caso, para luego proceder la deducción de las normas, las reglas y los principios implicados en los que el notario tiene que aplicar respetando la voluntad, en el marco de la fe y con los efectos propios esgrimidos por la seguridad. Desde

ejercicio notarial, sólo podrá ser practicada si el oficial público reúne los requisitos y cumple los recaudos propuestos en el párrafo previo.

En definitiva, partimos de suponer que el notario es el vehículo indispensable para que la plena fe del instrumento público, consagrada por la ley, surta sus efectos. Al él le está impuesto el cumplimiento de una secuencia de actos, un conjunto de actividades, de distinto orden (prácticas, lógicas, axiológicas) relacionadas entre sí, destinadas a proteger los intereses y derechos de las personas. Esos actos no podrán ser ejecutados si el notario carece de la formación indispensable para ello. Las exigencias en este sentido que debe imponerle quien institucionalmente lo inviste en su ejercicio, deben ser coherentes con las facultades que le otorga.

Pretendemos invitarnos, como de algún modo lo formuló Carlos Cossio en relación a los jueces, a estudiar la actividad notarial, a analizar la experiencia jurídica, a identificar sus elementos componentes, a ver en los actos de los notarios en tanto tales, un comportamiento normativo: las normas generales aplicables; un elemento empírico: los hechos del caso; y un elemento axiológico: el valor del comportamiento del notario, de las partes, y el valor implícito en la solución suministrada ⁴.

2. Estado de la cuestión

El tema en investigación se contextualiza en la República Argentina, en una etapa histórica en la que se ha producido la modificación del derecho positivo privado más importante desde 1871, fecha en que se pusiera en vigencia el Código Civil redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield. La sanción de una norma de fondo de la

esta perspectiva, la argumentación notarial del derecho se consolida en la teoría de los valores que se relacionan proyectando el contenido del documento, ... Para ello, se vuelve necesario ubicar a los principios como verdaderos elementos de la argumentación jurídica, porque son los antepuestos al ordenamiento jurídico positivo, ...”.

⁴ CUETO RÚA, Julio. (1987) "*Carlos Cossio: el Derecho como experiencia*". Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Buenos Aires Abeledo - Perrot. v.7. cit. por PISI DE CATALANI, Marta en: "*La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale*". Mendoza. CUYO, Vol. 8/9, p. 49-89. Recupero: <https://bdigital.uncu.edu.ar/4185> Recupero: https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4185/catalinicuyo89.pdf. Último ingreso: 18/05/2022). "...Cossio invita a estudiar la actividad judicial, a analizar la experiencia jurídica, a identificar sus elementos componentes, a ver en los actos de los jueces en tanto tales, un comportamiento normativo (las normas generales aplicables), un elemento empírico (los hechos del caso) y un elemento axiológico (el valor del comportamiento del juez, de las partes, y el valor implícito en la solución suministrada por las normas)."

envergadura de la ley 26994, sancionada el 1 de octubre de 2014, que entrara en vigencia en 1 de agosto de 2015, importa la configuración de un hecho histórico, jurídico, político y social que obliga al estudio científico de todos los institutos que, directa o indirectamente, han sido atravesados por aquélla.

Las normas y principios que emanan de esa ley son el producto de un largo proceso. No nacieron con la sanción y promulgación de la citada norma. Se han ido gestando, con incorporaciones y descartes, a través de toda la vida de la comunidad argentina desde sus albores. Redactados con mayores o menores aciertos, quedaron plasmados en un cuerpo codificado, continuando así, con algunos atenuantes, la tradición romano germánica, sin perjuicio de los notables aportes de la legislación hispana. Notamos, sin embargo, en algunos temas, un acercamiento a elementos característicos del sistema anglosajón, al ampliar facultades judiciales ⁵.

Ambos sistemas, el romano germánico y el anglosajón, han estado en permanente tensión, pues en la base del primero están los precedentes y en la del segundo, la ley. Se supone que el gran repartidor en el primero es el tribunal, en tanto en el segundo pareciera ser sólo el legislador. Mas, lo cierto, es que en ambos es la realidad, es el caso concreto, quien marca el justo medio para que el repartidor busque la armonía y, en definitiva, el ejercicio del derecho en la normalidad. El objetivo, en cualquier caso, debe ser que tal circunstancia se alcance con el menor grado de

⁵ RAMÍREZ SANTIBAÑEZ, Ana María Estela. (2010) *“La enseñanza del Derecho en el sistema romano germánico y en el common law”*. 2010. Puebla. Universidad Iberoamericana Puebla. Repositorio Institucional. Recupero: <http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>. (Última entrada. 30/06/2021). Pag.2 “... EL COMMON LAW. ... se originó en Inglaterra y que actualmente se aplica en el Reino Unido y en la mayoría de países con antecedentes anglosajones, principalmente países que fueron colonias inglesas. ... el término Common Law significa el cuerpo jurídico que proviene de sentencias dictadas por los jueces, en contraste con el cuerpo jurídico formulado por leyes, decretos o reglamentos expedidos por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo. En los sistemas de Common Law se destacan varias características que los distinguen de los otros grandes sistemas legales, la primera y más importante, es que una gran parte, sino la mayoría de las reglas que se aplican ... provienen de la Jurisprudencia de casos litigados y no de leyes o decretos. SISTEMA ROMANO GERMÁNICO O NEORROMANISTA Lo integran los países cuya ciencia jurídica se ha elaborado sobre los fundamentos del derecho romano y de la tradición germánica, los cuales se fusionaron en el occidente de Europa a partir del Siglo V. En la actualidad es la familia jurídica dominante en Europa occidental, Centro y Sudamérica, en muchos países de África y de Asia, e incluso tiene enclaves en el mundo del Common Law de Louisiana y Quebec. En este sistema, en relación con la prelación de las fuentes del derecho, debemos colocar en el primer escalafón a la Ley; la ley construida o sistematizada en los Códigos ... Pero la ley sistematizada, como decimos, en los códigos no es la única fuente del Derecho Occidental. Los Códigos están complementados por otros elementos como la Jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del Derecho”

litigiosidad, y con el menor coste social posible ⁶. No creemos, como concluye Mascitti en su estudio (nota al pie 6), que el objetivo del Derecho sea el control social, pero si coincidimos y apostamos a ello, en que el proceso notarial de nuestro sistema romano germánico, fortalecido por las nuevas tecnologías y la mayor información, contribuirá al mejor logro de la equidad y la paz social.

La diferencia y comparación entre ambos sistemas es de tanta significación que los autores, especialistas en temas de tecnología notarial, previo a haber analizado las diferencias entre el notary public anglosajón y el escribano público propio de nuestro sistema, advierten que “es importante establecer las considerables diferencias ..., porque principalmente la industria del software se encuentra en los Estados Unidos. Claramente, el origen, la prospectiva y, especialmente, las carencias y deficiencias del sistema notarial anglosajón son lo que permite que se originen ideas que intenten brindar las soluciones para el hombre y la mujer de nuestros días a partir del software y de toda otra herramienta de similar naturaleza” ⁷. Así, las aplicaciones basadas en la tecnología de blockchain han tenido mayor desarrollo en países en los que impera

⁶ MASCITTI Matías. (2020) “*La función conjetural del Derecho reforzada por los algoritmos en la era de big data*”. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires (UBA) 0000-0002-3942-8069. Recupero: IUS ET SCIENTIA, 6(2), 162–185. Recupero 1º : <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.11>. <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13358>. Recupero 2º: https://www.researchgate.net/publication/348503555_La_funcion_conjetural_del_Derecho_reforzada_por_los_algoritmos_en_la_era_de_big_data (Última entrada: 21/06/2020). Pág. 180. “Nuestro sistema jurídico, perteneciente al Civil law, crea las normas generales para luego aplicarlas al caso concreto generando normas individuales. Entre las desventajas del Civil law con relación al Common law se destaca su tendencia a una evolución más lenta producto de su mutación en base a la ley, que requiere mayor tiempo y complejidad en su creación a diferencia de los precedentes judiciales –núcleo del desarrollo jurídico del Common law.; ...A su vez, el Derecho también evoluciona a través de mutaciones. La jurisprudencia, creando normas individuales muta o transforma en el caso concreto las normas generales -legales o jurisprudenciales-, conforme la tradición jurídica vigente en una nación. Difiere la influencia de la jurisprudencia del Civil Law y del Common Law en lo tocante a la regla del stare decisis. Aunque en los países del Common law rige la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente, se trata de una doctrina flexible. ... Aunque la doctrina del stare decisis no puede asimilarse al valor y función que los precedentes judiciales tienen en los sistemas de Civil law, en estos sistemas el valor de los precedentes no puede desconocerse. La doctrina del stare decisis significa que el tribunal debe seguir los precedentes, es decir, los casos similares futuros deben ser decididos del mismo modo que los casos precedentes. ... Cómo conclusión afirmamos que los MIBJI (motor inteligente de búsqueda de justicia integral) constituyen una herramienta para el refuerzo de la función conjetural del Derecho como modelo predictivo que permitirá una actualización permanente del Derecho pese a que su evolución es más lenta que la aceleración tecnológica”.

⁷ COSOLA, Sebastián Justo, SCHMIDT, Walter César. (2019). “*Coexistencia de dos mundos. El impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico*”. Revista del Notariado N.º 935. Buenos Aires. Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires. Recupero: <https://www.bvirtual.com.ar/wp-content/uploads/Cosola-Schmidt-RdelN-935.pdf>. (Último ingreso: 1/04/2022). Pág. 17-69.

common law, a partir de la búsqueda, de la certeza y perdurabilidad que, en nuestro sistema, se alcanzan por otro medio. Esta afirmación no implica descartar la aplicación de tales tecnologías en el campo jurídico en tanto sus ventajas resulten evidentes, sino que la formulamos como un invite para el logro de su mayor adecuación.

El Código Civil y Comercial es un hito relevante en la conformación de la Argentina como pueblo y nación, aunque, tal como debe ser, "... de cierto modo, el Código estará "haciéndose" con la colaboración de los hechos, de la jurisprudencia y la doctrina durante varios años" ⁸. Lo mismo aconteció con el Código Civil de Dalmasio Vélez Sarsfield, el que tuvo modificaciones considerables aún antes de entrar en vigencia, y muchas a través de los años, hasta la sanción de la ley 26994.

Acompañamos la idea que, desde lo axiológico, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) parece tener "una preocupación más explícita por la justicia", - tal como expresa Ciuro Caldani - y que el rol protagónico que asigna a lo judicial podría producir en algunos temas, o espacios, o momentos, un retroceso en el valor seguridad, hasta tanto se ensambren las interpretaciones doctrinarias y aplicaciones jurisprudenciales. La letra del Código nos advierte, por ejemplo, sobre una ampliación del sistema de las facultades de la judicatura, pero a su vez pretende que la jurisprudencia por sí sola no sea fuente interpretativa de la ley para resolver los casos (art. 2 CCC). La discusión de esta aseveración supera las expectativas de este trabajo, pero de algún modo ha de atravesarlo.

Estimamos que aquella ampliación operará en búsqueda de la equidad en el caso concreto y resulta de gran transcendencia en nuestra materia. En este sentido camina hoy la investigación del notariado mundial. Prueba de ello son los temarios elegidos para los distintos encuentros nacionales e internacionales del notariado: "El notariado y la persona física" fue el tema de la Comisión 1 del 29º Congreso Internacional del Notariado celebrado en Yakarta en noviembre de 2019 ⁹. Cuando hablamos de equidad

⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2016). "Entrevista sobre el Código Civil y Comercial de la Nación y Notas sobre el Título Preliminar del cuerpo normativo". Cartapacio de Derecho" V. 29. Rosario. Ed. Revista Investigación y Docencia del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. UNICEN. Rosario. Pág. 5. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1493/1939>. (Último ingreso: 9/10/2021).

⁹Mientras nos abocábamos a este trabajo, en noviembre de 2019, la Unión Internacional del Notariado Latino, premió a la delegación argentina en el 29º Congreso Internacional del Notariado realizado en Yakarta, Indonesia. Se entregó allí, el Primer Premio de Investigación Jurídica sobre *Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes, Infancia, Refugiados u otros grupos que se encuentren*

hablamos, principalmente, de personas. El CCC superó la designación de persona física y refiere a la persona humana. Establece así una diferencia indiscutible con la persona jurídica. Como vemos en los trabajos premiados en aquel Congreso de 2019, entre otros de última data, el CCC convoca a desafíos más profundos. Aunque algunos autores han estimado que hablar de persona humana es una redundancia, pensamos en cambio que, debido al gran auge de los entes societarios y, en la necesidad de reconocerles organicidad y capacidad, las agrupaciones de personas con un fin común (sociedades, empresas, asociaciones, mutuales, etc.) se apropiaron – tal vez por necesidad - del carácter de personas, o por lo menos de su nominación. La distinción a partir de que una es jurídica (o ideal o ficcional como otrora se las denominaba) y la otra física, no revela con certeza la diferencia. Persona humana, en físico y espíritu, en su definitiva vocación de unicidad, unidad y universalidad y, por ende, en todas sus esencias y diferencias, ha sido la revalorizada por la ley.

El CCC, ha acentuado el concepto de persona humana y, en consonancia con los Tratados de Derechos Humanos, ha consagrado los principios de inviolabilidad y de dignidad en el artículo 51. La persona trasciende lo anónimo, lo virtual: ella es en definitiva la destinataria de la equidad. Pero la equidad comprende necesariamente al otro y, por tanto, a la comunidad y al ambiente en que se desarrollan, y aún a los seres sintientes.

En este punto es donde vislumbramos que los operadores del derecho, específicamente los notarios a los efectos de nuestro trabajo, deben redimensionar su función en el proceso de adjudicación de derechos, adaptándola a los paradigmas hoy exteriorizados. La dignidad de quienes acuden a la notaría, la búsqueda de la equidad y el reconocimiento del servicio a la comunidad y al Estado, serán conductas indispensables para justificar la actuación del notario.

en situación de vulnerabilidad. Tras la deliberación efectuada por el jurado, y a la vista de la excelencia doctrinaria, fue proclamado como vencedor el trabajo “*El notario: ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables*”, presentado bajo el seudónimo Notarius Dignitatis Auctorem, de autoría de los escribanos bonaerenses Cristina Noemí Armella, Eduardo Gabriel Clusellas, Sebastián Justo Cosola, Javier Hernán Moreyra, Karina Vanesa Salierno, Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán. MÉJICO 2022: el próximo Congreso Internacional se ha convocado para tratar los siguientes temas: Tema I El ejercicio de la **función pública notarial en el ámbito virtual**. Coordinador Internacional: Notario Carlos Alberto Marcoz (Italia). Tema II: El ejercicio de la **función pública notarial vinculado a la recuperación de las economías nacionales** en la época de la post-pandemia. Coordinador Internacional: Jens Bormann (Alemania).

La función notarial ha sido revalorizada por su capacidad y oportunidad de valoración, permítasenos la redundancia, ya que suele estar en la primera línea de contacto con los hechos jurídicos o que se pretenden como tales. Aquello se deduce de los fundamentos presentados por la Comisión Redactora del CCC. En tanto la función judicial ha sido ampliada en su capacidad de actuación, el notario queda compelido, en razón de la nueva regulación, a agudizar los medios para alcanzar su decisión axiológica, previo a la formación del documento y simultánea a su nacimiento como tal, ya que aquella - su decisión axiológica - es la que justifica su actuación. La resolución de autorizar un acto notarial sólo tendrá justificación si se basa en una decisión axiológica positiva. Nos remiten a ello, los artículos del CCC: 1º), en relación a cómo deben resolverse los casos, 2º) en relación a cómo deben ser interpretada la ley, y 3º) respecto de la obligación de resolver los casos mediante decisión razonablemente fundada, que aplican por analogía a todos los operadores del derecho. También compelen al notario las prescripciones de los artículos que refieren a la buena fe, al abuso del derecho, a la protección del vulnerable, al fraude a la ley: en fin, a los principios rectores de este derecho privado constitucionalizado.

Los investigadores del Derecho Notarial han ido desarrollando conocimiento, y fijando posturas, sobre los distintos institutos que constituyen el contenido fundamental de la materia. A partir de los artículos 979 y 997 del código velezano, la escritura pública, mencionada en ambos artículos, concentraba la mayor atención de la doctrina, abocándose, especialmente, al análisis de sus contenidos. El citado art. 979 enumeraba los instrumentos públicos, conteniendo en su primer inciso a las escrituras públicas y en el segundo, cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado. Esto derivó necesariamente en el estudio del instrumento público, su acepción más genérica de documento y, dentro de ésta y de aquél, la de documento notarial. Determinar, en el conjunto de los otrora instrumentos públicos, la diferencia entre las escrituras públicas, los demás instrumentos otorgados por los escribanos y el resto de los enumerados por el art. 979, insumió muchas páginas autorales. El documento notarial como la “forma” del acto ha sido el instituto que más desarrollo ha adquirido pues él capta el análisis de todos los elementos que componen el objeto de este Derecho y de él emanan todos los efectos. La “fe pública” se visualiza en los estudios como instituto imprescindible, sin perjuicio de que el CCiv. no la refería en sus artículos, como tampoco lo hace hoy el

CCC. Sin embargo, ella se infería a partir del artículo 993 (hoy artículo 296 CCC) que utilizaba la locución “plena fe”, afirmando parte de la doctrina a su respecto, que la fe pública no es materia del derecho civil (Jorge ALTERINI por ejemplo), pero que sí lo es del Derecho Penal, Derecho Administrativo y Derecho Procesal y, otra parte, encuadrando el concepto de “fe pública” exclusivamente en el Derecho Notarial (Eduardo COUTURE por ejemplo). Del mismo artículo 993 y sus siguientes 994 y 995, aparece la distinción entre documento y acto documentado refiriéndose, en estos casos, a sus efectos como prueba. Esa distinción permite a los autores destacar la diferencia entre acto notarial y acto de los otorgantes: Mario Zinny y José Carlos Carminio Castagno expusieron enjundiosamente respecto de los caracteres del primero. Discurre entonces la doctrina sobre la naturaleza privada o pública del acto del notario.

Todos los temas esbozados obligaron a los investigadores al tratamiento de la naturaleza jurídica de la función notarial y de los elementos que la integran y la tipifican. En el año 1948, el Congreso Internacional del Notariado Latino, describió al notario como “profesional del Derecho en ejercicio de una función pública”. A esa definición se arriba por cuanto ya estaba abierta la brecha entre las posiciones profesionalistas, que rescatan el carácter de profesional liberal del notario, en un, - tal vez por entonces -, justificado intento de desprenderlo de arbitrariedades gubernamentales que la historia había mostrado, y las posiciones funcionaristas que afirmaban su carácter de funcionario público. VILLALBA WELSH (1945) en la Revista del Notariado N° 529 expresaba: al escribano “puede considerárselo un concesionario del servicio público de autenticación con derechos y obligaciones regidos por un contrato de naturaleza similar al de función pública”. NERI (1969) sentencia que la función notarial y su órgano ejecutor son conceptualmente públicos; PONDE (hacia 1970) sostenía que el escribano no es funcionario público porque no integra el conjunto de reparticiones estatales, ni administrativa ni judicialmente; no tiene relación de dependencia; no reconoce estados jerárquicos de mando y no percibe salario; afirmó que la actividad es ejercida dentro de los cánones de las llamadas profesiones liberales. CARMINIO CASTAGNO, (1973), desarrolla su “Teoría General del Acto Notarial”, en la que no duda en afirmar la calidad de funcionario público del escribano, con medulosa argumentación. PELOSI en 1980 reivindica la definición del Congreso Internacional y, más precisamente a partir de la doctrina

alemana de aquel tiempo, la de portador de una función, que no se identifica con funcionario público. En 1986 ARMELLA, sostuvo que es imposible enmarcar la función notarial en ninguna otra conocida, y que no existe doble carácter para caracterizarla (público - privado), sino que es una en su diversidad y heterogeneidad específica: su carácter es de notario. HIGHTON DE NOLASCO, (2005) se enroló en la posición funcionarista, la que, con distintas aristas, sostuvo en general la jurisprudencia, y que, con mayores o menores adjetivos, sigue sosteniendo.

La posición integradora, afirma que el notario ejerce ambas funciones, privada y pública, la primera en tanto asesor jurídico y la segunda en cuanto autenticador. Esta posición, con matices parece mayoritaria en la doctrina notarial actual, con definiciones jurisprudenciales no siempre contestes.

Claramente, lo que hemos expresado es una simplificación del desarrollo del pensamiento autoral, cuya gran riqueza nos excede, nos enorgullece y alimenta: la sinopsis ha sido realizada al solo efecto de dar un marco a nuestras futuras definiciones.

Hemos advertido en nuestra investigación que, los analistas que dan cuenta de las distintas posiciones que los autores han ido tomando desde la primera mitad del siglo pasado a la fecha, establecen una línea de pensamiento que une a quienes entienden que el acto notarial es un acto regido por el derecho privado, que el documento notarial es esencialmente forma y solemnidad, que el notario es un profesional liberal, que los quehaceres notariales son operaciones desarrolladas con pericia, pero no existe una jurisdicción notarial ni normas adjetivas. Y otra línea que, a diferencia, une el pensamiento de quienes ven en el acto notarial un acto administrativo, no regido por el derecho privado; que el documento notarial es esencialmente prueba y este es su fin, que el escribano es un funcionario público, y que existe una jurisdicción notarial: quienes sostienen la posición contraria, suelen atribuir lo que ellos llamas “desviaciones”, a las influencias carnelutianas - procesalistas de sus exponentes.

Las líneas han sido expuestas en sus términos más absolutos, casi irreales. A poco de profundizar en las palabras de cada uno de los posicionados en una u otra tendencia, se advierte que existen vasos comunicantes que, nutriéndose entre sí, han permitido moldear los institutos del Derecho Notarial hasta el estado en que actualmente los encontramos.

El pensamiento de autores contemporáneos exhibe de algún modo el actual estado de la cuestión. ARMELLA (2021):” Es que el ejercicio de la función pública notarial abarca todas las áreas de interés de la persona humana durante su evolución como tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte. El ejercicio de la función pública notarial es ejercido por un profesional del derecho a cargo de la función pública notarial y a través del registro”. ORELLE, distingue acto notarial, del documento notarial y concluye “...el acto que desarrolla la función, es un acto administrativo”... , PEREZ LOZANO, (2021): “ ... por elevada que sea su formación jurídica ”dado que se trata de una función pública que se atribuye al Notario en su carácter de funcionario u oficial público ...”, ABELLA, (2015) “La investidura es el acto administrativo emanado de la autoridad pública competente en la materia, mediante el cual se pone en labor al funcionario, y se le otorga la potestad de dar fe”.

Una nueva generación de notarialistas emerge: LAMBER, COSOLA, ZAVALA, URBANEJA, SALIERNO, RODRIGUEZ AQUARONE. Trataremos de referirnos a sus ideas a medida que avancemos en nuestro estudio.

Lo que ninguna corriente niega es que la función notarial tiene una naturaleza, como mínimo, peculiar y que la plena fe, de la que gozan los documentos notariales, proviene del Estado, aunque hay quienes afirman que proviene de la ley, expresión ésta que no compartimos pues el poder legislativo es un órgano del Estado y las leyes son aprobadas o vetadas por el poder ejecutivo y revisadas oportunamente por el judicial.

Kemelmajer ha calificado como peculiar la actividad del notario: “Todas las actividades desarrolladas por el notario son significativas, pero la doctrina coincide en que la más importante, o como mínimo, la que la hace peculiar respecto de otros profesionales, es su función fedataria. En los últimos tiempos, el principio de buena fe y el derecho de los consumidores han extendido significativamente su obligación de información y de consejo” (KEMELMAJER. Lecciones y Ensayos Nro. Extraordinario - 60 años de Lecciones y Ensayos, 2016, “La responsabilidad del escribano en la jurisprudencia del siglo XXI”, pp. 177-205 177)

Es que la función fedataria tiene, en virtud de todo el andamiaje que requiere su ejercicio, un carácter preventivo que contribuye gravitadamente a la disminución de la litigiosidad y sustancialmente al ejercicio de los derechos en la bio normalidad. Cosola en igual sentido expresa: “La tutela del principio de legalidad notarial -

omnicomprensivo de reglas, normas y principios -, resulta ser esencial para configurar una de las máximas expresiones posibles previstas por los ordenamientos jurídicos de seguridad jurídica en su faz preventiva ...”¹⁰.

Los conceptos vertidos por la Comisión Redactora del entonces Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en los párrafos que expresan que “es de la esencia de la función notarial ... brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia”, han sido aprehendidos por gran parte de la doctrina autoral notarial.

¿Qué quisieron expresar los redactores cuando afirmaron que la función notarial tiene como esencia la protección de los ciudadanos? Nuestra respuesta es que el legislador ha asignado al notario la función de proteger a las personas en el ejercicio de los derechos que el Derecho les reconoce. Creemos que la ley ha determinado que, para la concreción de determinados actos jurídicos trascendentes en la vida de las personas, éstas deben otorgar esos actos mediante documentos notariales. Pero éstos, los documentos, no emergen de simples fórmulas ni del llenado de formularios pre impresos o de su obtención en páginas de la web. El notario requerido para la concreción de aquellos actos, inicia y conduce hasta el final, un proceso. Es en ese proceso donde se desenvuelve la argumentación notarial del derecho. Es en ese proceso en el que se despliega el deber y el poder, o facultad notarial, de valoración normativa, de emisión de juicios personales y la aplicación de la normativa específica para cada caso.

Hay una diferencia sutil, pero existe, entre proceso y procedimiento. Cuando referimos a proceso lo hacemos en el sentido de conjunto de actividades interrelacionadas, direccionada a determinado resultado. Un procedimiento, en cambio, es la descripción detallada de cómo se debe llevar a cabo un proceso: es un

¹⁰ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, “*Comentarios al capítulo I del título preliminar*”. Biblioteca Digital de la UCA. Recupero: www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina463.pdf (Último acceso: 22/08/2021) citado por COSOLA Sebastián J., en: “*Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes*”. (2017) Tesis doctoral. Óp. Cit. 1. Pag.259. “El desafío para la teoría jurídica y los juristas es controlar sustancialmente a toda ley más allá de las formas, para de ese modo constatar racionalmente si ha logrado emerger o no al derecho” Y añade refiriéndose a la doctrina española: que la calificación notarial comprende ... “El poder o facultad notarial consistente en la valoración normativa del ordenamiento, que se presenta como un juicio personal necesario, autónomo, de obligada alternativa, y normativamente reglado; ...”.

instructivo. En la normativa notarial, existen algunos procedimientos previstos en las leyes reglamentarias provinciales, las resoluciones de los colegios profesionales, disposiciones técnico registrales de los registros de la propiedad, resoluciones de otros órganos registrales, de organismos recaudadores. Pero, lo que nos interesa es indagar sobre el proceso, porque entendemos que de él depende el cumplimiento del objetivo de la función notarial. El objetivo es que las personas ejerciten sus derechos a efectos de: 1) modificar las relaciones y situaciones jurídicas existentes, o 2) que ejerciten el derecho de prepararse para accionar judicialmente y reclamar derechos pretendidos, o no satisfechos, o 3) tener instrumentos fehacientes para desarrollar o ejercer alguno de sus derechos constitucionales. En el primer caso estamos frente a un acto jurídico, en el segundo en una fijación de hechos que podrán servir para la adquisición de derechos, y en el tercero a simples juicios y atestaciones del escribano. En el primer caso, los derechos y deberes, emergen del acto notarial, porque allí se modifican las situaciones jurídicas, a través de nuevas relaciones jurídicas: en el proceso notarial se verifica la existencia de derechos, y surgen y se consolidan, los nuevos derechos adjudicados en la relación jurídica. En el segundo, se pre constituirá una prueba que servirá, o no, a la consolidación de derechos pretendidos y no satisfechos: se ejerce el derecho de fijar hechos (notificaciones, constataciones) para el posterior reclamo o defensa de derechos. En el tercero el documento notarial sirve al portador del mismo para acreditar la certeza de hechos o circunstancias que permiten a las personas demostrar los mismos frente a terceros o frente al Estado, ejerciendo derechos constitucionales.

Conocer la verdadera naturaleza de los quehaceres notariales nos obliga a determinar cómo se ejecuta, en qué consiste el arte notarial. El conjunto de tareas notariales es el nido donde creemos visualizar la protección de la persona humana que el Derecho encomienda al notario. En esas tareas, aprehendidas y ejecutadas, está la garantía constitucional de poder vivir conforme al derecho respecto de determinados actos trascendentes para las personas.

El camino de construcción del Derecho Notarial es transitado hoy por la doctrina notarial moderna, con alto grado de ebullición, y a nuestro entender, en consonancia con los nuevos paradigmas propuestos. Cosola, con agudeza, se pregunta “¿Qué es lo más trascendente que el derecho notarial, en el marco de la función y a través de su

creación principal, el documento, puede aportar a las necesidades del hombre y de la mujer problematizados de los tiempos en que vivimos?”¹¹.

Desde este marco abordamos lo que pretendemos sea nuestro aporte, si logramos confirmar nuestra hipótesis. Tenemos la intención de verificar que existe una sede notarial en la que se desarrolla un proceso de adjudicación de derechos, conducido por el escribano, y que de su correcto desenvolvimiento dependen la efectividad y equidad de esos derechos. Sabemos que la doctrina notarial actual no se inclina, más bien prefiere no referirse, a un proceso notarial; tampoco es afecta a reconocer la existencia de jurisdicción en sede notarial, pero la técnica ha evolucionado lo suficiente para iniciar un camino de redefiniciones.

Mucho nos animan en el desafío las palabras de ETCHEGARAY, al presentar el curso de “Técnica Notarial ante la vigencia del Código Civil y Comercial” en la Universidad Notarial Argentina, año 2016, al expresar: ”Pero también había que presentar las razones jurídicas por las que la tarea técnica del notario no se limita a la documentación, destacar que siempre es necesario un proceso de elaboración, ... fundamentalmente en la instrumentación pública, que culmina con la autorización de la escritura. Explicar que siempre hay un proceso de elaboración que compromete y responsabiliza al notario. Este proceso arranca con la aceptación o denegación de su intervención por parte del notario, ...”.

3. Hipótesis

¹¹ COSOLA, Sebastián J.. (2016). “*La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código Civil y Comercial de La Nación)*” Ponencia en la 32° Jornada Notarial Argentina. Buenos Aires. Recupero en <http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/09-Capacidad-minoridad-y-razonabilidad-notarial-Cosola.pdf>. (Última entrada: 4 10/2021). Pág. 6. “Esto tiene que ver con la indudable mutación que el derecho presenta, trasladándose cada vez más frecuentemente desde el paradigma científico hacia el paradigma artístico. Muy a pesar que por los tiempos actuales algunas doctrinas minoritarias siguen discutiendo el tema con cierta vehemencia, lo cierto es que la cientificidad del derecho, relacionada con la seguridad indubitable de la norma, ha sido puesta en jaque en nuestro país al menos, desde cuatro puntos de vista: a) La mencionada reforma constitucional del año 1.994 y la incorporación de la teoría de los DDHH al ámbito local al nivel de principio y no de mera fuente del derecho; b)La publicación en sintonía de leyes trascendentes de Derechos Humanos que positivizaron los temas propuestos genéricamente por los tratados (Protección integral de las Niñas, Niños y adolescentes; Salud Mental, Lavado de activos, entre tantas otras); c)Las sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia de La Nación como de los tribunales inferiores, al menos de los últimos treinta años, que desconocen la seguridad de la norma cuando la misma, en el caso concreto, colisiona con los Derechos Humanos fundamentales; d)La puesta en vigencia del CCCN, definido como un Código de principios destinado a definir los grandes principios y valores del derecho privado, a través del dialogo de fuentes”.

Nuestra hipótesis es que existe un “proceso notarial”, que permite el ejercicio de derechos constitucionales a las personas, en el que se revela la justificación social, normativa y axiológica de la función, y que, a través de la interpretación armónica del Código Civil y Comercial de la Nación con el resto del Derecho, ha quedado integrado al sistema jurídico notarial.

4. Metodología

Lo que más difícil nos ha resultado es iniciar el camino, y elegir el rumbo correcto, el cual se nos ha ido apareciendo más por intuición que por precisión metodológica. Nos ha animado la necesidad de llegar a la meta: demostrar que aquello que presumíamos cierto, porque los años dedicados a la función notarial así nos lo indicaban, es posible de ser comprobado.

El método y la meta a alcanzar están siempre en estado de tensión. Hemos sentido esa tensión en cada uno de los temas abordados.

Ha sostenido Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Si bien es cierto que la conciencia respecto del método posee una enorme antigüedad, su importancia es mayor en cuanto la meta se hace de referencia difícil. A medida que disminuye la claridad acerca del destino se trata al menos de no equivocarse el camino. El valor del método se incrementa cuando el hombre pone distancia con el mundo conocido para abrirse al mundo desconocido”¹².

El conducto de investigación en materia jurídica se integra con fines generales: la realización de la justicia, la seguridad jurídica, el bien del hombre, la paz en armonía social.

¹² CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2000) “*Metodología Jurídica* (emblema). Rosario. Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Primera edición. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>. Pág. 5. (Último ingreso: 4/10/2021). Agrega el autor. “Creemos acertado decir, como el poeta, que “no hay camino” (método) y se hace camino al andar. No “hay” método, pues al fin la vida nos resulta más compleja que toda meta y todo método; en gran medida el camino se “hace” buscándolo. Sin embargo, el método es un soporte de gran valor para evitar “extravíos”, tropiezos y caídas. El método “re-flexiona” sobre el sendero y lo afirma. Aunque el método da rigor al pensamiento, su importancia está, en última instancia, en relación con la que se adjudique a la meta. El método no vale por sí mismo sino respecto de la meta y debe guardar con ella un equilibrio difícil y delicado, cargado de muchas tensiones”.

Entre los métodos generales aplicables a la investigación jurídica hemos recurrido al método intuitivo, el que según Ponce de León Armenta se sustenta en la intuición y requiere intuir, es decir mirar ¹³. En nuestro estudio la intuición ha tenido gran incidencia, sin desconocer que la experiencia ha contribuido a ello.

Reconocemos que el método intuitivo tiene como presupuesto la relación entre el investigador y lo investigado, hay interrelación entre ambos; el investigador está próximo a los datos necesarios a lo que investiga, con una perspectiva "desde dentro"; y, por cierto, el estudio no es neutral respecto de los valores, sino que éstos están explicitados. Se produce una retroalimentación entre la teoría y la práctica, que permite ir ascendiendo en la escalera del conocimiento.

Desde esta situación el uso alternativo del método histórico (tratando de conocer la evolución y desarrollo del fenómeno investigado), el analógico (comparando conceptos ya conocidos y explicados para alcanzar y explicar conceptos nuevos), y el fenomenológico (proceso que demanda tanto de la descripción como de la interpretación analítica y exige, describir y comprender la experiencia desde su propia lógica de organización), nos ha permitido avanzar en el proyecto que nos propusimos, y han contribuido a equilibrar y dar certeza a las afirmaciones alcanzadas.

5. Objeto del estudio

El objeto de estudio es el ejercicio de la función notarial a partir de la regulación del CCC, no tanto en la determinación de su naturaleza - que tal vez surja durante el análisis -, sino respecto de su fin último. A este respecto tomamos cada uno de los institutos a tratar a partir de reconocerlos como un objeto posible de ser estudiado.

Nos proponemos indagar si el CCC ha regulado la función notarial de un modo especial y/o diferente al que estaba normado por el Código Civil y las leyes provinciales de organización del notariado en la República Argentina, anteriores al año

¹³ PONCE DE LEON ARMENTA, Luis. (2009). *“El método de la investigación científica del Derecho”*. Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recupero: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf>. (Última entrada: 5/03/2022) Pág. 66.

2015 y, de haberlo sido, si la calificación del notario como “depositario de la fe pública” resulta suficiente para definir su función.

Estimamos que efectivamente el CCC ha regulado la función notarial de modo especial y diferente, ya que sus nuevos paradigmas permiten integrar las normas de fondo, las leyes provinciales de organización del notariado en la República Argentina, el bloque de constitucionalidad, los principios generales y las prácticas inveteradas del notariado: esta integración, posibilita visualizar la función notarial a través del desarrollo del proceso notarial, trascendiendo así aquella calificación dogmática del notario. Estimamos que, para que este concepto - depositario de la fe pública - sea verdaderamente calificativo de la función, debe completarse en su contenido.

El ciudadano muchas veces se pregunta por qué ha de tener tanta fuerza convictiva lo que dice una persona cuyo único crédito personal, en apariencia, sería haber obtenido un título universitario. Incluso algunos operadores del Derecho reniegan de la atribución que la ley asigna al notario. Es una pregunta cuya respuesta está en el Derecho, y no debe ser respondida sólo con dogmas. Aunque la norma que instituye la escritura pública desaparezca la función notarial no desaparecerá ¹⁴. Esta afirmación ha sido discutida por COUTURE. Lo que debemos preguntarnos es el porqué de aquella afirmación.

Gran parte de los estudios en la materia a partir de la sanción del CCC, advierten que, en esta modificación de la gran norma de fondo, se plasman nuevos modelos. La constitucionalización del Derecho Privado, o sea la adaptación de este último a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos, ha sido comunicada como el emblema de los nuevos paradigmas declarados en los “Fundamentos” elaborados por la Comisión Redactora del proyecto del CCC.

Nuestro estudio se dirigirá en principio a la normativa vigente, centrado de modo particular - aunque no excluyente - en los artículos 289 y 299 y sus concordantes, y

¹⁴ Cfr. ORTIZ de DI MARTINO, Lucila. (2007). “Manual de derecho notarial”. Marben, Asunción, Paraguay. Pág. 15. Cit. por COSOLA Sebastián Justo (2011) en “Proyección del derecho notarial dentro de la estructura de los principios de la Unión Internacional del Notariado (una perspectiva iusnaturalista)”. Buenos Aires. Revista Notarial 966. Recupero: <http://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN966-2010-dc-cosola.pdf>. Buenos Aires. Pág. 863. (Última entrada 3/10/2021). “La función notarial no existe porque exista una norma que ordene la escritura pública como forma de ciertos negocios jurídicos. Si así fuese, bastaría con eliminar dicha norma para hacer desaparecer la función notarial. El fenómeno notarial nos muestra a las claras la necesidad que tienen el individuo y la sociedad de una verdad, trascendente en derecho, que le dé seguridad y certeza justa. Se trata de explicar el fenómeno notarial, no porque la ley lo impone, sino de verificar porque lo impone la ley”.

artículo 300 y ss., todos del CCC, pero colocándolo en la perspectiva desarrollada en el marco teórico expuesto: todo sistema jurídico necesita de las normas y de las fuentes pero, sobre todo, necesita que el jurista, sea juez, abogado, notario, profesor, legislador, cada uno en su rol, provea para que se alcance la justicia en el caso concreto.

En la actualidad, se vuelve difícil el hallazgo de una argumentación jurídica sólida, si ésta no encuentra apoyatura en la noción de derechos fundamentales reconocidos como principios generales del derecho que se captan por evidencia o por conjetura. La idea de argumentación del derecho necesita de mucho más que un sistema cerrado de normas. Habrá que ampliar la búsqueda por fuera de las normas escritas positivas.

CAPITULO I

1. Delimitación: los artículos 259, 289, 296, 299, 301 y cc. del CCC. La escritura pública y la vida de las personas

De la lectura de los artículos 259, 289, 296, 299, 301 y cc del CCC se advierte el ligamen entre el concepto de escritura pública y el de acto jurídico y, por ende, a la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas existentes.

1.1. Las situaciones y relaciones jurídicas

Es importante referir a la diferencia entre los conceptos de situación jurídica y relación jurídica, ya que la función notarial está ligada a ellos.

Tanto el artículo 257 del CCC, titulado Hecho Jurídico, como el artículo 259, titulado Acto Jurídico, refieren al nacimiento, constitución, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Es claro que el legislador, más allá de la referencia particular del artículo 7, nos advierte de una diferencia entre ambas cuando

trata, en el Libro Primero, Título IV, a los hechos y actos jurídicos. Tanto Roubier¹⁵ como Borda¹⁶, definen diferencias entre unas y otras.

Para el primero, la palabra situación es más amplia que relación porque se refiere a vínculos genéricos entre personas o posiciones unilaterales, en tanto la relación refiere al vínculo directo entre dos o más personas. Borda por su parte explica que la relación jurídica “es la que se establece entre dos o más personas, con carácter particular, esencialmente variable, del cual emanan deberes y derechos”, en tanto la situación jurídica es la “posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por ley”.

Francisco Junyent Bas¹⁷ al respecto ha comentado: “Así, Roubier determina que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de la creación o constitución y de extinción; cuando una de estas fases está concluida, es decir, el derecho está constituido o se ha extinguido, se está frente a un hecho cumplido o consumido ...”.

Los autores distinguen, entonces, dos fases en las situaciones jurídicas: una dinámica y otra estática. La primera corresponde al momento de su constitución y de su extinción y la segunda se abre cuando esa situación produce sus efectos¹⁸.

Los hechos jurídicos tienen la potencialidad de cambiar una situación preexistente, pueden configurar una nueva situación jurídica y esta modificación es fáctico jurídica. Los hechos jurídicos, humanos o naturales, son el género; el acto

¹⁵ ROUBIER. *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*”. Cit. por BORDA, Guillermo en “El artículo 71 bis, ley 2393 y la aplicación inmediata de la ley”, en L.L. 147-63 cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (2015). “*La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*”. Buenos Aires. Ed. Rubinzal-Culzoni. Pág. 26.

¹⁶ BORDA Guillermo. “*El artículo 71 bis, ley 2393 y la aplicación inmediata de la ley*”, en L.L. 147-63 cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (2015). “*La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*”. Buenos Aires. Ed. Rubinzal - Culzoni. Pág. 26. “Relación jurídica es la que se establece entre dos o más personas, con carácter particular, esencialmente variable; es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. Situación jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para todos (por ejemplo, el derecho de propiedad, y, en general, todos los derechos reales, la situación de padre, hijo, etc.).

¹⁷ JUNYENT BAS, Francisco A. (2015). “*El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial*”. LA LEY 27/04/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/1360/2015. (Última entrada: 6 julio 2021). Pág. 15.

¹⁸ Óp. cit. 17. Pág. 27.

voluntario lícito es el negocio jurídico, así llamado por Betti ¹⁹, o acto jurídico como lo denomina nuestro CCC, es una especie. En los casos notariales es el notario quien está en presencia de estos hechos.

Según Emilio Betti la relación jurídica “es un nexo que el Derecho establece entre persona y persona dándole a una un poder y a la otra un vínculo correlativo” ²⁰.

En ocasión de formalizar un acto jurídico frente al escribano, las personas se encuentran en determinada situación jurídica, enmarcada legalmente y, conforme a ésta, en ejercicio de los derechos que de ella emanan. Se requiere de una *acción transformadora* del o los partícipes de la situación jurídica (con voluntad, conciencia e intención), para modificar las relaciones jurídicas y para que, así, devenga una nueva situación jurídica. De este modo hemos entendido - inspirados en la concepción del negocio jurídico de BETTI -, el acto jurídico que refleja la voluntad, la conciencia y la intención de las personas, en su forma, contenido y causa, y aún en los móviles causales.

El escribano está presente en la fase dinámica de la situación jurídica y contribuye a que los efectos, en la etapa estática, sean visibles. Por ejemplo: en la constitución o extinción de los derechos reales y su posterior publicidad registral inmobiliaria, o la cesión de derechos crediticios y su posterior notificación al deudor cedido, o la manifestación de actos de autoprotección y su inscripción si ésta se

¹⁹ ZINNY, Mario. (1990). “*El acto Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Depalma. Pág.5.

²⁰ BETTI, Emilio. (1959) “*Teoría General del Negocio Jurídico*”. Madrid. Ediciones Jurídicas de Derecho Privado. 2º edición. Recupero: https://kupdf.net/download/betti-emilio-teor-iacute-a-general-del-negocio-jur-iacute-dico-1-ordf-parte_5af7a6d7e2b6f5f15e342272_pdf. Pág.10. (Último ingreso: 3/10/2021). “El esquema lógico del hecho jurídico, reducido a su expresión más simple, se obtiene mostrándolo como un hecho dotado de ciertos requisitos, presupuestos por la norma, que incide en una situación preexistente (inicial) y la transforma en una situación nueva (final), de modo que constituya, modifique o extinga, poderes y vínculos, o calificaciones y posiciones jurídicas. La eficacia constitutiva, modificativa o extintiva, se le atribuye al hecho jurídico en relación a la situación en que se encuadra, en cuanto que forma con ella (como supuesto de hecho) objeto de previsión y de estimación jurídica por parte de la norma que declara aquella eficacia. La valoración de un hecho como jurídico se expresa, justamente, al unir a la situación jurídica prevista, en la que él incide (supuesto de hecho), una situación jurídica nueva, que se refiere a aquella preexistente y desde la que se desenvuelve. Se nos muestra ya, de la propuesta definición del hecho jurídico, que sería un error concebir el supuesto de hecho como algo puramente fáctico, privado de calificación jurídica, o como algo materialmente separado o cronológicamente distante de la nueva situación jurídica que con él se corresponde. En realidad, ésta no es más que un desarrollo de aquél, una situación nueva en que se convierte la situación preexistente al producirse el hecho jurídico. Cuando, en particular, la situación nueva representa la constitución de una relación jurídica, la situación preexistente consiste en un particular modo de ser que adopta una relación de la vida social con el sobrevenir de un hecho jurídico. Este, por ejemplo, un contrato, en tanto hace nacer una obligación en cuanto opera sobre una compleja situación, cuyos elementos están ya calificados por el Derecho”.

exigiera, en el otorgamiento de un testamento y su inscripción o guarda. Aún en aquellos actos cuyo otorgamiento no requiere registración en otro Registro, el documento notarial, en su testimonio o primera copia, hace visible cartularmente los efectos del acto documentado.

El texto de los artículos indicados al inicio de este título, da la pauta de la importancia de la escritura pública en la vida cotidiana de las personas, pues de ella puede emerger la existencia o inexistencia de derechos y deberes entre los sujetos, o entre éstos y las cosas y de cada uno consigo mismo.

El artículo 259 CCC describe al acto jurídico como “el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. El artículo 299 del mismo cuerpo, por su parte define a la escritura pública como “el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, *que contienen uno o más actos jurídicos*”. En tanto el artículo 289 enuncia que “Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión”.

Ergo: la adquisición, modificación o extinción de las relaciones y situaciones jurídicas, que tienen *determinada trascendencia* en las personas, física, espiritual, social o patrimonialmente, son materia de la función notarial. Podemos sostener de conformidad al artículo 289 que esa competencia material es, en relación a los actos jurídicos trascendentales para las personas, casi exclusivamente del oficial público escribano.

El CCiv ligaba, en su artículo 979, los actos jurídicos a los instrumentos públicos en general. Ese artículo contenía una larga enumeración de los que catalogaba como instrumentos públicos. El CCC, en cambio, relaciona específicamente a las escrituras públicas con los actos jurídicos y aquéllas son, casi en forma exclusiva, los únicos instrumentos públicos regulados en el artículo 289.

Esto marca un notorio cambio normativo, no casual: las escrituras públicas son los únicos instrumentos públicos que contienen actos jurídicos, o sea los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o

extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Del texto de los artículos referidos surge que se ha producido una modificación en la categorización de los instrumentos públicos. Esta nueva categorización abre la puerta a la afirmación de que el *documento notarial* es el instrumento público de derecho civil por antonomasia, por tanto, ligado directamente a los actos de trascendencia en la vida de las personas de los que se habla en los “Fundamentos” del CCC.

Por su parte el artículo 310 regula otro documento notarial: el acta notarial. Las define como “los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos”²¹. En este caso, la intención del requirente del servicio notarial será la fijación de hechos que se pretenderán jurídicos, o sea que produzcan el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas y proporcionará al solicitante la vía de acción para exigir su pretensión o para rechazar una ajena.

1.2. La Teoría Conjetural del Derecho respecto de hechos y actos jurídicos

La norma del artículo 289, mirada desde la teoría conjetural desarrollada por Ciuro Caldani, contiene la conjetura de que hay actos jurídicos (los que se exteriorizan a través de hechos que se producen con voluntad, conciencia e intención) que, otorgados ante un funcionario especialmente determinado, y con especiales condiciones en su ejercicio, gozan de tal credibilidad social que evitan gravitadamente el litigio. El mismo artículo contiene también la conjetura de que ciertos hechos, humanos o de la naturaleza, fijados por ese funcionario, gozan de la credibilidad suficiente para que las personas reclamen de ellos determinadas consecuencias jurídicas. Este reclamo se formaliza, ante toda la comunidad en el ejercicio de los derechos en la normalidad o ante los tribunales cuando existe un contradictor.

Pero el legislador no solo conjetura sobre la credibilidad de la que gozan determinados actos otorgados ante o por un oficial público, sino que conjetura que, para que ello se concrete, el oficial público debe cumplir con ciertos requisitos y formas. Estos últimos - requisitos y formas - están contenidos, fundamentalmente, en los artículos 289 hasta el 310 del CCC, en leyes locales de organización del notariado

²¹ Artículo 257. Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas

y en las reglamentaciones nacionales y provinciales, a los que algunos de estos artículos remiten, sin perjuicio de las normas deontológicas, contenidas implícita o expresamente en las anteriores y en los principios generales del derecho.

Vislumbramos, en todo este plexo, la prescripción de una *conducta secuencial exigida al oficial público escribano* que percibimos como reguladora de un proceso. Hay, entonces, normas y principios que nos introducen en el campo del Derecho Procesal. Es, ese conjunto, el que nos induce a pensar que hay una diferencia entre la configuración de la esencia del notario actual y la simple expresión dogmática²² “de depositario de la fe pública, como ya dijimos. A esta expresión hay que llenarla de contenido, para que alcance plenamente su envergadura.

Kemelmajer de Carlucci ha expresado: “En realidad, el intérprete realiza un círculo constante que va de la parte leída al todo. Este movimiento es espiralado y tiene que ver con la definición problemática del “todo”. En efecto, se extiende del texto a otros textos relacionados y a las circunstancias socio históricas de producción concebidas como “contexto”²³. ¿Cómo creer, entonces, que todo termina en la palabra? Fe pública, dación de fe, depositario de la fe, son expresiones que deben ser necesariamente interpretadas. Una vez interpretadas deben ser comunicadas de modo que tengan significación social. Esto es lo que intentamos en este estudio.

Nuestra conjetura es que el documento notarial goza de credibilidad porque el oficial público, que tiene la función de producirlo, debe reunir requisitos y exigencias personales y de ejercicio que generan confianza en la comunidad a la que sirve y, por ende, es el legislador que conjetura que, cuando se dan estas circunstancias, el resultado es valioso.

CAPITULO II. El escribano, la función. Las materializaciones personales y no personales

²² Según la Real Academia Española, un dogma es un postulado que se valora por su condición de firme y verídico y al cual se reconoce como una afirmación irrefutable frente a la cual no hay espacio para réplicas, el término es nativo del griego y su significado es doctrina u opinión fijada.

²³ GADAMER, Hans-georg. (1984) "*Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*". Ed. Sígueme. Salamanca. Trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Pág. 244 y ss. cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida. (2019) en: "*El lenguaje en el código civil y comercial argentino*". LA LEY, 2019-E, 970. cita online: ar/doc/3122/2019. (Última: entrada 2/jun/2021).

1. El escribano: la función que le adjudica el legislador. Una visión desde el Trialismo Jurídico

Podemos sostener que el escribano es un oficial público que posibilita y resguarda el reparto de adjudicaciones de derechos que las personas practican en el ámbito privado y en ejercicio de su autonomía. Es aquí donde advertimos la relevancia de la función notarial.

Según el trialismo jurídico, toda norma es la captación lógica neutral de un reparto proyectado y, como afirma Ciuro Caldani, para el trialismo, toda norma tiene una fuerte pretensión de verdad.

Los artículos que hemos mencionado (259, 289, 296, 299, 301 y cc. del CCC) expresan, por captación lógica neutral, un reparto proyectado y tienen, una fuerte pretensión de verdad. En consecuencia, el legislador ha conferido al escribano la facultad de autorizar instrumentos que gozan de certeza plena y es verdad que tales documentos devienen en indiscutibles, salvo casos excepcionales.

Según el trialismo, el orden en la consideración de las tres dimensiones jurídicas (hecho, norma y valor) ha de variar según la meta respectiva. Desde el punto de vista filosófico corresponde, según esta teoría, un orden socio-normo-axiológico. Desde el enfoque científico y en la práctica del abogado litigante o del juez se recorre, habitualmente, un orden normo-socio-axiológico. ¿Cuál sería el orden que debe tratar de seguir el escribano para llegar a su meta?

Estimamos, desde esta visión teórica, que hay dos situaciones en nuestro estudio para el análisis: 1º) si la captación lógica neutral, realizada por el legislador, del reparto asignado al notario es normo, socio y axiológicamente acertada. Y 2º) cuál es el orden que sigue el notario al cumplir sus propias funciones de reparto para que la norma quede realmente integrada en el caso.

Ciuro Caldani afirma que toda norma tiene que ser fiel, exacta y adecuada a la voluntad del autor. Esto debe ser meritado por el escribano para acercarse a tal consigna, tanto respecto de la norma dictada por el legislador, como a la norma que establecen los requirentes al otorgar el acto documentado.

Trataremos de analizar aquellas dos situaciones de reparto: la que el legislador ha formulado para el escribano y las que el escribano realiza al cumplir su función.

1.1. Las potencias asignadas al escribano en el CCC

El CCC formaliza la captación lógica neutral de un reparto proyectado respecto del escribano en el artículo 289.

Esta norma debe ser integrada con el artículo 299 que declara que la escritura pública “es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz”. Y también con el artículo 301, referido a las actas notariales.

Por su parte el artículo 1017 determina cuáles actos deben ser otorgados por escritura pública: “a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública”.

De la interpretación de estas normas surge que el código atribuye, o sea, reparte una potencia al escribano público: esa potencia es la facultad de otorgar instrumentos que tienen una especial eficacia probatoria (art. 296 CCC), de la que no gozan otros instrumentos. Ergo, para el derecho, los instrumentos otorgados ante escribano público cumplen una particular función social, porque se les atribuye una presunción de verdad de la que otros carecen.

¿Cuál es entonces la captación lógica del legislador? Respondemos: las personas necesitan certeza respecto de determinados actos trascendentes en su vida y, en nuestra comunidad y en nuestro sistema jurídico, la facultad de dar por cierto y verdadero aquello que se percibe, ha sido asignada a una persona, un oficial público: el escribano.

Pero el legislador incluye otras captaciones lógicas: el oficial instituido para ser recipiendario de la plena fe debe reunir requisitos y asumir obligaciones de cierta envergadura impuestos por el Estado, ya que es un oficial del Estado. Algunas de estas

exigencias están contenidas en el código de fondo, otras en las leyes orgánicas provinciales, otras en leyes especiales. Muchas de ellas inspiradas en principios específicos y todas fundadas en los principios generales del Derecho.

Dada estas captaciones, el legislador confiere plena fe a la palabra del oficial público respecto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él.

Dijimos que, según el trialismo jurídico, toda norma tiene una fuerte pretensión de verdad. La norma se pretende verdadera pero no caprichosamente. A través del tejido conjetural el legislador capta que el resultado de la aplicación de la norma ha sido históricamente, y, por tanto, será, el correcto.

En 2004 ya sosteníamos en sentido semejante: “el Estado es el responsable de que el sistema de derecho imperante en una comunidad, tenga vigencia. Los bienes jurídicos de justicia, libertad, seguridad, certeza, (- bienestar y humanidad agregamos hoy -), son de la comunidad, y el Estado, como comunidad jurídicamente organizada, tiene las potestades destinadas a lograrlos. El Estado es el que debe encontrar los medios para garantizar la prestación de servicios que cada comunidad se ha fijado como reglas de convivencia, para vivir en derecho. Al dictarse la norma fundamental y el Código Civil, ha sido la sociedad la que se autoimpuso la necesidad de que existan instrumentos dotados de certeza de los cuales emergen derechos, en principio indiscutibles. Es decir, la sociedad eligió un sistema jurídico, y es el Estado el que debe hacer efectiva esa certeza”²⁴.

Por tanto, si alguien supone falsedad, y no certeza en lo atestado por el oficial público, deberá recurrir a un proceso judicial, civil o criminal.

El legislador capta la necesidad comunitaria de certezas y seguridades básicas para el desenvolvimiento de la vida social, y reparte funciones. Asigna al escribano la potestad (la potencia) de que su palabra sea indubitable respecto de determinados actos y hechos. Esto, sin que los demás puedan desdecirlo, salvo demostrando la falsedad: esta es la demostración más difícil pues consiste en demostrar la inexistencia de lo que probadamente existe.

²⁴ CARRASCOSA de GRANATA, Anahí y GALIGNARES, Beatriz. “La contribución del notariado a la prevención de la litigiosidad”. Ponencia: XXVII Jornada Notarial Argentina. 2º Premio. Obra no publicada. Salta. set/oct. 2005.

Como veremos más adelante, el valor probatorio de los medios de prueba es la fuerza relativa que cada medio de prueba tiene respecto de los demás, como elemento de convicción. Así, la confesión judicial de parte y el instrumento público producen plena prueba, es decir, bastan por sí solos para establecer la verdad de un hecho. Los demás medios de prueba, por lo general, producen prueba semiplena, debiendo complementarse con otros medios probatorios.

El legislador ha repartido – atribuido - esa potestad al agente oficial escribano público, poniendo en funcionamiento, lo que ya hemos mencionado: el tejido conjetural. “La conjeturabilidad de las soluciones está en gran medida en relación inversa con la litigiosidad, pero ésta es siempre minoritaria. El funcionamiento conjetural es, a nuestro parecer, uno de los grandes ámbitos del objeto de la ciencia jurídica que urge desarrollar” ²⁵.

Si la conjeturabilidad, sea en sede judicial, legislativa o notarial, disminuye la litigiosidad, todo jurista debe contribuir a esa tarea. La tarea de argumentación jurídica en la función notarial, a la que convoca Cosola, está ligada a la capacidad de conjeturabilidad que haya desarrollado el notario como jurista.

El legislador como repartidor, en la norma, genera materializaciones personales (el legislador, el juez, el abogado, etc.) y no personales (la moneda, el tribunal, el expediente, el documento, etc.). Cuando la integración entre las materializaciones personales y no personales sirve a los objetivos de los autores de la norma, ésta es adecuada. Esta adecuación contribuye a las tareas funcionales, de elaboración y determinación, de los actores jurídicos.

A la enumeración de materialización personales propuestas por el profesor rosarino agregamos al escribano, y a las no personales: el registro notarial, los

²⁵CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2000). “*La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas -metodología jurídica*”. Ed. (Emblema) Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario. Primera edición.

Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794> Introducción 5. Pág.7. (Último acceso: 9/10/2021). “En todo orden jurídico hay un tejido conjetural de funcionamiento de las normas inmensamente mayoritario que posee mucha más importancia de la que recibe. De cierto modo, podría decirse que la vertiente conjetural, aunque en principio “dependiente”, es la normal. ... Que la conjetura se produzca no quiere decir que sea necesariamente “correcta”. El trialismo supone que, ante un caso, es habitual que exista sólo una solución correcta y cree que esa corrección puede tener referencias normológicas, sociológicas o dikelógicas, aunque debe remitirse, en última instancia, a consideraciones de justicia. Sin embargo, lo que aquí importa es no sólo que el funcionamiento real puede ser correcto o incorrecto, sino que la conjetura se efectúa, con acierto o sin él”.

documentos notariales. O sea, en nuestro caso, el escribano estaría dotado de las facultades y de las herramientas para desarrollar el quehacer al que es convocado. El CCC generó una materialización personal refiriéndose al escribano, y una materialización no personal, al referir a instrumentos públicos y particularmente a los documentos indicados en el artículo 289 inc. a) y b), y a la escritura, actas, protocolo y registro en los artículos 299, 300, 301, 310 y cc.

En lo que a la materialización no personal refiere, en materia notarial y, en razón de la enumeración formulada en el artículo 289, resulta evidente que el instrumento público es un género que comprende a las especies escrituras, sus testimonios, y actas y documentos autónomos que extienden los escribanos públicos con los requisitos que establecen las leyes. Todas estas especies forman parte de un conjunto al que identificamos como documentos notariales.

No desconocemos que la doctrina se ha ocupado de hacer distinciones entre documentos e instrumentos, concluyendo, en general que el instrumento es una especie de la voz genérica documento. Las normas suelen usar ambos vocablos indiscriminadamente.

Entendemos que el documento notarial es una subespecie de la especie instrumento. Los instrumentos que extienden otros funcionarios públicos, que no son escribanos (mencionados en el artículo 289 inc. b), refiere a otros funcionarios y otras materializaciones no personales: los consulares, por ejemplo.

De las otras materializaciones no personales que pueden considerarse en el código de fondo, solo los instrumentos públicos administrativos de derecho privado (actas del registro civil, por ejemplo) estarían comprendidos en la norma del artículo 289, junto con el instrumento público notarial, según Abella.²⁶ Los instrumentos públicos judiciales, y los otros documentos administrativos son regulados por normas específicas de sus propias materias.

Entonces, el legislador ha asignado al escribano, como agente público (en tanto materialización personal) la potencia de otorgar - en forma exclusiva y excluyente - documentos notariales (materialización no personal) que, como especie del

²⁶ ABELLA, Adriana. (2015). *“Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”*. Ed. Revista IUS. Vol.9 no.36. Puebla. Méjico. ISSN 1870-2147. Recupero: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200359. (Último ingreso: 7/07/2021)

instrumento público, gozan de certeza plena, salvo querrela de falsedad. Existe una adecuación en la normativa. Ésta asigna funciones al escribano y le asigna herramientas materiales para su ejecución.

Para lograr la adecuación completa, siendo la potencia asignada al escribano de mucha fortaleza, es necesario integrar las normas que imponen al escribano requisitos y formalidades rigurosas para el ejercicio de la función. Algunas de estas normas están previstas en el CCC, por ejemplo, las relativas a las restricciones en relación a las personas, a la materia y al territorio (artículos 291, 292, 293, 294, 295 del CCC), o las formalidades en relación a las materializaciones no personales referidas a la escritura pública y actas (artículos 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 309, 311 del CCC).

Para el ingreso a la función y su estabilidad en ellas, además del CCC, la integración habrá de buscarse en las leyes de organización del notariado de orden provincial, y los principios generales, base indispensable de toda integración jurídica. Nos parece necesario, tratándose del escribano, recurrir a los principios generales del notariado proclamados por la Unión Internacional del Notariado.

En definitiva, la norma del CCC es adecuada y posibilita las tareas funcionales de elaboración y determinación.

A lo que nos avocaremos ahora es a tratar de diseccionar cuál es la exigencia impuesta al escribano frente al caso concreto, cuál es el orden que debe guiar su quehacer como conductor de un proceso para que las normas que le asignan potencias e impotencias (facultades y restricciones) queden realmente integradas.

Cabe preguntarse, además, si el escribano desarrolla una función de reparto en el caso concreto

1.2. Las potencias que el escribano debe repartir

Estimamos que el notario debe seguir, en principio, un orden socio, normo, axiológico al cumplir sus funciones.

El notario desarrolla su quehacer en etapas. Se encuentra en primera instancia frente a los sujetos requirentes, con pretensiones, y necesidades, con capacidades y voluntades, en un determinado contexto espacial e histórico. Luego deberá, aplicando el principio de legalidad, verificar la existencia de la norma que el caso concreto

demanda, e interpretarla. La norma a aplicar debe ser la correcta, para lo cual, el agente debe integrarla al sistema.

A diferencia del juez, que adjudica derechos en el caso concreto llevado a sus estrados, *el notario no formaliza la adjudicación de derechos*. En sede notarial son los actores del acto jurídico, o negocio, quienes formalizan el reparto. El notario es quien trata de alcanzar fidelidad, exactitud y adecuación de la norma, y da certeza a las adjudicaciones que formalizan los actores. En estas acciones está su tarea de reparto.

Cosola lo expresa de otro modo diciendo: “Implica una tarea de intelección del caso, para luego proceder a la deducción de las normas, las reglas y los principios implicados, los que el notario tiene que aplicar respetando la voluntad, en el marco de la fe y con los efectos propios esgrimidos por la seguridad”²⁷.

El notario practica tareas conjeturales a efectos de que las personas puedan realizar el reparto de sus derechos: expresada la necesidad o la voluntad de un requirente, deberá conjeturar, según las apreciaciones subjetivas y objetivas del caso, si existen una o más normas aplicables, si son adecuadas y correctas. Si no las hay, o si las considera inadecuadas, debe recurrir a las fuentes y principios. Si aquí encuentra la adecuación, debe lograr la integración para satisfacer la necesidad expresada por los actores. Entonces podrá elaborar el documento, previo merituar que la integración alcanzada esté axiológicamente justificada. Hay, pues un orden socio normo axiológico que debe proseguir el oficial público para justificar el reparto que le ha sido asignado por el CCC.

Reafirmamos: en sede notarial el notario no adjudica derechos. Los adjudican los actores, o se constatan en tiempo y lugar o se declaran los ya adjudicados por la ley. La función del notario es aplicar, a lo pretendido por aquellos, el reparto formalizado por el orden jurídico, bien sea normativo, o judicial, para lo cual se debenz conocer las normas del sistema y aplicación de los valores.

²⁷ COSOLA, Sebastián. (2020). “*La actuación notarial constitucional en el marco de la emergencia legislativamente declarada*”, en “Emergencia, pandemia, tecnología y notariado” juntamente con: Armella, Cristina Noemí, Esper, Mariano, Guardiola, Juan José, Lamber, Néstor Daniel, Moreyra, Javier Hernán, Otero, Esteban Daniel, Sabene, Sebastián E., Salierno, Karina Vanesa, Schmidt, Walter César, Zavala, Gastón Augusto. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2020. Cita: RC D 2091/2020. Recupero: https://www.uinl.org/-/argentina-estudio-emergencia-pandemia-tecnologia-y-notariado-puesta-a-disposicion-de-los-notarios-del-mundo#p_73_INSTANCE_g4QgRSEIbf0Q. Pag.5. (Último acceso: 11/10/2021).

Estimamos que llegaremos al núcleo de nuestra búsqueda a través de lo que tradicionalmente se han denominado las operaciones de ejercicio. Ello sin desmedro de la técnica a la que asimilamos y creemos contenida en la *tekné*: una *techné* lógica, ligada a la argumentación, una *tekné* moral destinada a producir acciones justas que permitan vivir bien, una *techné* poética, produciendo reglas para que el documento represente verosímilmente a los acontecimientos acaecidos ante el notario y una *techné* retórica, en el sentido de argumentar para convencer, a efectos de alcanzar el bien perseguido.

La potencia que sí puede repartir el notario es certeza de lo que percibió, y ello lo hará al autorizar el documento notarial. La *adveración* inserta al finalizar el acto autenticado, manifestada a través de su firma a continuación de la de los otorgantes, es el reparto que hace el escribano transformando el fenómeno percibido en documento auténtico.

1.3. Escribano o notario: la materialización personal en el CCC

Antes de avanzar en el análisis de la materialización no personal formalizada para el escribano, o sea al documento notarial, nos referiremos a la denominación que el CCC utiliza para designar al oficial público a quien asigna la función de autorizar instrumentos públicos notariales. Estimamos conveniente esta aclaración ya que, tanto en el lenguaje cotidiano como en el técnico - usado en normas y textos autorales- se suele usar ambos vocablos: notario o escribano.

El CCC no define al notario. Utiliza la locución escribano público en cuarenta y dos frases, y la de notario en ocho. Sin embargo, claramente al asignar o describir funciones se está refiriendo al mismo sujeto funcional.

Hay autorizadas voces que entienden que la diferencia entre la palabra escribano y notario está en el ejercicio de la función. Escribano referiría al título habilitante, en tanto notario sería el escribano en ejercicio de la función pública. Otros refieren la diferencia a los orígenes de la función desprendida del poder judicial. No creemos que allí esté, por lo menos en el lenguaje utilizado en el país, la distinción.

La ley 3058 denominada “Ley Notarial de Organización del Notariado” de Mendoza, además de utilizar en su propia identificación la palabra notarial, acude en más de cien veces a la voz notario y tan solo nueve a la de escribano. En su artículo 1°

expresa “Compete al Notario “y enumera sus competencias funcionales y, en el artículo 76° las formula unívocamente: “Los aspirantes a ingresar al Notariado, ya sea para Titular o Adscripto, deberán inscribirse en el Consejo Superior del Colegio Notarial y cumplir con las siguientes condiciones: 1) Poseer título universitario de *escribano o notario* o título de abogado”.

La Ley 404 de organización del notariado de la Ciudad de Buenos Aires, mucho más reciente que la mendocina, y a diferencia, utiliza ciento sesenta y seis veces la alocución de escribano/s y sólo setenta y cinco veces la voz notario/s.

El nombre de los organismos institucionales que nuclea a escribanos o notarios, a nivel nacional o internacional, se designan en referencia a la palabra notario o notarial (Unión Internacional del Notariado, Consejo Federal del Notariado Argentino, Academia Nacional del Notariado, Jornada Notarial Argentina). Los colegios profesionales en cambio, se denominan, en casi todas las provincias, como Colegio de Escribanos, excepto en Mendoza, San Juan, Misiones y Santiago del Estero. En nuestra provincia el organismo se llama Colegio Notarial y el órgano previsional Caja de Jubilaciones de Escribanos. Registro Notarial, es la sede donde el agente público ejerce su función.

En nuestro país la comunidad, en general, refiere a este agente como escribano, no como notario. Convengamos, pues, que el uso indistinto de las palabras escribano y notario no deviene necesariamente del legislador. En el lenguaje lego y en numerosos fallos judiciales, la palabra escribano se ha impuesto sobre la de notario, a diferencia de la mayoría de los países americanos, sobre todo del denominado notariado andino, y español, en la que prima el término notario.

Se ha afirmado que, en sus orígenes en el proceso de desprendimiento de funciones del Poder Judicial, escribano era el secretario actuario para cuestiones privadas en los estrados judiciales, en tanto, el notario era quien intervenía en las cuestiones privadas extrajudiciales.

Se podría ahondar en la huella histórica sobre el uso de ambos vocablos, sin perjuicio de reconocer: 1°) que, en España, tan cercana a nuestro quehacer institucional, académico y profesional, el vocablo utilizado es notario. 2°) que a los escribanos argentinos el vocablo notario nos resulta, además de amable, identificador, tanto como cuerpo como individualmente.

Sin embargo, como expresamos, las personas en la República Argentina, no nombran a estos agentes públicos como notarios sino como escribanos; no concurren a la notaría, concurren a la escribanía. Lo cierto es que el legislador de 2014 (CCC), no solo no unificó los vocablos, sino que parece más inclinado al de escribano que al de notario. Al referirse al autorizante del documento notarial nombra al escribano y al producto de la función de éste, como instrumento público.

Hecha la aclaración, en este estudio nos permitiremos utilizar ambos vocablos indistintamente, aunque intentaremos utilizar el término escribano por ser el habitual en el lenguaje lego.

2. El documento notarial: su función

Así como, conforme el trialismo jurídico, el legislador ha asignado una materialización personal respecto del escribano, también ha generado materializaciones no personales: el instrumento público, la escritura pública, las actas notariales, y demás instrumentos por el escribano autorizados. En fin, los que denominaremos genéricamente el documento notarial.

Según Núñez Lagos, “en el principio fue el documento ... El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento”²⁸. El documento siempre existió, caso contrario hoy no se podría escribir la historia, y antes de la escritura existían la proto escritura y símbolos ideográficos que podían transmitir información, sin perjuicio de la transmisión oral.

Ciertamente el documento preexistió al notario, pues la necesidad de que los hechos puedan ser probados, la necesidad de mostrar su existencia, es concomitante con la vida en comunidad, en tanto necesidad de convivencia en paz.

Todo documento, en consecuencia, tiene la función de decir, de mostrar, de *docere*, de enseñar. “Pareciera indispensable para el bienestar común que

²⁸ cfr. NÚÑEZ LAGOS Rafael. (1950) “*Hechos y derechos en el documento público*”. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid. Pág. 2. citado por COSOLA Sebastián (2016) en” *La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del código Civil y Comercial de la Nación)*”. Premio especial “150 aniversario del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”. Jornada Notarial Argentina. Buenos Aires. Recupero. <http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/09-Capacidad-minoridad-y-razonabilidad-notarial-Cosola.pdf>. Pág. 13. (Última entrada: 2/07/2021).

determinados hechos se representen y se muestren, en principio, indubitables: esta necesidad es satisfecha a través de documentos oficiales y de instrumentos públicos. Con relación a los hechos, actos o negocios jurídicos, el documento notarial es la instancia de determinación de derechos en un proceso extrajudicial. A través de él las partes crean el derecho aplicable a su negocio o fijan hechos o actos en los que sustentarán, a posteriori, su derecho, y es el notario, quien, por medio de un razonamiento lógico, liga la voluntad creadora de las partes, o su interés o necesidad, al ordenamiento jurídico”²⁹.

El documento notarial contiene determinaciones de derechos. En el caso de los actos jurídicos, lo que los comparecientes hacen es crear el derecho; esto es, la norma, que aplican en ejercicio de su autonomía, una norma llamada por la doctrina para estatal o extraestatal, que se adecuará siempre a la norma estatal vigente. El notario liga esa voluntad al ordenamiento jurídico, y autentica.

Los documentos notariales exhiben los hechos a través de formas determinadas a las que se llegan por procesos más rigurosos que el resto de los documentos. La ley capta la necesidad social de seguridad y la integra del modo más adecuado al sistema jurídico general. De este modo se asigna, a algunos documentos, certeza predeterminada, contribuyendo a que, a través de la solemnidad de la forma, la conciencia sobre los actos que realizan se acreciente en la vida cotidiana y, a la prevención del pleito en sede judicial.

En el código velezano el artículo 973, y particularmente, su nota, referían a este tema. Respecto de los actos jurídicos, su forma y prueba, el referido artículo expresaba que “la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”. Vélez Sarsfield apuntaba, respecto de los documentos, en la nota de este artículo: “...Con tales actos (los jurídicos) una civilización adelantada se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención: no pide a la materia sino lo que es necesario para descubrir y asegurar la voluntad... La voluntad como todo lo que no

²⁹ CARRASCOSA de GRANATA, Anahí y GALIGNARES, Beatriz. “*La contribución del notariado a la prevención de la litigiosidad*”. Ponencia: XXVII Jornada Notarial Argentina. 2° Premio. Obra no publicada. Salta. set/oct. 2005.

tiene cuerpo es impalpable penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla es preciso revestirla en un cuerpo físico...”.

Carlos Gattari ³⁰ sobre este tema opinó que “el hecho como tal, interesa a la historia viviente de todos los días. Pero sólo es rescatable para el conocimiento si está documentado, y esto sólo acontece si, de algún modo, se inserta en la otra dimensión: la espacial”. Repetía la proverbial frase “verba volant scripta manent”. O sea, los hechos deben salir del tiempo e introducirse en el espacio. Así es como lo efímero adquiere permanencia. El documento notarial cumple esa función de un modo especial: como lo decía el viejo artículo 973 del CCiv. es una de las formas “previstas por la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico”.

En la segunda mitad del siglo pasado (1950- 1970) la doctrina autoral predominante sostenía que había que intentar indicar las principales características del documento notarial y no sus efectos o funciones. El maestro Pelosi, expresó que: “... Con este criterio y dentro de las fronteras que impone una definición legislativa, en el anteproyecto de ley notarial nacional aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de octubre de 1964, en San Salvador de Jujuy, se incluyó la siguiente definición...: “Los documentos notariales son instrumentos públicos. Es notarial todo documento con las formalidades de ley, autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia” ³¹.

Highton de Nolasco en el año 1990 decía respecto del documento notarial, durante jornadas preparatorias para la Jornadas Nacionales de Derecho Civil, lo siguiente: “El documento es una cosa de carácter real, se acompaña. El testigo habla de viva voz, o sea en presencia ante el tribunal, se lo puede interrogar. Este documento es algo así como una voz muerta, como si fuera una perpetua grabación de lo que ha ocurrido antes” ³². Este concepto es semejante al sostenido por Chiovenda:

³⁰ GATTARI, Carlos Nicolás. (1986). “Práctica Notarial 3”. Ed. Depalma. Buenos Aires. Pág. 171.

³¹ Anteproyecto de Ley Notarial, aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de octubre de 1964, en San Salvador de Jujuy, citado por PELOSI Carlos A. en “El documento notarial”. Ed. Astrea, 3ª reimpresión. Buenos Aires. 1997. Pág. 120.

³² HIGHTON DE NOLASCO, Elena. (1990) En simposio sobre “*Valor probatorio del documento notarial*” organizado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias y Jurídicas y Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Director: ALTERINI Jorge Horacio. Relatores profesores, Dra. Nuta Ana Raquel, Dr. Orelle José María, Dra. Highton de Nolasco, Elena. Buenos Aires 9 de mayo de 1990. Pag.3. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi->

documento, es “... toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento: como voz gravada eternamente (vox mortua)”³³.

Russo ha sostenido que: “En un sentido amplio del término, documento puede ser concebido como todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza”³⁴.

En relación específicamente al documento notarial nos interesa abordarlo desde su faz funcional. Nos interesa asimismo la forma en que se exteriorizan las voluntades porque nos importa la representación y su perdurabilidad en el tiempo.

2.1. Forma y prueba

Se discute si el documento notarial es esencialmente forma o prueba.

Urbaneja sostiene que “constreñir la forma a ser una prueba preconstituida es una noción reputada como errada por quienes, en respuesta a la posición que postula la “escritura representativa”, sostienen la tesis de la “escritura constitutiva”³⁵. Agrega el autor que “conforme su recta lectura, la escritura no representa un hecho (de donde se desprendería su esencia probatoria), sino que contiene el pensamiento de su autor.

bin/ESCR/ARTICULOS/3417.pdf. (Última entrada: 7/07/2021). “En este contexto se puede hacer una distinción. El testimonio es de carácter personal, el testigo va al juzgado y habla ante el juez. El documento es una cosa de carácter real, se acompaña. ... Este documento es algo así como una voz muerta, como si fuera una perpetua grabación de lo que ha ocurrido antes. Una prueba es presente y la otra es preconstituida, es previa al juicio, se preconstituye para acompañar al juicio. La prueba del testimonio es algo transitorio, se da en el momento en que el testigo está en el juzgado; la otra prueba, en cambio, es permanente porque ese papel queda agregado y se puede mirar y volver a mirar cuantas veces se quiera”.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. “*Principios de derecho procesal civil*”. T. 2, Madrid, Reus, p. 334 cit. por BIANCIOTTO, Octavio. (2019). “*El documento notarial*”. Buenos Aires. Revista del Notariado 937. Colegio Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires Recupero: https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/RDN_937_pdf. Pág. 9. (Última entrada: 19/05/2022).

³⁴ RUSSO, Martín L. (2022). “*El documento digital como soporte de los testimonios de las escrituras matrices y documentos extraprotocolares*” - LA LEY 23/02/2022, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/688/2022. (Último ingreso: 23 /02/2022).

³⁵ URBANEJA, Marcelo. (2020). “*“La publicidad cartular en los derechos reales inmobiliarios: su existencia, gravitación y vínculo con la publicidad posesoria y la publicidad”*”. Recupero: https://repositoriosdigitales.mincyt.gob.ar/vufind/Record/RIUCA_4e839048fed5c06991ce0aa69e01e96f. (Último ingreso: 23/02/2022)

Ello no significa que en distintas ocasiones la legislación no se preocupe por la forma con finalidades primordialmente probatorias”.

Bianciotto, por su parte, después de un exhaustivo análisis histórico de las distintas posiciones, afirma que el documento reconoce varias funciones. Desde el punto de vista del fin que con él se persigue, “desempeña una doble función: una de carácter probatoria y procesal cuando después de su formación es aducido a un proceso; y otra, que existe desde su otorgamiento y es extraprocesal, que puede ser de naturaleza sustancial y solemne, en el sentido de que no solo sirva para celebrar el negocio o contrato, sino que es indispensable requisito para su existencia jurídica, o su validez ...”³⁶.

Lamber ha afirmado que la forma cumple un doble rol: “a) el aspecto probatorio, donde rigen los principios generales de la teoría de la prueba propia del derecho procesal y todo elemento es valorado para llegar a la convicción del juez , ...b) el aspecto ejecutorio del derecho titularizado, donde la ley, en ciertos casos, ha impuesto el cumplimiento de un rito para poder hacer valer, ejercer o ejecutar el mismo de modo autosuficiente, ... ; y, en estos últimos instrumentos (privados o públicos), la firma es indispensable para demostrar la existencia de la voluntad jurígena de obligarse, transmitir, adquirir, modificar, renunciar o extinguir el derecho representado como objeto documental, destinado especialmente a terceros ajenos a los otorgantes”³⁷.

En relación al documento notarial, - en cualquiera de sus especies - escindir su naturaleza en forma y prueba, dándole preminencia a una u otra, implica su disección ontológica. El documento notarial, por su particular forma de producción y por su contenido sirve para constituir derechos y deberes, para ejercerlos o probarlos, más acá o más allá de la contienda en tribunales de justicia.

Por ello es que el documento notarial es una cosa representativa que trae al espacio y, por consiguiente, al hodierno, una situación o un hecho efímero en el

³⁶ BIANCIOTTO, Octavio. (2020). “*El documento notarial*”. Buenos Aires. Revista del Notariado 937. Ed. Colegio Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires Recupero: https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/RDN_937_pdf. ". Pág.13.

³⁷ LAMBER, Néstor Daniel. (2020). “*Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización*”. Revista del Notariado N° 937. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires. Pág. 154. Recupero: http://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/RDN_937_pdf. (Última entrada: 11/10/ 2021)

tiempo. Así como la institución de la representación hace presente en el espacio a una persona que en la realidad no lo está, pero supone su voluntad actual, el documento notarial tiene la virtud de hacer presentes, tal como si se estuvieran actuando en el hoy, hechos constitutivos, o que tienen la potencialidad de ser constitutivos de derechos. Para gozar de esa actualidad permanente requieren cumplir con la forma que los valida como tales.

Si no fuera por su forma el documento notarial no tendría la capacidad probatoria que tiene; si no tuviera esa capacidad probatoria sería otro documento, con otra forma intrínseca.

2.2. Las formas de los actos jurídicos

La exteriorización de la voluntad siempre requiere de una forma. Hablar escribir, gesticular, incluso silenciar en algunos casos.

El CCC, en su artículo 284, sienta como principio general la libertad de formas para exteriorizar la voluntad ³⁸. Pero asigna, a distintas formas, diferentes efectos. A determinados actos jurídicos de cierta trascendencia les impone una forma, de acuerdo al artículo 285. En estos casos, la libertad de elegir la forma, se restringe en aras de la protección de bienes superiores. La percepción y determinación de estos bienes superiores por parte del legislador, es la causa fin, la ratio legis, que justifica la restricción del principio de libertad de formas.

Tal vez no sea necesario reafirmar, pero vale para ordenar el pensamiento, que no debe confundirse la forma de los actos jurídicos con lo que se ha designado como “forma impuesta”: ésta aparece cuando el legislador - conforme lo expresado en el párrafo precedente - restringe el principio de la autonomía de expresión de la voluntad. Lo que hace la norma es regular la forma de acuerdo a los bienes que la comunidad requiere satisfacer.

En el ordenamiento jurídico encontramos los actos de forma libre, en los que el legislador deja librado a la autonomía de las personas la elección de la forma para expresar la voluntad. Además, están los actos con forma impuesta, es decir, aquellos

³⁸ Entre los artículos 284 y 287 del CCC el CCC regula la forma de los actos jurídicos.

que requieren una forma específica requerida por ley, sea para su validez, para su oponibilidad o su prueba ³⁹.

El cuerpo legal prevé, entre otras, la posibilidad de expresar la voluntad en forma escrita por instrumentos públicos y particulares (artículo 286 CCC). Estos a su vez pueden ser firmados o no firmados. Los particulares no firmados comprenden todo instrumento no firmado, por ejemplo: impresos, registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información. Los particulares firmados son los instrumentos privados.

Los instrumentos públicos por su parte están enumerados en el artículo 289 CCC. A éste debemos ligar, fundamentalmente, el art. 1017 del CCC.

Respecto de todos ellos, las nuevas tecnologías, y los sistemas de comunicación a través de redes, demandan del escribano capacitación y creatividad: se ha ampliado su intervención en relación a la fijación de hechos que se perciben a través de algunos de estos canales y, la necesidad de probanza de autoría u origen de muchos de estos instrumentos, reclama del escribano la agudización de su sistema de percepción, y su preparación para el uso de lenguaje técnico y su comprensión, y la realización de la actividad que la ley le impone a través de las nuevas plataformas .

2.3. Documentos digitales

Hoy es necesario distinguir las clases, la forma, el valor judicial y extrajudicial de los documentos digitales. Néstor Lamber ⁴⁰ sintéticamente ha formulado, a partir

³⁹ Para su validez: por ej. art. 1552 CCC que requiere la escritura pública, bajo pena de nulidad, para las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias. Para su oponibilidad el art. 1188 CCC. que requiere forma escrita para contratos de locación de inmuebles o muebles. Para su prueba: por ejemplo art. 1618 CCC. que requiere la forma escrita para la cesión, pero hace la excepción para la cesión de determinados derechos que requieren la escritura pública -hereditarios, litigiosos, o derivados de un documento público.

⁴⁰LAMBER. “*Una adecuada distinción ...*” Óp.cit 37. Pág. 158. “...a) Son instrumentos particulares los generados en soporte papel no firmado o con signos que no cumplen los recaudos de firma con eficacia jurídica, y en soporte electrónico sin aplicación de método de autoría alguno o con firma electrónica no reconocida judicialmente, con el valor probatorio previsto en el artículo 319 CCCN. b) Son instrumentos privados tanto los suscriptos con firma ológrafa como con aplicación de firma digital según el soporte documental elegido. c) Son instrumentos privados con certificación notarial de firma –con los efectos del segundo párrafo del artículo 314 CCCN– tanto los suscriptos ológrafamente con certificación notarial en soporte papel como los que tiene aplicación de firma digital certificada

del análisis de los artículos 286 y siguientes del CCC y arts. 3 y 6 de la ley de Firma Digital 25506, distinciones y equivalencias, diferenciando documentos particulares en soporte papel y en soporte digital sin firma, instrumentos privados (o sea firmados) en ambos tipos de soporte, instrumentos privados certificados notarialmente y documentos autorizados o certificados por escribano con aplicación de su propia firma digital.

En estos temas la doctrina va muy rápido, bulle, aunque la velocidad de avance de la tecnología siempre saca distancia. Hoy la firma digital y la posibilidad de otorgar escrituras públicas a través de plataformas que permitan usar el sistema de cadenas de bloques (blockchain), es una de las grandes discusiones que enfrenta el notariado mundial. Están en proceso de análisis los principios de inmediación, autoría, inalterabilidad, conservación y guarda, que resultan ser el centro de atracción de muchos estudios notariales. Añadimos que, de la mano de la revisión del principio de inmediación y la propuesta de denominarlo como principio de presencialidad o “comparecencia en línea”, habrá de revisarse el principio de la fe de individualización o de conocimiento de los requirentes, consagrada por el artículo 306 del CCC, según la forma en que comparezcan ante el notario. Prevemos que a medida que se avance en la posibilidad de actuación remota, el conocimiento que el escribano tenga del requirente (art. 306 b) del CCC) proveerá al notario de un mejor juicio, que el que proporciona la fe de individualización (art. 306 inc a). Hasta tanto la tecnología aporte mayores seguridades la presencia virtual de una persona previamente conocida por el notario aporta una evidencia superior en relación a la de una persona que se individualiza por otro medio. El escribano deberá validar al requirente con mayores y mejores datos.

Los aportes doctrinarios y directrices en la materia evolucionan rápidamente. La Comisión Directiva de la Unión Internacional del Notariado ha dictado el “Decálogo para las escrituras notariales a distancia”⁴¹ aprobado en febrero de 2021, propuesto

digitalmente por notario. d) Son instrumentos públicos los autorizados o certificados por notario/a u oficial público competente con aplicación de su firma digital”.

⁴¹ UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. “*Decálogo para las escrituras notariales a distancia*”. Comisión de Trabajo para las Nuevas Tecnologías. Elaborado por Dr. Marcoz Carlos Alberto. Recupero: [http://www.onpi.org.ar/documentos/biblioteca-virtual/Decálogo para las escrituras notariales a distancia.pdf](http://www.onpi.org.ar/documentos/biblioteca-virtual/Dec%C3%A1logo%20para%20las%20escrituras%20notariales%20a%20distancia.pdf). Pag.4. (Última entrada 7 /07/2021).” Conclusión: El notario debe ser el punto central de la audiencia notarial virtual con presencia a distancia. Las herramientas tecnológicas no pueden sustituir, sino que deben equilibrar y sustentar su responsabilidad en el control

por Carlos Alberto Marcoz, presidente de Grupo de Trabajos para Nuevas Tecnologías. Tanto la doctrina autoral, como todos los cuerpos notariales, están abocados a los nuevos paradigmas que la tecnología impone, y su concreción socio, normo, axiológica.

El notariado avanza con prudencia y enfrenta el desafío. Las conclusiones del “Decálogo” permiten afirmar que las operaciones, juicios y actos desarrollados por el escribano en el proceso para alcanzar la integración adecuada del instrumento público, está regido por los mismos criterios fundantes de la actividad: “el notario desempeña una función pública al extender el instrumento auténtico y por tanto la plataforma debe ser en lo posible pública”, y el uso de ellas debe permitir “identificar al requirente, calificar su capacidad y discernimiento y controlar la ausencia de vicios del consentimiento y legitimarlo en su accionar. En definitiva, es el notario el que debe responder personalmente por su conducta” ⁴². Esta última afirmación debe ser profundizada, pues lo que el sistema jurídico romano germánico requiere no es un responsable económico, sino certeza en el instrumento público.

2.3. El documento notarial digital como cosa representativa

Sin perjuicio del soporte que lo contenga, el documento notarial es una cosa representativa y goza de plena fe probatoria. Fundábamos en el año 2005 esa aseveración en que “el documento notarial es un objeto cultural mundanal ⁴³ cuyo

de la legalidad y de la seguridad jurídica, que va mucho más allá de la mera seguridad tecnológica. ... La escritura notarial a distancia lleva a reinterpretar el principio de inmediación en la comparecencia y a cambiar las formas de contacto de las partes con el notario interviniente. Lo importante no es la presencia física ante el notario, sino la comparecencia directa con el notario que es responsable de la autenticación, aunque sea a través de una plataforma tecnológica. La escritura pública configurada por medios digitales no modifica en nada las calidades de la escritura pública en soporte papel. Solo es una modalidad distinta que permite la comunicación con los requirentes / comparecientes a distancia”

⁴² Unión Internacional...Óp. Cit. 41. Pag 2.

⁴³ COSSIO, Carlos. (1948). “*Panorama de la teoría egológica del Derecho*”. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna. Recupero: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1948_panorama.pdf. Pág. 4. (Último recupero: 16/10/2021). “Dentro de esta estructura común a los objetos culturales (substrato y sentido), cabe distinguir dos especies primarias: aquellos objetos cuyo substrato es un poco de Naturaleza (objetos mundanales) y aquellos cuyo substrato es la propia acción o conducta humana (objetos egológicos). En estos últimos no ha de tomarse como substrato el desnudo organismo biológico, que también es Naturaleza, sino la acción o conducta en cuanto que vida como vida biográfica. Según esto, el Derecho como objeto resulta ser un objeto egológico. Para convencernos, basta exigir que se nos muestre, en caso contrario, cuál es el substrato del Derecho; dónde está; dónde se lo ve, con la

sustrato es un soporte que contiene y representa un objeto cultural egológico (objeto egológico es la acción o conducta humana)⁴⁴. Decíamos entonces que “cuando se cosifican los fenómenos, produciendo un documento notarial, lo que las partes hacen - en realidad - es “determinar un hecho”, que es “re-presentado” trayéndolo desde el pasado al presente, “encadenando la voluntad a un cuerpo físico”⁴⁵. Esta idea de la determinación de los hechos y la cosificación de los fenómenos implica, desde la óptica del derecho procesal, que el hecho o el fenómeno, en principio es indiscutible, por lo menos entre las partes y quienes participaron de ese hecho⁴⁶.

El fenómeno notarial, producido en el espacio y el tiempo, o sea, los hechos acontecidos ante el notario, es - según la teoría egológica - un objeto egológico. Cabe distinguir los objetos culturales en mundanales y egológicos. Los mundanales tienen como sustrato, un trozo de naturaleza y los egológicos, son las conductas humanas, las acciones, la conducta intersubjetiva.

correspondiente intuición sensible que reclama toda intuición de la existencia. Pues no hay escapatoria: o se descarta la idea de que el Derecho sea cultura; o, si lo es, entonces es un objeto egológico. Y esto significa que la ciencia ha de verlo como vida humana viviente y no como vida humana objetivada.

⁴⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA. (2020) “*Teoría egológica del derecho*”. Ed. Buenos Aires. Recupero: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/teora-egologica-del-derecho.htm> (Último ingreso: 26/10/21). “derecho no es la sentencia que firma el juez (norma individualizada), sino la conducta del juez interfiriendo en el comportamiento de los litigantes. Por eso dice Cossio que el derecho no es vida humana objetivada como se sostiene tradicionalmente, sino vida humana viviente. En el plano ontológico, distingue dentro de los objetos culturales, dos especies distintas: a) los objetos mundanales (aquellos cuyo sustrato es un trozo de naturaleza) y b) los objetos egológicos (aquellos cuyo sustrato es la propia acción o conducta humana). De este modo, el derecho, en tanto que conducta, es un objeto cultural egológico, mientras que las ciencias jurídicas vida humana objetivada son también objetos culturales, pero mundanales. A su vez, la tarea del científico del derecho, no es el estudio de normas como se sostiene generalmente, sino de la conducta o vida humana, desde un enfoque particular (el de la interferencia intersubjetiva).

⁴⁵CARRASCOSA y GALIÑARES - “*La contribución del notario ...* “. Óp. cit. 29. Pág. 18.

⁴⁶CARNELUTTI, Francesco. (1979). “*La prueba civil*”. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1979. Pág. 9 y 10. “La afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición del hecho: de un lado, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes y, de otro, porque no puede dejar de poner (omitir) una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes” ... “Un sistema procesal así construido integra un poder de disposición de las partes sobre el material de hecho de la sentencia y, por tanto, una influencia de la conducta de éstas sobre el contenido de la sentencia misma: las partes pueden, bien callando un hecho real o bien afirmando acordes un hecho imaginario, constreñir al juez a poner en la sentencia una situación de hecho diversa de la realidad. Este sistema – llamado principio de disposición- ... , viene principalmente determinado por un propósito práctico de aprovechamiento de la iniciativa de las partes para una más rápida y segura posición del hecho conforme a la realidad misma; la pugna de intereses que determina y vivifica el proceso, permite considerar que el hecho silenciado por todas las partes no puede existir y que el hecho afirmado por todas ellas no puede dejar de ser real, mientras que la posibilidad de que esta previsión sea falsa en algún raro caso, no disminuye sensiblemente la destacada ventaja de seguridad y economía”.

Cabe preguntarse entonces, según esta visión, si los documentos digitales tienen sustrato en un trozo de la naturaleza, para poder reafirmar que el documento notarial digital es una cosa representativa de hechos, acciones, conductas.

“El documento digital se encuentra ... almacenado en la memoria volátil de una PC (memoria “RAM”), los dígitos de ese documento consisten en magnitudes eléctricas, ... cuando se encuentra almacenada en el disco duro de la PC, consiste en campos magnéticos (o, con mayor precisión, en imanes moleculares), ... y ... cuando es transmitido por una fibra óptica de telecomunicaciones, consiste en fotones” ⁴⁷.

El fotón, según la física cuántica, es una partícula elemental que compone la luz y el quantum de energía en forma de radiación electromagnética, emitido o absorbido por la materia. También se define como una partícula indivisible que se mueve a la velocidad de la luz.

Según el artículo 16 del CCC los derechos individuales de las personas pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Santiago Falbo ha expresado que “todo documento digital tiene su materialidad, aunque sea de una dificultad sobresaliente su identificación. En un punto milimétrico de un disco rígido podemos hallar la materialidad de cualquier documento digital”. Añade que “sin embargo quedan aún algunas cuestiones por agregar. La primera que, en principio, la materialidad, en cuanto a cosa que el documento es, pierde muchísima relevancia en los documentos digitales en general” ⁴⁸.

⁴⁷ ROSSI Jorge, Oscar. (2007). “*Documento y firma digital*”. Buenos Aires. SAIJ. Recupero: http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf080089-rossi-documento_firma_digital_para.htm. Pag 1. (Último acceso: 14/10/2021).” Por empezar puede decirse que un documento digital es una secuencia informática de bits (unos y ceros) que puede representar cualquier tipo de información (actos, hechos o datos), con independencia del soporte utilizado para almacenar o archivar dicha información. Esta representación de la información en base a dígitos implica en el ámbito informático una representación binaria, es decir por medio de unos y ceros.”

⁴⁸ FALBO Santiago. (2017). “*Protocolo digital. Nuevas Tecnologías y función notarial. Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial*”. Córdoba. Revista Notarial No. 95. Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba. Pág. 57. Recupero. <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2018/01/RNCba-95-2017-03-Doctrina.pdf>. (Último ingreso. 18/03/2022).

Juan Andrés Bravo en su ponencia en las 41ª Jornadas Notariales Bonaerenses afirmó “el soporte material del documento (digital) serán los metales con propiedades magnéticas en los que se alojan los bits”⁴⁹.

A priori, entonces, podemos afirmar que el documento digital toma un trozo de la naturaleza, -ya sea metales, campos magnéticos, o fotones,- a la que se le aplica una tarea cultural, una conducta, una acción. Por tanto, puede ser una cosa representativa de un fenómeno que acontece o que ha acontecido. Si ese documento, reúne los requisitos determinados por las normas especiales, otorgado ante notario y autorizado por él una vez cumplidos los pasos necesarios y exigidos, gozará de las cualidades previstas en el artículo 289 del CCC.

2.4. El documento notarial: instrumento de decisión jurídica

Basados, en que el documento notarial, aún el digital, es una cosa representativa de fenómenos que acontecen ante el notario, corresponde avanzar en el análisis del para qué sirve, de su utilidad, de su función.

Cosola, respecto del documento notarial expresa, que después de haber revisado las ideas expuestas por distintos autores, resuelve presentar el documento notarial a la comunidad jurídica “como un elemento o instrumento de decisión jurídica”⁵⁰.

Como ya lo expresáramos en párrafos anteriores la distinción fundamental entre acto y documento - esencial dentro del campo del derecho - es la existente entre declaración de voluntad, que se percibe a través de un hecho y pertenece a la persona, y documento, que es una cosa⁵¹.

⁴⁹ BRAVO, Juan Andrés. (2019) “*Primeros pasos hacia una nueva era. Procedimiento técnico notarial ante documentación habilitante digital*”. Buenos Aires. Recupero: <http://www.jnb.org.ar/41/images/41-trabajos/tema-1/1-BRAVO-Juan-Andres.pdf>. Pág. 5. (Último Ingreso: 04/03/2022). “Los documentos digitales, están conformados por ciertas unidades de medida de la informática denominadas “bits”. Estos bits pueden estar compuestos sólo por una de dos posibilidades dadas por los polos de la materia que se compone un soporte electrónico, que serán metales con propiedades magnéticas. Esas dos posibilidades se manifiestan en el lenguaje informático como Cero (0) o Uno (1). De manera tal que un conjunto de bits asociados de una manera determinada, unidos en un archivo bajo un formato específico, puede identificarse como un documento digital”.

⁵⁰ COSOLA. “*Los efectos de la publicidad ...*” Óp. cit. 1. Pág. 4.

⁵¹ DI CASTELNUOVO Franco. (2016). “*La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral*”. 1º Recupero: <https://escribanos.org.ar/trabajo-presentado-beca-2015-espana/> 2º Recupero: <http://escribanos.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/La-tridimensionalidad-del-fenomeno-notarial.-Ensayo-de-una-concepcion-integral.pdf>. (Última entrada: 30/06/ 2021). “El notario lo que

La doctrina autoral, civil, procesal y notarial, se ha ocupado fervientemente de alcanzar una definición o descripción de lo que es un documento, tal como ya anticipamos. Neri, en una obra que atrae por su meticulosidad en el estudio del pensamiento notarial, nos provee de fecunda doctrina ⁵².

Para visualizar la complejidad del tema citamos a Bianciotto, quien concluye su reciente estudio sobre el documento notarial expresando ⁵³:” ... se advertirá que es falaz pretender abordar superficialmente la temática “documento notarial”. Y es que el documento notarial “constituye una herramienta pública, de armonización social, y privada, de instauración de seguridad jurídica, cuya materialización, con las connotaciones que la doctrina y la ley le confieren ... es una clara consecuencia del desenvolvimiento histórico-social, ..., siempre orientado a la institucionalización de las relaciones jurídicas entabladas entre los hombres, para su trascendencia temporal y cultural ...”.

hace en realidad es interpretar, traducir, la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, ligar la ley al hecho”. Pág. 108.

⁵² NERI, Argentino I. (1980). “*Tratado teórico y práctico de derecho notarial*”. V. 2., Buenos Aires, Depalma, (1ª ed., 2ª tda.), p. 14. “... la palabra “documento” puede ser definida como toda forma permanente bajo la cual se supone expresada o manifestada declaración personal, y tal concepto no solo abarca la escritura, sino también “aquellas formas del testimonio personal que tienen por objeto perpetuar un hecho, tales como los monumentos, las tumbas, los mojones, etc.”. PELOSI, Carlos A, “El documento notarial”. Buenos Aires, Astrea, 1997. p. 30.” ... la palabra dekos es la base etimológica latina de palabras tales como doctor, doctrina y do-cente, por lo que concluye que están impregnadas del significado enseñanza, por lo cual nos daría a entender que documento es algo que tienen a enseñar o demostrar algo”. LARRAUD, Rufino.” Curso de derecho notarial, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 197, nota al pie 281. “... En tal sentido, Carnelutti ha dicho “documento en sentido amplio se dice de cualquier cosa que represente la experiencia de un hecho, si tal cosa consiste en una escritura representativa, se llama documento en sentido estricto. DEVIS ECHANDIA, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, t. 2, Buenos Aires, Zavallia, 1988, p. 486. “... documento es toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Messineo, Manual de derecho civil y comercial, t. 2, Buenos Aires, Ejea, 1971, p el documento es “... aquella cosa corporal por medio de la cual se representa aquel hecho o acto jurídico que es la declaración de voluntad”. ... para Liebman “documento, en general, es una cosa que representa o configura un hecho, en modo de dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él” citados por BIANCIOTTO, Octavio. “El documento notarial”. Revista Notarial N° 937. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires. 2019. Recupero: <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/06/el-documento-notarial/> . (Última entrada. 16/10/ 2021).

⁵³ BIANCIOTTO, Octavio. (2020). “El documento notarial”. Buenos Aires. Revista Notarial N° 937. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires. Recupero: <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/06/el-documento-notarial/> . (Última entrada. 16/10/ 2021).

2.5. El documento notarial herramienta de adjudicación de derechos

El tema es dificultoso. Sin embargo, en aras a la concreción de nuestra búsqueda, y relacionándola a ella, no podemos omitir una opinión sobre la función del documento notarial.

Coincidimos con Cosola que el documento notarial es un instrumento de decisión jurídica. Lo que nos acucia es responder ¿quién utiliza esa herramienta? ¿De quién es la decisión jurídica?

En el documento notarial vemos dos tipos de decisiones: la de las personas, que se plasman en los documentos y la del oficial público, que toma la decisión jurídica de autenticar con su firma y sello el contenido de esos documentos. Las personas deciden jurídicamente adjudicarse derechos o fijar hechos para reclamar adjudicación de derechos. *El oficial público insufla, a esa decisión, indubitabilidad y permanencia.*

Bajo la conducción del oficial público, cumpliendo las etapas que marca el proceso, los sujetos se adjudican derechos, reparten potencias e impotencias en palabras de Ciuro Caldani. Sin embargo, ese instrumento alcanza su plena *potencialidad por la intervención del oficial público, antes, durante y después de la decisión de los sujetos.*

Ello nos obliga a recordar la diferencia entre lo auténtico y lo autenticado. Lo dicho en relación a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él gozan de plena fe hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal. En relación con el contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, gozan de plena fe hasta que se produzca prueba en contrario. En relación con quienes no son parte del negocio jurídico instrumentado, pero sí del acto, rige el principio de incolumidad prescripto por el artículo 297⁵⁴; o sea, para los terceros participantes, tampoco existe la posibilidad de negación del acto instrumentado, salvo la excepción legal prevista en el propio artículo.

⁵⁴ “Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia.”

En esta línea de desarrollo afirmamos que el documento notarial es un objeto cultural (como lo definiría Cossio) y, (en acuerdo con Cosola), que ese objeto es una herramienta de decisión jurídica, que sirve, para hacer reparto o adjudicaciones de derechos y deberes (en términos de Ciuro Caldani). Esa herramienta alcanza su fin con la autenticación del oficial público.

Este objeto cultural, esta herramienta puesta al servicio de las personas, goza de un valor, es una cosa valiosa que busca el cumplimiento de un fin superior: la paz social.

3. Documento notarial: sus efectos

Gabriel Ventura ⁵⁵ refiere a tres efectos diferentes del documento notarial: “Así distinguimos: 1) la fuerza obligatoria, 2) valor probatorio, y 3) la eficacia convictiva”. Son estimaciones diferentes que apuntan a distintos elementos volcados en un instrumento público.

La fuerza obligatoria está ceñida al contenido negocial (art. 959, 961 y cc del CCC), es la que algunos autores, por ejemplo, PEREZ LOZANO, denominan fuerza normativa; el valor probatorio al contenido instrumental (art. 289 CCC)⁵⁶, es decir a la forma; y la llamada eficacia convictiva, refiere “a la virtud de convencer acerca de una situación particular, que el contenido documental, reforzado por la forma, podría producir en el ánimo de cualquier intérprete” ⁵⁷.

⁵⁵ VENTURA, Gabriel B. (2015) “*El valor probatorio de los instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial*”. Córdoba. LL 2015-08-11 2015. Recupero: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-nacional-del-nordeste/derecho-de-las-obligaciones/el-valor-probatorio-de-los-instrumentos-publicos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-gabriel-b-ventura/14420915.pdf>. (Última entrada: 20/10/2021). Pág. 7

⁵⁶ ABELLA, Adriana. (2015). “*Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*”. Puebla. Méjico. Ed. Revista IUS. Vol.9 no. 36. ISSN 1870-2147. Recupero: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200359. (Último ingreso: 7/07/2021). “... Únicamente ciertos hechos son los que interesan al derecho; esos son fuente de los derechos subjetivos. Del hecho jurídico interesa al derecho la existencia, la persistencia o prueba y la valoración o eficacia, bien de la existencia o bien de su prueba. La prueba de los hechos se relaciona directamente con la calidad del instrumento. El legislador ha sustraído al discernimiento del juez la comprobación de certeza del hecho o acto jurídico allí contenido, mientras éste no sea impugnado por acción de falsedad. Para que el instrumento público sea reconocido como tal, las condiciones de oficial público, capacidad, competencia y observancia de las formas deben concurrir sin limitaciones o excesos que desvirtúen la validez instrumental”.

⁵⁷ VENTURA, “*El valor probatorio* ... “. Óp. cit. 55. Pág.8.

La eficacia convictiva le da al documento notarial un carácter peculiar desde una óptica socio - axiológica. Esa eficacia se adquiere, no por imposición legal, sino por la percepción social que genera la forma de su producción y las condiciones del agente público que lo produce. De allí la importancia que la función del notario adquiere, y el porqué de la obligación del Estado y del notariado de regular la función.

De la fuerza obligatoria y valor probatorio derivan su fuerza ejecutiva y ejecutoria. La fuerza ejecutoria implica operatividad: las partes, por sus propios medios, ponen en práctica lo convenido. No se requiere la intervención de tercero, - salvo que así se haya pactado según la particularidad del negocio -, ni de sentencia alguna. La fuerza ejecutiva implica obligatoriedad del cumplimiento de lo acordado conforme al negocio jurídico otorgado

La “escritura negocio”, denominada así por parte de la doctrina, contiene hechos que generan negocios jurídicos, o sea actos destinados a modificar situaciones jurídicas existentes, generando nuevas relaciones jurídicas. Su efecto inmediato es modificar la situación jurídica, y prevenir el posible desconocimiento de los derechos que de ellas emanan y emerge, fundamentalmente, de la forma. Gozan de fuerza ejecutiva a tal efecto: esto quiere decir que las partes deben cumplir lo convenido porque han fijado en ella sus derechos y deberes que no podrán desconocer. Esta fuerza nace de lo que en materia procesal se conoce como principio de disposición de las partes. Aquello que las partes han otorgado no es objeto de discusión y, contenido en una escritura pública, tiene carácter ejecutivo respecto de todos los que han intervenido, todos lo que lo han conocido o podido conocer, y tendrá oponibilidad frente a terceros si se cumplen todos los procesos legales impuestos para cada caso.

El valor probatorio emana de la naturaleza de la forma: instrumento público que, si contiene todos los requisitos exigidos por la ley, gozará de plena fe.

Es ilustrativo el fallo dado en autos caratulados “Pérez Rogelio Héctor en juicio 55.650 Pérez Rogelio Héctor c/Carmen Peña de Navarro p/Ord. s/ Casación”⁵⁸ en el que la opinión del Dr. Juan Miquel aclara las diferencias entre estos efectos: “... el tema formal en este caso resulta preponderante... El acta es un instrumento fehaciente... de modo que prueba por sí misma lo que en ella se expresa salvo que sea

⁵⁸ Fallo: “Pérez, Rogelio Héctor en juicio 55.650 ‘Pérez Rogelio Héctor c/ Carmen Peña de Navarro p/ Ord. s/ casación’”, Expte. 41407. SC de Mendoza, Sala 1, 4/7/1984. Ubicación LS183-331 N41.407.

redargüida de falsedad... Pero en este sentido considero indispensable analizar el contenido del instrumento, así como la apreciación de su fuerza probatoria para arribar finalmente al distingo entre valor probatorio y fuerza obligatoria...". Agrega: "...El contenido del instrumento tiene fuerza de convicción casi irrefragable". Afirma más adelante el mismo voto: "... fuerza obligatoria consiste en la vinculación jurídica que se deduce del acto que contienen la cual... opera únicamente entre quienes fueron partes iniciales y sus sucesores a título universal o singular y no se extiende a los terceros..." Citando a Bustamante Alsina, otro fallo, del Supremo Tribunal de Corrientes, confirma estos conceptos.⁵⁹

Esto nos permite diferenciar las escrituras públicas negocio de las escrituras públicas actas: ambas gozan de valor probatorio, y de eficacia convictiva. Sin embargo, en principio, y en tanto se trate de actas, las escrituras públicas, no tienen fuerza obligatoria, en el sentido explicado por Ventura.

3.1. El documento notarial como prueba. Valor Probatorio

El Derecho Procesal distingue entre medios y fuentes de prueba de los hechos a probar. Las fuentes de prueba son los indicios, los testigos y los documentos: "Con los primeros se observan desde el presente algunos elementos del pasado. Los segundos traen el pasado al presente. En cambio, los documentos desde el presente se proyectan para existir en el futuro. En este esquema el documento notarial es la única fuente de prueba del hecho en él contenido, porque es el hecho mismo re-presentado (venido al

⁵⁹ Fallo: STJ CORRIENTES. (2011). "*Soto Jorge German y otro c/ Zambon Edgar Daniel s/sumario*". Expediente N° MXP - 451/9. Recupero. <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-recientes/pdf/2015/83-MXP-451.pdf>. (Última entrada. 24/02/2022) "Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "La naturaleza jurídica del acta notarial y su valor probatorio", en ED, cit. "Esa doctrina precisa que aun cuando se relativice el valor de las actas notariales como prueba extrajudicial, por provenir de quienes están interesados en producirlas a su favor y no se extienden por circunstancias casuales, sino intencionalmente a requerimiento de las partes comprometidas en su preconstitución; no es menos cierto que constituyen medios admisibles y a los que no se les puede desconocer valor probatorio, el que deberá ser apreciado de acuerdo a las circunstancias del caso y computando las pruebas restantes (confr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob cit. "La naturaleza jurídica del acta notarial y su valor probatorio" ED,110-516; CNCom., sala B, en sentencia recaída en la causa "Curtarse c. Lekeito" publicado en ED, 131-263). Empero, hay todavía más. Porque también en las fuentes del derecho se instala la doctrina de quienes sostienen que por ser un verdadero instrumento notarial reúne todos los requisitos para hacer plena fe mientras no medie redargución de falsedad (conf. mayoría en el recién citado fallo de la SC Mendoza; voto del doctor Cifuentes que encabezó el fallo de la sala C publ. en ED, 105-280 y precedente y nota aprobatoria en dicho voto recordados; ...".

presente). Las partes y el notario dieron existencia al hecho cuando lo actuaron y lo cosificaron en documento; en ejercicio alitigioso de aquel poder de disposición” fijaron posición del hecho. ¿Para qué entonces discutirlo en juicio? Es un hecho presente, no requiere de prueba, simplemente existe”⁶⁰.

En razón de esta significación social, es que la producción del *documento notarial no puede ser aleatoria, y no debe ser arbitraria*. Se hace necesario indagar en cómo ha sido captada esta producción en el régimen vigente a partir del CCC y leyes complementarias⁶¹.

Este proceso de producción, además de las exigencias subjetivas impuestas al agente, es el que intentamos sistematizar.

El procesalista Hernando Devis Echandia ha dicho respecto de la prueba que “a diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañen a una sola rama del derecho, como la procesal, la civil o la penal, la noción de prueba no solo tiene relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse en todas las ciencias que interesan al saber humano, incluyendo la vida cotidiana”⁶². Agrega el autor que los particulares acuden a la prueba “con un fin de prevención de litigios o de seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo cual equivale a convencerse a sí mismo de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos”⁶³. Coincidimos con estos conceptos, pero la utilidad que

⁶⁰CARRASCOSA y GALIÑARES: “*La contribución* ... Óp. cit. 29. Pág.5.

⁶¹ Un tratamiento específico merece la Ley 25.506/2001 de firma digital, la Ley 27.446 de simplificación y desburocratización de la Administración Pública Nacional y el Decreto 182/19 que reglamenta dichas leyes.

⁶² DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1981). “*Teoría General de la prueba*”. Buenos Aires. Ed. Víctor de Zavallia. Tomo I. Pág. 9. https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf. (Última entrada: 9 /07/ 2021).

⁶³ DEVIS ECHANDIA. “*Teoría General...* “. Óp. cit.62. Pág. 10. “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia. En efecto, el historiador, el paleontólogo, el arqueólogo, el lingüista, el cronista, el periodista recurren a la prueba para convencerse a sí mismos de la verdad de los hechos ocurridos en un pasado inmediato o lejano, pero también para convencer a sus lectores o informantes de esa verdad; en derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a otros (a los funcionarios de policía o administrativos, cuando se la aduce en un proceso o en ciertas diligencias, y también a particulares como sucede en asuntos de estado civil o en titulación de bienes ... en las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios o de garantía, frente a los demás, de los propios derechos, pero también para tener convencimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo cual equivale a convencerse a sí mismo de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos~. De consiguiente, no puede afirmarse que la prueba en derecho tenga finalidad o naturaleza diferentes de las que le

deviene de este uso de la prueba trasciende el convencimiento individual: permite convencer al otro, o sea a quien ponga en duda la verdad o legalidad de los derechos que corresponden al titular de la prueba.

Una de las funciones trascendentes que cumple el documento notarial, - respecto del que ya hemos dicho es una herramienta de adjudicación de derechos - es ser fuente y medio de prueba, eventualmente en los estrados judiciales, pero sobre todo en la vida cotidiana.

Revitalizamos hoy lo que ya dijéramos en el año 2004 ⁶⁴: "... el documento notarial es la fuente de la prueba de los hechos que en él se representan y que se producen ante el notario y/o por el notario".

Así como en el proceso civil las partes fijan posición de los hechos, en la vida, las personas, en ejercicio alitigioso de su poder de disposición, manifiestan su voluntad produciendo un objeto cultural que deviene de una conducta en interferencia intersubjetiva (objetos egológicos), según la teoría jurídica de Cossio. Ese objeto cultural puede tener distintas formas: el principio es la libertad para elegir las formas (art. 284 CCC), como ya lo hemos expresado. Pero el CCC también prevé formas impuestas sin las cuales el acto no quedará concluido como tal mientras no se otorgue el instrumento previsto (art. 285 CCC). Sin embargo, valdrá como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, estableciendo así el principio de conversión, tan útil a las relaciones jurídicas. De esta norma también surge la excepción prevista para determinados actos, en el que se agudizan las formalidades, como la donación de bienes registrables, que exigen la escritura pública bajo sanción de nulidad.

En sentido semejante afirma Couture ⁶⁵ "... el documento notarial está llamado a cumplir en el comercio jurídico una doble función: una primera, la inmediata, destinada a crear en torno del derecho, la misma sensación de pacífica certidumbre que en el derecho de los bienes apareja, la posesión; una segunda, mediata, deriva del hecho de que si se llegara a producir un conflicto acerca del derecho documentado en el

corresponde en cualquier ciencia reconstructiva, pero mucho menos que su función sea exclusivamente procesal, pues quizás tiene un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales".

⁶⁴ CARRASCOSA y GALIÑARES. "La contribución Óp. cit. 29. Pág. 29.

⁶⁵ COUTURE, Eduardo J. "*Estudios de Derecho Procesal Civil*". Tomo II. Ed. Depalma. 2da. Edición. Buenos Aires. 1978. Pág. 117.

instrumento notarial, él será decidido sobre la base de la verdad de los hechos representados en el documento”.

El carácter de prueba de los documentos, ha sido muy discutido en doctrina, según Hernando Devis Echandía. Sin embargo, este autor afirma que ⁶⁶ “... el sistema de la libre apreciación no se opone a la existencia de tales normas sustanciales, ...; son normas útiles y quizás necesarias en muchos casos, que subsisten en los países que han incorporado este sistema al proceso civil Es posible que la observación de CARNELUTTI ⁶⁷ se refiera a esta clase de pruebas que más técnicamente, son formalidades esenciales de ciertos actos jurídicos, y entendida así, sería acertada, pues en tales casos sí se reducen al mínimo las razones de incertidumbre al prever el resultado del proceso” ⁶⁸.

Se advierte, a través de las palabras de Devis Echandía, el criterio diferente. Él entiende que Carnelutti confunde fuente y medios de prueba cuando se refiere a los documentos, porque lo que en realidad existe en los documentos son formalidades que reducen al mínimo las razones de la incertidumbre previendo los resultados del

⁶⁶ DEVIS ECHANDIA, H. “*Teoría General ...*”. Óp. cit. 62. Pág. 270/271. “La fuente de la prueba puede consistir, pues, en hechos representativos o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aun las personas físicas o naturales, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos. Son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso.” ... “No hay que confundir la fuente de la prueba con el medio mediante el cual se manifiesta; esta última noción comprende los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse. Por eso es un error decir, como lo hace CARNELUTTI, que el testimonio, el documento y el indicio son las tres fuentes típicas de prueba, en vez de los tres medios típicos de ésta. Dicho autor hace en seguida esta distinción, cuando agrega: “Es mejor llamar fuente al hecho del cual el juez obtiene (extrae) la conclusión, y medio a la actividad que le sirve para obtenerla”.

⁶⁷CARNELUTTI Francisco. (1955). “*La prueba civil*”. Buenos Aires. Ed. Arayú. Págs. 42-44. Cit. por DEVIS ECHANDIA, H en “*Teoría General ...*”. Óp. Cit. 62. Pag 30. “Hasta cierto punto, el valor originario del vocablo, que radica en el concepto de comprobación, se conserva en el lenguaje jurídico. Es notable que con el nombre de prueba se designen sólo los procedimientos mediante los cuales el juez comprueba los hechos afirmados por las partes”, no las normas de derecho, ni los hechos aceptados por ambas partes. “... “a partir de este punto cesa la coincidencia entre el significado corriente y el jurídico del vocablo”; porque, en el campo jurídico, “la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la búsqueda de su verdad, sino de los procesos de fijación formal”, es decir, de una tarifa legal para su valoración, y, por ello, probar “no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados”.

⁶⁸ DEVIS ECHANDIA.” *Teoría General ...*”. Óp. cit. 62. Pág.93.

proceso. Entonces, para Devis Echandía, el documento notarial no sería una fuente de prueba sino tan solo un medio.

Entendemos que el documento notarial no es solo un medio de prueba: es fuente de ella, porque para que no lo sea hay que primero querellarlo de falsedad, con lo que pierde la naturaleza de documento notarial. Sin la querella, el documento será, fuente de prueba.

El Código Procesal Civil de la provincia de Mendoza, sancionado en el año 2018, en su artículo 176º prescribe que “son medios de prueba: los documentos, el dictamen e informe de peritos y expertos, la declaración de testigos, el examen judicial, reproducciones y experiencias y cualquier otro no prohibido por la ley en general o para casos particulares, que sea idóneo y pertinente. El juzgador podrá invocar las presunciones o indicios y los hechos notorios, aunque no hayan sido invocados”.

Este Código Procesal Civil ha incorporado el concepto de libre apreciación judicial al aceptar cualquier otro medio que sea idóneo y pertinente, no prohibido por la ley en general o para casos particulares. Empero, estimamos que las prescripciones del artículo 289 del CCC, no pueden ser obviadas.

Importante doctrina ha justificado con coherencia por qué las leyes sustanciales tratan temas de aparente carácter adjetivo. Por ejemplo Eduardo Cursak ha sostenido que “si bien se ha manifestado durante mucho tiempo que el de las pruebas es un tema procesal, Spota ha sostenido que corresponde al Código Civil establecer su valor probatorio en cuanto a las relaciones jurídicas y a los hechos jurídicos, para evitar una lamentable lista de pérdidas y el riesgo de que los derechos subjetivos privados, cuya regulación corresponde al derecho sustancial, queden dañados o alterados por una legislación procesal local e inarmónica”⁶⁹.

Ventura, más recientemente, ha dicho que, “en los instrumentos públicos, por efecto de la fe pública del autorizante, la relación entre lo dicho y el hecho aparece como una verdad impuesta por el sistema y no es dable ni al juez ni a las partes desconocer su contenido y veracidad. El acto instrumentado, por la fe plasmada en el instrumento, tendrá “ab initio” efectos “erga omnes”.” Por ello los procesalistas, en

⁶⁹ CURSAK, Eduardo. (2020). “*La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal*”. Sesión pública del 7 de agosto de 2000. Academia Nacional del Notariado. Revista del Notariado N° 865. Buenos Aires. 2020. Pag.93.- <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/35925.pdf>. (Última entrada. 6/07/ 2021).

estos casos, se refieren a la “prueba preconstituida”. En los instrumentos públicos las diligencias probatorias quedan totalmente concluidas con la sola presentación del documento” ⁷⁰.

“Con la nueva norma - art. 296 CCC - es indiscutible que el legislador optó por afirmar que la privación del efecto de la fe pública otorgada al instrumento público recién se produce cuando se ha dictado sentencia en juicio civil o criminal declarándolo falso “ ⁷¹.

Y es que el círculo virtuoso se produce en beneficio de la comunidad, en procura de evitar el litigio, y las externalidades negativas que ello acarrea.

Conclusión: hasta acá hemos podido develar que el documento notarial es una herramienta de adjudicación de derechos que contiene decisiones jurídicas: decisiones jurídicas de las partes y del oficial público notario, y que, en esta virtud, produce efectos de adjudicación de derechos (fuerza ejecutiva, fuera ejecutoria y eficacia convictiva) y goza de carácter de medio de prueba y fuente de prueba.

Debemos ahora incursionar en los extremos que deben alcanzarse para que tales efectos se produzcan y la prescripción legal quede totalmente integrada.

3.2. El documento notarial: prueba legal y poder convictivo

⁷⁰ VENTURA, Gabriel. (2008). “*Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino*”. Córdoba. Revista Notarial N° 89. Recupero: <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-89-2008-02-Doctrina.pdf>. (Última entrada: 6/07/2021). Pág.7. “El documento notarial (escritura pública) es instrumento público, lo que significa que no puede ser contradicho ni desmentido sin la redargución de falsedad, un procedimiento especialmente encaminado a destruirlo y que involucra necesariamente al funcionario autorizante del acto, pues se le estaría imputando de falsedad (art. 993 del C.C. y 244 del Cód. de Proc. de Córdoba y 395 del Código Procesal de La Nación). La escritura pública comienza por probar sea sí misma, según reza el brocardico “scripta publica probant se ipsa” y ello posibilita tener una seguridad jurídica total, la misma de la que gozan los instrumentos públicos judiciales y administrativos y quien quiera contradecirlo debe probar su falsedad”.

⁷¹ BORDENAVE, Leonardo. (2018).” *EL artículo 296, Inc. A, del Código Civil y Comercial: A propósito de la privación al juez del trabajo de la posibilidad de declarar eficazmente la falsedad de un instrumento público presentado en juicio laboral*”. Revista de Derecho Córdoba, Número 2. Cita: IJ-DXXXIII-511. Recupero. <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3670-articulo-296-inc-del-codigo-civil-y-comercial-proposito-privacion-juez.-> (Último ingreso: 27/10/2021). s/n. pág.

Hemos afirmado que el documento notarial goza de poder convictivo. Entendemos útil una clasificación de la prueba según su poder convictivo y su grado de valor, en prueba plena, semiplena y principio de prueba.

La prueba plena es la que produce una total certeza y la semiplena es la imperfecta, como se ha dicho, la que no prueba la existencia del hecho histórico, sino la posibilidad de que el mismo haya existido. En cuanto al principio de prueba, es el que, sin convencer plenamente, hace verosímil el hecho esgrimido por el requirente o interesado.

El hecho es el objeto de la prueba, aquello que se debe probar. Si las fuentes de prueba son los indicios, los testigos y los documentos, el documento notarial es fuente de prueba del hecho en él contenido, porque es el hecho mismo re-presentado (es decir hecho presente). Las partes y el notario dieron existencia al hecho cuando lo actuaron y cosificaron el fenómeno en el documento. Este proceso se produce mediante el ejercicio alitigioso del poder de disposición.

Los autores diferencian la prueba judicial, producida en el proceso, de la prueba legal, predeterminada por el legislador. En ambas hay una valoración de hechos. La prueba legal es una prueba a priori, está valorada y fijada por ley sin proceso judicial. Esto implica que, a través de la valoración de una situación media mínima, el legislador puede sostener que un hecho genera una determinada consecuencia en todos los casos, y la valora: la hipotética situación que tal consecuencia no se produzca será entonces la que se someterá a prueba. Por ejemplo, la mayoría de edad: toda persona de 18 años alcanza la mayoría de edad y como tal goza de la aptitud para ejercer derechos y deberes jurídicos, y puede ejercer por sí misma sus derechos salvo que la ley o una sentencia lo prive o restrinja esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Por tanto, lo que se deberá probar en su caso es la causa que justifica la privación o limitación, no la capacidad que se alcanza, tan solo en virtud de disposición legal, al cumplir los 18 años.

Aplica a este tema todo lo que hemos desarrollado sobre la tarea conjetural del legislador, el juez y, en el caso, el notario. También aplica particularmente lo expresado en el sentido de que nuestro sistema jurídico, perteneciente al sistema

romano germánico, crea las normas generales para luego aplicarlas al caso concreto generando normas individuales ⁷².

En la prueba legal existe una certeza previa de la existencia de un fenómeno y sus consecuencias. Lo que hace el legislador es eliminar la fase cognitiva del proceso realizado ante el juez: realiza un proceso conjetural de causas y consecuencias, y normativiza. La prueba legal apunta al valor seguridad, por lo que tiene una suma de ventajas en términos de economía procesal, evitando externalidades negativas.

El escribano Mario Zinny sobre este tema ha referido: “A veces, sin embargo, y para eliminar la incertidumbre, el derecho se vale de la apreciación normativa del legislador antes que, de la apreciación discrecional del juez, sustituyendo la convicción de éste por la de aquél. Las pruebas de este tipo se conocen, precisamente, con el nombre de pruebas “legales” (en sentido estricto). Éste es el caso de nuestro acto notarial público. Es que mientras la convicción del juez madura exclusivamente en el proceso, la convicción del legislador (confiada al notario) se presenta, además, antes y fuera de él” ⁷³.

En la prueba legal, el legislador prefija, antes de la intervención judicial, que determinados hechos son ciertos, y llega a esta conclusión por deducción ⁷⁴. Por ejemplo, lo previsto en los artículos 1911 y 1914 del CCC respecto de que quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa es poseedor de ella: como consecuencia tendrá todos los derechos y acciones que de la posesión emanen. Esto así porque el legislador resuelve, igual que el juez, controversias ⁷⁵. Siempre que hay tensiones entre dos o más

⁷² MASCITTI.” *La función conjetural del Derecho ...*”. Óp. cit.6.

⁷³ ZINNY, (1993) Mario Antonio. “*Negocios jurídicos y función notarial*”. Revista del Notariado N°935. Buenos Aires. Ed. Colegio Escribanos Capital Federal. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/42705.pdf>. (Última entrada: 10/07/ 2021). Pág. 7. “Más aún, lo singular de su función es justamente crear la certeza en las relaciones privadas de derecho material antes del proceso e independientemente de que éste surja, bien sea para reducir sus probabilidades, bien para eliminar en todo o en parte la necesidad de la fase procesal de cognición, o bien, sobre todo, para garantizar al orden jurídico una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio”

⁷⁴ ARTÍCULO 1911.- Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.

ARTÍCULO 1914.- Presunción de fecha y extensión. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

⁷⁵ GOLDSCHMIDT, Werner. (1950). “*La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la imparcialidad)*” Madrid. En *Monografías de Derecho Español*. Ed. Instituto Español de Derecho Procesal. Recupero:

derechos el legislador debe elegir la primacía de unos sobre los otros; si la elección fue la correcta la norma pasará el filtro de la aceptación en las conductas, y aún de las sentencias.

Respecto de los documentos notariales, nuestra hipótesis es que el legislador, en el artículo 289 CCC, recorre esa secuencia lógica. El legislador ha llegado a la íntima convicción de que cuando determinados actos trascendentes en la vida de las personas se celebran de una forma determinada, en el caso por escritura pública ante un tercero imparcial, e imparcial, quien debe reunir determinadas condiciones, cumplir determinados requisitos, ejecutar determinados actos y responder de modo particular, esos actos se presumen ciertos y gozan de plena fe. Solo la redargución de falsedad, más severa y compleja que la sola inversión de la carga de la prueba, podrán destruir su certeza.

Dicho artículo determina cuáles de las formas en que las personas exteriorizan su voluntad, pueden alcanzar una calidad tal que, en principio, no son discutibles. O sea, no están sujetas a litigio. Lo cierto es que todo documento puede ser objeto de contradicción. De lo que se trata es que para ser discutidos deban sortearse tantas vallas como verdades e intereses reales tenga el interesado en la contienda: a estos documentos la ley los denomina instrumentos públicos, y ellos son la prueba legal preconstituida por excelencia. Serían justamente la herramienta utilizada con “destacada ventaja de seguridad y economía”⁷⁶.

Hemos referido, en el desarrollo de este trabajo, varias veces al art. 289 del CCC, una de las piedras angulares del tema en estudio. Gozaíni⁷⁷ refiriéndose a los

http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf. Pág. 5. (Última entrada: 9/07/2021). Pag 16. Segundo Recupero. file:///C:/Users/Usuario/Documents/la-imparcialidad-como-principio-b-193-sico-del.pdf (Última entrada: 20/ 10/2021) Pág. 16. En memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Goldschmidt en Montevideo. “Para corroborar este pensamiento conviene traer a colación el hecho de que el legislador resuelve, al igual que el juez, controversias. Este dato salta a la vista en tiempos de lucha social: pero inclusive en tiempos de tranquilidad la causa de ella no consiste en que no se da una controversia, sino en que ésta, por la constelación de las fuerzas, está de antemano decidida”.

⁷⁶ CARNELUTTI Francesco. (1979). “*La Prueba Civil*”. Buenos Aires. Ed. Depalma. Pag 10.

⁷⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2020). “*Seguridad y valor probatorio del certificado notarial remoto*”. Revista del Notariado. Revista: N° Especial CAR 2020-1 (Certificados Notariales de Actuación Remota) Buenos Aires. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Recupero: <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/05/seguridad-y-valor-probatorio-del-certificado-notarial-remoto/#2-valor-probatorio-de-los-certificados-notariales>. (Última entrada 10/ 07/2021) .”... En cambio, el inciso b) se refiere a los “actos autenticados”, ya que determinan autenticaciones de valor

certificados notariales remotos aclara respecto del artículo 289 del CCC: "La doctrina ha entendido que, respecto de la fe pública notarial, el inciso a) se refiere a los "actos auténticos", toda vez que se traducen en declaraciones, atestaciones o certificaciones relativas a los hechos que presencia el notario o que él mismo ejecuta, y la impugnación de dichos actos debe realizarse por medio de un procedimiento especial, como es la querella o redargución de falsedad. En estos casos, se sustrae al juicio del juzgador toda cuestión relativa al valor probatorio, ya que se lo da por cierto En suma, el valor probatorio de los certificados presentados como tales ... en juicio adquiere suficiente certeza y convicción por la confianza pública que aporta el escribano que suscribe cuanto ante él ha ocurrido, proyectando la misma certidumbre hacia los hechos comprobados que se vuelcan en las declaraciones que se certifican".

En reciente fallo se ha sostenido: "... a mayor abundamiento, cabe destacar que el apelante confunde el valor probatorio de los instrumentos públicos, en el caso el acta notarial de constatación, con la eficacia probatoria de los mismos. Ventura explica, sobre la eficacia convictiva de este tipo de instrumentos, que: "Lo importante es que no se trata de un aporte directo, sino que indirectamente coadyuva a la persuasión de otra situación que no es la expresamente corroborada o documentada"⁷⁸. El juzgador, acertadamente señala que no se le puede negar valor probatorio al acta notarial (art. 296 y 312 CCC). Agrega que, para lograr tal efecto, debió redargüirla de falsedad con citación del escribano, vía a la cual no acudió el apelante.

testimonial a los efectos de su impugnación, que sólo hacen plena fe respecto de haberse producido la manifestación, pero no acerca de su contenido". Pág. 51.

⁷⁸ FALLO. CÁMARAS DE APELACIONES EN LO CIVIL, C-SEGUNDA. PODER JUDICIAL MENDOZA. (2020). "*Videla Martha Argentina c/ Gil Antonio y ots. p/ reivindicación*". CUIJ: 13-04213373-0 ((010302-54371)). *104281389*. foja 100. "...Ventura, Gabriel B., "El valor probatorio de los instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial", LA LEY 11/08/2015, 1; LA LEY 2015-D, 982; AR/DOC/2529/2015). "La cuestión que plantea el apelante sobre la inconstitucionalidad de la pre constitución de la prueba, se relaciona con la eficacia de las actas notariales para lograr la convicción del juez, especialmente porque se realizan sin el contralor de la contraria. Y en este sentido, cabe entender que plantee la inconstitucionalidad de la interpretación del juzgador. En su caso, este vicio encuentra remedio por otras vías. Sin dudas asistirá razón al juzgador, si en tales casos determina que lo corroborado de esa forma carece de eficacia convictiva en el proceso; en cambio reprocharemos ignorar el derecho, cuando se determine que carece de valor probatorio. El valor probatorio, como dijimos en párrafos precedentes, está expresamente tabulado por ley; no puede ni el juez ni ningún intérprete negarle dicha eficacia, si al mismo tiempo no impugna o se pronuncia por su falsedad (art. 297 "in fine" CCyC). En efecto, el hecho de no haber cumplido con el principio de contradicción y publicidad, que desde el punto de vista procesal garantizan la defensa en juicio, no autoriza a negar valor probatorio a un instrumento público; más en cambio, justifica plenamente negarle eficacia convictiva."

El legislador reparte al escribano la potencia de producir documentos notariales y alcanza esta integración por convicción. Esa convicción se redistribuye en la comunidad, se realimenta, y vuelve al legislador para un nuevo reparto. Si ese círculo se corta la norma se desintegra del sistema. El fallo citado demuestra que el sistema está integrado.

La fuerza convictiva que el documento notarial opera sobre el juzgador al tiempo de la probanza es muy relevante. Pero, para el sistema jurídico es socio axiológicamente, muy importante la fuerza convictiva que ese documento produce en la comunidad, aunque ambos círculos se retroalimentan. Es el escribano en forma individual, el cuerpo notarial como conjunto y el Estado, con las normas que determinan y regulan el acceso a la función, y las condiciones de perdurabilidad en el cargo, quienes tienen el deber ético funcional de que esa fuerza convictiva no se deteriore.

Salvat ha sostenido que: “La ley, al acordar al instrumento público plena fe sobre los hechos ... , ha tenido en cuenta que esta clase de instrumentos se otorgan ante un oficial público y que éste procederá siempre con sujeción a la más estricta verdad (...) es difícil que una persona que ocupa una posición social elevada, que goza de la consideración pública y que puede vivir tranquila y honestamente, cometa una falsedad que le expondría a perder todos esos bienes y que le llevaría a una pena tan severa como la establecida en el Código Penal” ⁷⁹.

La virtud de la prudencia, tan necesaria a la persona humana, y por tanto a la comunidad, es imprescindible en todo ejercicio de función pública y tiene, por supuesto, peculiaridades en el quehacer notarial. De su permanente respeto y aplicación depende la “fuerza convictiva”, más acá de los tribunales de justicia. El notario deberá actuar o hablar con cuidado, de forma justa y adecuada, con cautela, con moderación, con previsión y reflexión, con sensatez y con precaución para evitar posibles daños, dificultades, males e inconvenientes, y respetar la vida, los sentimientos y las libertades de los demás.

⁷⁹ SALVAT, Raymundo M. (1958) “*Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*”. Buenos Aires. 10º Ed. TEA., Tomo II, pág. 347. Cit. por VENTURA Gabriel en “*El valor probatorio de los instrumentos públicos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*”. Recupero. <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/el-valor-probatorio-de-los-instrumentos-publicos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion> Pag.21. (Última entrada: 21/10/2021).

El resguardo de la fuerza convictiva como deber notarial es funcional a la vigencia del sistema jurídico de origen germano románico, y el notariado como cuerpo y el Estado como titular de la fe pública originaria y de los Registros Notariales, tienen la obligación de contribuir a su resguardo.

Cosola, comenta respecto de las virtudes del autor del documento: “El deber de verdad notarial se cumple desde el mismo momento en que, a partir del acto de investidura notarial, ... Esa es la explicación por la cual, dentro de la estructura, las cualidades del autor del documento son aquellas que lo justifican y avalan desde la fe pública, que no se describe como una determinada atribución de la persona sino como una suma de garantías objetivas que el ordenamiento exige. ..., esta situación requiere además de un análisis interno de la persona que, investida legalmente de función fedante, va a ser quien en nombre del poder público llegue a autenticar, autorizar o legitimar cualquier hecho o acto que le sea encomendado”⁸⁰.

De esta cita nos parece trascendente la referencia a las cualidades del autor del documento notarial: esas cualidades lo justifican y lo avalan desde la fe pública que la ha sido entregada como potencia, pero que no sólo la recibe como atribución personal sino en razón de las garantías objetivas que el mismo ordenamiento exige. Entre éstas se encuentra el deber de cumplimiento de tareas específicas previas al acto notarial, simultaneas a él y posteriores. Los requisitos para ser investido en ejercicio de la función y los controles a los que rigurosamente debe someterse durante el ejercicio, son también parte de esas garantías objetivas.

El momento crítico para la conformidad con la verdad (fidelidad) del documento es, naturalmente, el acto de su formación. El documento es infiel, cuando está formado de manera distinta de la verdad. “Uno de los medios para garantizar la fidelidad del documento (uno de los remedios contra el peligro de su infidelidad) consiste, por tanto, en proveer a su formación mediante una persona que ofrezca garantías intelectuales y morales para excluir al máximo el peligro de errores de inteligencia y de voluntad en

⁸⁰ COSOLA. “*Los efectos de la publicidad ...*” Óp. cit. 1. “De ahí que, de las virtudes notariales a destacar dentro del componente personal, sean las que el notario desarrolla diariamente para cumplir con los deberes éticos de imparcialidad, independencia, información, asesoramiento, consejo y concreción notarial. Pág. 370.

la formación misma. Este proveimiento da lugar al documento oficial contrapuesto al privado. La especie más importante de documento oficial es el documento notarial”⁸¹.

El escribano debe ser virtuoso y cumplir deberes éticos, como toda persona humana en relación al otro a quien se debe. Pero existen, además de esos deberes, garantías objetivas que el ordenamiento exige y hay recaudos que los cuerpos notariales y el Estado deben prever para que los deberes se cumplan y las garantías sean eficientes.

4. Breve síntesis. Aproximación a una definición del documento notarial.

Una definición atendiendo a su función

Con el objeto de plasmar a modo de síntesis lo expresado hasta ahora, realizando un ejercicio inductivo, e interpretando armónicamente los artículos 284 a 298 del CCC, describimos al documento notarial diciendo que es la forma inscripta en soporte inteligible, impuesta por la ley, o elegida por las partes, para exteriorizar su voluntad frente al escribano público, que hace plena fe en cuanto a que se ha realizado dicha exteriorización, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal.

Atendiendo a su función y fin, *el documento notarial es una herramienta, que es medio y/ fuente de prueba, y sirve a las personas para mostrar y demostrar con certeza las adjudicaciones de derechos que privadamente practican de conformidad a las leyes, con el fin de mantener la concordia en el ejercicio del derecho en la normalidad y de alcanzar la verdad en caso de conflicto.*

5. El documento notarial: forma de exteriorización de la voluntad

Hemos desarrollado, desde nuestra visión y a los fines de este estudio, el desempeño del documento notarial como prueba. Pero en tanto ésta no es sin la forma, nos vemos obligados a incursionar, nuevamente, en la última (la forma) para poder integrar el esquema. Las personas pueden exteriorizar su voluntad de distintos modos

⁸¹ CARNELUTTI Francisco. (1979). “*La Prueba Civil*”. Buenos Aires. Ed. Depalma. 9. Pag 185, cit. en CARRASCOSA de GRANATA, y GALIÑARES. “La contribución ... “. Óp. Cit. 32.

⁸² - ya lo expresamos-: a través de la palabra o signos escritos sobre distintos soportes, u orales, o a través de acciones, gestos, u omisiones. Todos éstos configuran hechos.

El querer del hombre supone la voluntad: actuar queriendo. Esa voluntad debe ser expresada a través de acciones: lo digo, lo gesticulo, hago, omito. La aparición de la escritura en la humanidad significó un salto cualitativo en las formas con que los sujetos pueden representar su voluntad. “Es una forma más perfecta respecto de la oral o gesticular” ⁸³. Se puede, aún hoy frente al desafío de la digitalización, seguir aseverando que la edición sobre soporte, a través de cualquier soporte, es una forma más acabada respecto de la oral o gesticular, sin perjuicio de que la *percepción de la oralidad y la gestualidad, percibidas al mismo tiempo en que el fenómeno impreso sobre soporte se produce, agudizan la comprensión de la conciencia del exponente*.

Las personas humanas expresan sus actos volitivos: yo te vendo, yo te presto, yo te pago, yo te recibo, yo te tomo por esposo, yo confieso. Forma y contenido son inseparables. Lo que se dice, de alguna manera se lo dice. El contenido es lo que se dice en el contrato; la forma, cómo se lo dice. La pregunta es cómo hacer para que aquel decir, aquello expresado, mantenga su vigor en el tiempo. La figura del testigo ha sido una de las formas a que se ha recurrido para que las expresiones de voluntad formuladas por los hombres, no sean desconocidas en el futuro. Testigo es la persona que da testimonio de algo; persona que ha adquirido conocimiento directo de una cosa o ha presenciado un hecho. También se entiende por tal a una cosa que tiene la aptitud de probar la verdad de un hecho.

Francisco Carnelutti, ha expresado que “... La distinción fundamental entre acto y documento - esencial dentro del campo del derecho - es la existente entre declaración de voluntad, que es un hacer, y documento, que es una cosa” ⁸⁴. Este concepto, que ya hemos mencionado, es fundante en el Derecho Notarial, y no resulta posible reflexionar en este campo sin tenerlo presente.

⁸² ARTÍCULO 284.- Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

⁸³ CARRASCOSA, y GALIGNARES. “*La contribución del notario ...* Op cit. 32. Pág. 11.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francisco. (1950) “*La Figura Jurídica del Notario*”. Buenos Aires. en el Colegio Matritense del Notariado. Ed.. Revista Internacional del Notariado. Buenos Aires. Pág. 127.

Respecto de las formas preestablecidas ha expresado Devis Echandía: “Hay un aspecto ..., de las instituciones en general, en el cual la formalidad preestablecida puede contribuir a la mayor seguridad, sirviendo a esa necesidad de certeza de que habla Carnelutti, en vista de los efectos sustanciales que produce, observados por Furno. ...: es el formado por los actos jurídicos cuya validez se sujeta a determinados requisitos formales, como la escritura pública, el acta notarial, el documento privado. Según esto, la formalidad es indispensable para que se tenga la certeza de haber adquirido los derechos o la situación jurídica respectivos, por ser requisito para la validez o existencia del acto (efecto sustancial exclusivo de esta especie de prueba)”⁸⁵.

Por eso sostenemos que, a mayor rigurosidad en la forma, mayor garantía de certeza para las relaciones jurídicas, mayor eficacia convictiva, mayor posibilidad en la probanza. Es también por esto que entendemos que hay normas sustanciales de contenido u objeto procesal: la regulación de los actos jurídicos en orden a la forma está contenida en códigos de fondo sin perder por ello su implicancia procesal.

La doctrina es conteste en que, respecto de determinados actos que tienen relevancia en la vida de las personas y de la comunidad, es necesario que forma y prueba estén unidas de modo indisoluble. Este principio está regulado en el CCC por el artículo 285 y sus concordantes⁸⁶.

Coincidimos con Devis Echandía en que la regulación de los actos jurídicos, en tanto tales, reconoce naturaleza sustancial, pero, las solemnidades requeridas para su formación, implican la visibilización de actos procesales. Existe pues una íntima relación entre el derecho sustancial y la forma en que el mismo se ejerce y representa; de ahí que, la comunidad en general, y el juez en particular, pueden desconocer actos que carecen de la forma impuesta pero no pueden desconocer a los que la tengan. Vale entonces el supuesto previsto en el artículo 286 del CCC: la forma escrita es superior

⁸⁵ DEVIS ECHANDIA. “*Teoría General ...I*”. Óp. Cit. 62. Pág. 84 Recupero: “Pero se trata de una regulación extraprocesal de los actos jurídicos, de naturaleza sustancial, muy diferente de la valoración procesal de los medios de prueba, a pesar de que vincula al juez, quien sólo puede considerar realizado el acto si se le presenta en la forma exigida por la ley, y no puede desconocerlo cuando ésta se le aduzca independientemente de la validez intrínseca que depende de condiciones sustanciales, como el consentimiento libre de vicios y la capacidad de la persona” (Última entrada: 9 /07/2021).

como medio de probar hechos que adjudiquen o tengan la potencialidad de adjudicar derechos.

De entre las formas escritas el documento notarial ha sido el objeto cultural que permite mostrar, con menor incertidumbre, y por tanto mayor certeza, los repartos de potencias e impotencias – en términos del trialismo - producidos por las personas, o los repartos que se pretenden, ya que estas personas han exteriorizado su voluntad ante un oficial público: el escribano público. Por eso ha alcanzado a través de los años un reconocimiento unánime dentro del sistema jurídico continental de derecho civil. Ello es así porque, en el proceso judicial contradictorio, el hecho es el objeto de la prueba, aquello que se debe probar y éste - o sea el hecho - en el caso de los documentos notariales, está contenido y representado en ese documento.

Rafael Nuñez Lagos preclaramente nos ha demostrado la importancia de la forma en el mundo jurídico ⁸⁷ al decir: “Se llama forma, en una expresión amplia, a la exteriorización o expresión del hecho. Es la figura contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico.... La forma es la fórmula mágica indispensable para que un acto nazca jurídicamente. La forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir) ... Para la forma solemne lo básico es el hecho de la intervención de un funcionario, para la prueba el documento en el que el funcionario narra esa intervención”.

La forma hace al ser mismo del acto y a su celebración, denotando una unión indisoluble, de manera tal que no pueden existir el uno sin la otra. Es lo que magistralmente plantea el ya citado Rafael Núñez Lagos al aseverar: “Lo que la palabra es a la idea, es la forma al hecho jurídico”.

5.1. La forma y los valores buscados

Se afirma que cuando la ley exige una determinada forma y en particular cuando exige escritura pública, el valor o bien protegido es el de la seguridad jurídica. Couture decía que “... Es que la equidad constituye una forma de justicia, pero la solemnidad

⁸⁷ NUÑEZ LAGOS, Rafael. “*Hechos y derechos en el documento público*”. Ed. Anuario del Derecho Civil. España. 1950. Pág. 1925-1926. Recupero: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1950-40129301311. (Última entrada: 10 /07/2021).

constituye una forma de paz. Y la verdad es que con mucha frecuencia el derecho prefiere la paz a la justicia.”⁸⁸. Estos conceptos de solemnidad y equidad resultan de significación cuando comparamos el derecho anglosajón con el romano germánico: en la base del primero está la palabra *oral* y, casi, en la cúspide de la pirámide jurídica la sentencia. En el segundo en la base está el documento y, casi, en la cúspide de la pirámide jurídica la ley. Se pretende que el valor superior del primero es la “equity” y del segundo la seguridad. Sin embargo, no es que la *solemnidad se contraponga a la equidad*, sino que, a través de la paz, que se alcanza con la solemnidad, se llega también a la justicia.

Según hemos interpretado a Carlos Cossio a través de las lecturas de trabajos varios⁸⁹, cuando en la relación, el otro es una parte, (el prójimo), el valor que persiguen las personas es la seguridad, que requiere de un orden para consagrarse. Pero cuando cada persona actúa en el mismo plano que su prójimo (relaciones paritarias) lo que buscan es paz, porque la discordia es un real disvalor. Por tanto, cuando los sujetos interactúan como partes, la seguridad jurídica es el valor inmediato perseguido. Advertimos aquí el acto notarial. Alcanzado ese estadio de relación, y devenidos no ya en partes sino en pares, lo alcanzado es paz.

Es en el primer estadio en donde visualizamos al notario participando de los actos tendientes a alcanzar la seguridad, proporcionando desde afuera de la relación

⁸⁸ COUTURE, Eduardo J. “*Estudios de Derecho Procesal Civil*”. Tomo II. Ed. Depalma. 2da. Edición. Buenos Aires. 1978. Pág. 119-120. “El derecho se realiza espontáneamente en la paz ... La documentación del contrato se liga a algo que en la escala de valores ha marchado siempre paralelamente con la justicia... Forma, documento y paz son significaciones tan íntimamente ligadas al derecho, que difícilmente podrán ser separadas...”.

⁸⁹ De nuestras lecturas, especialmente, “*El Derecho Notarial a la luz de la Teoría Ecológica*” (Alberto VILLALBA WELSH, Ed. Instituto Argentino de Cultura Notarial. Buenos Aires. Año 1973), hemos podido interpretar que la teoría ecológica distingue en las conductas tres planos axiológicos, que son sólo separables por y para el *análisis*. En el primer plano, aquel en que el prójimo juega como parte, el valor de autonomía al que se somete el sujeto por propia decisión es la seguridad; su desvalor la inseguridad. En la faz del valor de heteronomía, (el valor establecido desde fuera) éste es el orden y sus desvalores el desorden en un extremo y el ritualismo como exceso en el otro. Por lo tanto, en la coexistencia, el hombre busca la seguridad como valor de autonomía; pero la seguridad es imposible de lograr sin que el orden como valor actúe en las relaciones de conjunto. En el segundo plano, aquel en el que el prójimo juega como una persona en su individualidad (sería un tú contrapuesto al alguien como un yo) el valor de autonomía es la paz, siendo la discordia su desvalor; en tanto que el valor de heteronomía en este plano es el poder cuyos desvalores son en un extremo la opresión y en el otro la impotencia. El tercer plano al que refiere Cossio es aquel en el que el prójimo juega “a la par del otro como miembro de una superior integración... como un yo en un nosotros”. En este plano la solidaridad es el valor de autonomía, siendo su desvalor la secesión, ...”.

de los sujetos el valor “orden” del que habla Cossio, sin desorden y sin ritualismos (disvalores que corresponden a los defectos del orden, sea por carencia o por exceso).

Ese orden está guiado y contenido en el proceso notarial a través de su agente: el notario.

5.2. Los valores de orden y paz en el proceso notarial

En definitiva, sin perjuicio de la seguridad que cada parte involucrada en un asunto busca para sí, cuando se evita la discordia mediante el acuerdo, se busca la paz. Hacia esto debe orientar su función el notario, esto es su justificación de ser. El escribano, en ejercicio de su función tiene a su cargo la *conducción u ordenamiento, del proceso de adjudicaciones de derechos*. El reparto de derechos (potencias o impotencias) se realiza conforme a un *orden*. Es mediante este *orden*, dentro del desarrollo del Derecho en la normalidad, que resulta posible la paz a la que refiere Couture.

En términos constitucionales, es el principio consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna: ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Por tanto, cuando las personas ejercen el derecho de repartos y adjudicaciones lo hacen en ejercicio del derecho de hacer lo que la ley manda, o hacer lo que ella no prohíbe.

Esto es posible de concretar sin coacciones de los poderes públicos y en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad: hago lo que la ley me obliga (entregar la cosa vendida y otorgar el título respectivo, por ejemplo), o hago lo que la ley no me prohíbe, o sea lo que me permite (partir bienes por ascendientes, por ejemplo).

Los repartos, no se presentan aislados, sino relacionados en orden o en desorden. Pero es consustancial al régimen de repartos, la procura del valor orden. Para la teoría trialista ⁹⁰, “... el desorden de los repartos constituye la anarquía, en la que no se sabe quiénes reparten (anarquía institucional) ni con qué criterios se reparte (anarquía teleológica) y se realiza el “disvalor” arbitrariedad. El orden y el desorden pueden tener

⁹⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2000). “*Metodología Jurídica (emblema)*”. Rosario. Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Primera edición. Recupero. <https://vdoc.pub/documents/metodologia-juridica-6k8p8mhimai0> . (Última entrada: 22 /06/2022). Pág. 11.

proyecciones más objetivas, dadas en los hechos, o subjetivas, desenvueltas en la percepción de los sujetos, aunque ambos despliegues se relacionan”.

Los hechos y la percepción de los sujetos deben desarrollarse en un orden tal que evite la arbitrariedad. Las personas buscan el ejercicio y reconocimiento de sus derechos constitucionales, los que alcanzarán mayor grado de realización si su consecución se practica conforme a un orden.

En conclusión, el proceso conducido por el oficial público escribano es una garantía objetiva, en tanto se desarrolla de acuerdo a un orden.

6. El escribano. Agente público. La producción del documento

Según afirma Gabriel Ventura es, justamente en la producción del documento como forma y prueba dotada de certeza, en donde aparece necesariamente este agente institucional especial: el escribano.

Hemos afirmado que el legislador ha asignado al escribano una potencia, la de producir un instrumento público en su carácter de agente público. De la lectura armónica de los artículos 289, 299 y sus concordantes, surge con claridad esta asignación.

José María Orelle,⁹¹ en semejanza a Carnelutti, distingue la acción de documentar, del documento. Una es una proyección subjetiva, desarrollada por el escribano, el otro una objetiva o material: el producto buscado.

Los conceptos de orden y seguridad que hemos desarrollado aplicados a la actividad y función notarial, nos permitirían distinguir la actividad entre partes, que devendrán en pares, - alcanzada una relación paritaria- y la del escribano como el agente destinado a procurar, en determinadas materias, el orden necesario para que cada uno alcance el valor seguridad buscado.

Surge así la función de servicio o función social, como la adjetiva Cosola, que la legislación le asigna al escribano en la realización de los actos jurídicos de las personas, y en la relación de éstas con la comunidad y con el Estado. En ejercicio de la función notarial, si se cumplen los parámetros preestablecidos objetivamente respecto del agente público, se logra el valor orden.

⁹¹ ORELLE, José María. “*Actos e instrumentos Notariales*”. E. La Ley. Buenos Aires. 2008. Pág. 17.

La exteriorización de la voluntad a través de un documento notarial produce la materialización de los hechos, trayéndolos desde el tiempo al espacio, de tal modo que el desconocimiento del hecho resulta, sino imposible, altamente dificultoso, no solo por la mencionada cosificación o materialización, sino, sustancialmente por el *proceso empleado* en ella y el agente público que conduce y ejecuta ese proceso.

El gran desafío que hoy asume el notariado es determinar si esta fenomenalización y materialización se pueden producir en el espacio digital, sin cambiar el principio de la seguridad jurídica - sustancial al documento notarial - por el de seguridad informática. Estamos viviendo en un tiempo en el que hay quienes sostienen que existen dos “espacios”: un mundo analógico, real, físico y un mundo virtual o digital. De allí que nos resulte imperioso, para verificar la envergadura que asignamos al instrumento público y al escribano, incursionar en las nuevas tecnologías para adiestrarnos en ellas y determinar el rol que el escribano y el documento cumplen en los supuestos dos mundos. Ciertamente es que hay dos espacios, o territorios.

Carnelutti, bastante tiempo antes de la revolución tecnológica a la que asistimos hoy, expresaba que “la tarea del escribano excede la función de mero documentador” porque si así fuera “estará en trance de desaparecer porque con los progresos de la fotografía, de la cinta magnetofónica, etc., esa función de plasmar una declaración de voluntad en un documento de modo que no quepa ninguna duda acerca de su autenticidad se llegará a realizar por medios mecánicos y más que suficientes para los fines pretendidos ... La esencia de la función notarial hay, pues, que buscarla en otra que nos da de manera definitiva su base, su contenido y su significado”. Afirmaba el autor que el escribano, a quien llamaba notario, es un intérprete jurídico: “El notario lo que hace en realidad es interpretar, traducir, la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, ligar la ley al hecho” ⁹².

Tal como lo preconizó Carnelutti, hoy es la herramienta del blockchain la que nos interpela. La respuesta, estimo, no será diferente a la ya expresada por el gran procesalista.

⁹² CARNELUTTI, Francesco. (1950) “*La figura jurídica del notario*”. Revista Internacional del Notariado. Pág. 320, citado por DI CASTELNUOVO Franco en “*La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral*”. Buenos Aires 2016. Recuperado: <http://www.cfna.org.ar/noticias-2016/trabajo-de-investigacion-not-franco-di-castelnuovo/> - <http://escribanos.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/La-tridimensionalidad-del-fenomeno-notarial.-Ensayo-de-una-concepcion-integral.pdf>. (Última entrada: 30/06/ 2021.) Pág. 108.

6.1. El escribano documentador. Las garantías de fidelidad del documento

Siguiendo el pensamiento de Carnelutti nos servimos y retomamos el siguiente concepto: “La cualidad del sujeto (autor) del documento tiene esencial importancia en cuanto a su verdad. La representación documental, como la testimonial, puede o no responder a la verdad, sin que ello influya sobre la existencia del documento”.

Pero esta falta de verdad, afirma el autor, tiene influencia sobre su eficacia y sobre la búsqueda de la verdad material. Por ello es menester garantizar la fidelidad del documento “para excluir al máximo el peligro de errores de inteligencia y de voluntad en la formación misma. Este proveimiento da lugar al documento oficial, contrapuesto al privado. *La especie más importante de documento oficial es el documento notarial*”⁹³.

Nuestra apreciación es que la persona que ofrezca garantías para alcanzar las bondades de los documentos del modo necesario (como exige el autor), debe aprehender y ejecutar el proceso de acuerdo con parámetros fácticos, sociales, normativos y axiológicos. Sin ello, se corre el riesgo de no cumplir con el fin, - seguridad, ergo paz - más allá de los presupuestos morales subjetivos, imprescindibles respecto de cualquier sujeto que desarrolle quehaceres en la sociedad.

La moralidad y la honorabilidad, que algunos autores, con enorme fundamentación, exigen al notario, es exigible a todo ciudadano cualquiera fuere la función o el espacio que ocupe en la comunidad. Respecto del notario, sin perjuicio de estos requerimientos, tales exigencias se objetivan en su sometimiento a riguroso sistema de calificación de idoneidad y el sistema de responsabilidad al que responde.

La obligación de tener cualidades cognitivas y morales, y la de aprehender y ejecutar los procedimientos, encuentra su fundamento en los principios del notariado de tipo romano germánico dictados en relación con el agente⁹⁴: obligatoriedad de la

⁹³ La cursiva nos pertenece.

⁹⁴ UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. UIL. “*Deontología y Reglas de Organización del Notariado*”. ARTICULO 2º.-FUNCION REGLADA. La función notarial es **una actividad reglada** y se halla sujeta a las leyes y disposiciones notariales, de cada país. El presente Código configura las disposiciones notariales y será de **aplicación supletoria a los Notariados** miembros de la UINL. Los Notarios deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones notariales que regulan su profesión y el contenido de su actividad, con su mejor y leal saber y entender.

capacitación permanente, acceso a la función a través de concursos o exámenes, sistema de especializaciones en determinadas materias y responsabilidades en el ejercicio de la función notarial.

Estos principios están expresados por la Unión Internacional del Notariado en los artículos 2, 3 y 5 y cc. de su Código Deontológico. No tienen carácter meramente declarativo, ni deben ser sólo un sistema de aspiraciones corporativas, sino que son fundantes en un sistema de ejercicio alitigioso de los derechos por parte de las personas: la función notarial es una actividad regulada, el notario es oficial público y profesional de Derecho, su cualificación debe tener la máxima jerarquía en materia jurídica, debe alcanzar la investidura una vez aprobadas pruebas objetivas de acceso.

6.2. El escribano documentador. El libre ejercicio del derecho de jurisdicción voluntaria

El ejercicio de *la jurisdicción voluntaria* ⁹⁵, en forma natural y cotidiana por parte de las personas, sin requerir el servicio de la función judicial, requiere, de la participación necesaria y neutral de un tercero. Es el Estado, a través de la ley, quien provee a las personas la herramienta para alcanzar seguridad jurídica: aparece así, en la comunidad institucionalmente organizada, quien instituye, - sirve la redundancia - al notario como garante de aquel ejercicio.

El conocido, y siempre bienvenido concepto de Ulpiano de la Justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” refleja como un espejo nuestra hipótesis de trabajo: dar a cada uno lo suyo es, y por tanto debe ser, un hecho

ARTICULO 3º.-ORGANIZACION DEL NOTARIADO. El Notario es de forma inescindible un Oficial Publico y un Profesional del Derecho 3.1.- Oficial Público. El Notario es un Oficial Público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta, de los cuales él es el autor, y cuya conservación asegura, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva.

ARTICULO 5º.-CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA FUNCION NOTARIAL. 5.1.- Cualificación profesional y personal. El Notariado como institución y los Notarios que ejercitan la función, **deben** tener la máxima cualificación jurídica del país para el ejercicio del derecho, haber pasado las pruebas objetivas de acceso, y gozar de los conocimientos legales necesarios para el control eficaz y justo de legalidad de los actos y documentos que autorizan. Los Notarios deben mantener una actitud personal ética en el ejercicio de su función que dignifique su persona y la Institución de la que forman parte, absteniéndose de comportamientos que conlleven la perdida de la confianza de los ciudadanos en la Institución notarial o sean contrarias a la dignidad del Notariado.” La negrilla nos pertenece.

⁹⁵ Tema desarrollado en Cap. IV. 5.iii.

humano cotidiano. No debiera, en principio y necesariamente, requerirse del pronunciamiento de los poderes judiciales del Estado.

Que este hecho – dar a cada uno lo suyo- sea constante, y producto de una voluntad perpetua, requiere una herramienta jurídicamente segura como medio para alcanzar la justicia. Voluntad constante y perpetua implica la necesidad imperiosa de no recurrir al conflicto y a la voz del juez para alcanzar la justicia. No desconocemos la existencia del conflicto. El conflicto, sabia y honestamente resuelto, contribuye al valor humanidad. Apreciamos el acuerdo; el consenso requiere previamente del disenso. Reconocemos que la imposibilidad de alcanzar el acuerdo paritariamente, requiere del juicio y reparto de un tercero imparcial e imparcial como lo es el juez.

La visión individualmente fragmentada de la justicia, - concepto de la Teoría Trialista- - requiere en muchas circunstancias, una instancia que conduzca a su integración en el caso concreto. Esa fragmentación o, la necesidad de evitarla en razón de la particular situación de algún actor, demandan una específica y particular responsabilidad estadual.

Ciuro Caldani lo expresa diciendo: “Es relevante clasificar los repartos atendiendo a que la conducción repartidora se produzca por imposición o por acuerdo de los interesados, es decir, sea autoritaria o autónoma. En los repartos autoritarios se realiza el valor poder y en los repartos autónomos el valor cooperación. Creemos que los repartos autónomos tienen superioridad “óptica” (por mayor posibilidad de desarrollo) y dielógica (por satisfacer nuestra construcción de la justicia respetando a los interesados” ⁹⁶.

Nuestra conclusión, en este acápite, es que se puede lograr la hegemonía de la justicia entre partes, y la paz social, ejerciendo el derecho de adjudicar a cada uno lo suyo: es la propia ley la que nos ofrece y, a veces impone, los instrumentos para alcanzarlos. Se puede lograr con orden y cooperación.

⁹⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (1999). “*Lecciones de Teoría General del Derecho*”. Rosario. Cartapacio de Derecho. Ed. Revista Investigación y Docencia del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. UNICEN. Vol. 32. Recupero: [http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/207/568Lecciones de Teoría General del Derecho](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/207/568Lecciones_de_Teoría_General_del_Derecho)”. Rosario. Rev. Investigación y Docencia, Vol 32. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/issue/current> pdf. (Última entrada 28/10/2021). Pág. 65.

Tal como lo plantea M. A. Ciuro Caldani, el reparto autónomo tiene mayor posibilidad de desarrollo y satisface la necesidad de justicia en el caso concreto. *Si en el iter de construcción de ese reparto autónomo de derechos y deberes, participa un tercero imparcial e imparcial como autorizante de un documento que goza de plena fe, no solo respecto de los interesados sino aún respecto de terceros, ese reparto adquiere una dimensión social de mayor envergadura.*

6.3. La justificación de la conducta del escribano. El escribano como destinatario del reparto formulado por el legislador, y como conductor del proceso de reparto formulado por las partes

“La conducta del notario es una conducta justificable en el fenómeno que protagoniza. Usamos la expresión “conducta justificable” tomándola de la obra de Carlos Cossio. Una conducta sin valor, ontológicamente no puede ser. Esto significa que la conducta sólo es, en un deber ser. La conducta del notario es justificable en la necesidad de seguridad y paz que tienen los sujetos y la comunidad. Y sólo se justificará así misma en tanto este deber ser se cumpla”⁹⁷.

La Teoría Ecológica propone un plexo axiológico de valores, al que ya hemos referido. En el plano en que los sujetos juegan como partes, el valor al que se someten por propia decisión, es la seguridad, la que se alcanza gracias a un orden que actúe en las relaciones de conjunto. La discordia, contrapuesta a la paz, es un real disvalor; por ello desde la heteronomía, la discordia es evitable desde el poder. De allí surge la plena fe *impuesta* al documento notarial por el legislador.

Evitando la inseguridad, combatiendo la discordia los sujetos procuran producir el fenómeno notarial y en consecuencia el documento, y lo hacen porque buscan “vivir en derecho”. Eduardo Couture ha dicho en igual sentido: “La eficacia sustantiva de la fe pública es, en último término, consolidar el derecho poniéndolo fuera de la incertidumbre. Es una forma de la llamada realización espontánea del derecho”⁹⁸. El procesalista uruguayo nos provee de conceptos que ligan la jurisdicción voluntaria al notariado, sobre los cuales volveremos en el acápite respectivo.

⁹⁷ CARRASCOSA de GRANATA - GALIÑARES. “La contribución ...”. Óp. cit.32.

⁹⁸ COUTURE, Eduardo J. “Estudios ...”. Óp. cit. 88. Pág. 118.

En esto consiste gran parte de la actividad llamada *la jurisdicción voluntaria*, y en esto encuentra su justificación la función del escribano en la comunidad. *En sede notarial se ejerce siempre la jurisdicción voluntaria*. Es en esta sede en la que las personas se adjudican sus derechos. Esa adjudicación debe entenderse como la atribución o asignación de algo a una persona o a una cosa ⁹⁹.

6.4. El escribano y el derecho constitucional de la defensa y del cumplimiento de la ley

Existe una íntima relación entre la forma y la prueba, a las que ya referimos, y los derechos constitucionales. Recurrimos en esta ocasión al concepto de Efraín Quevedo Mendoza: “La mirada desde el derecho constitucional: ”La perspectiva amplia que brinda la norma constitucional, estableciendo los valores básicos en los que se sustenta la consistencia social del grupo y las garantías que su organización epónima - el Estado - se compromete a poner en funcionamiento para la protección de aquellos, permite la observación directa del derecho a la prueba, ... , que emerge, tan sigilosa como enhiesta, en medio de la frondosa regulación normativa que el legislador dedica a la actividad probatoria judicial ” ¹⁰⁰.

El derecho a probar tiene raigambre constitucional. Ergo, siendo el documento notarial, forma y prueba, emerge de las normas constitucionales que garantizan a las personas el derecho de proveerse de los medios o herramientas útiles para ejercer sus derechos. La raigambre constitucional se nutre en la genética social que este derecho reconoce. El pasaje bíblico de Antiguo Testamento, citado por Gattari, referido a la compra que formalizó Abraham de la tierra donde está la tumba de los patriarcas sirve

⁹⁹ La palabra adjudicar viene del latín *adiudicare*, verbo formado por el prefijo *ad-* (aproximación o contacto externo), la raíz de la palabra *ius, iuris* (derecho) y el verbo *dicare* (destinar, consagrar) que muchas veces se confunde con *dicere* (decir, indicar, mostrar, litigar, señalar un derecho, etc.)

¹⁰⁰ QUEVEDO MENDOZA, Efraín. (2007) “*EL derecho a la prueba como garantía constitucional*”. 2007. Azul. Ponencia IX Congreso Procesal Garantista. Recupero. http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf (Última entrada: 10/07/2021). Pág. 2.

como muestra de esta genética ¹⁰¹. Abraham tuvo la precaución de tener por testigos de la compra a todos quienes entraban y salían de la ciudad.

Ciuro Caldani lo expresa, refiriéndose a la juridicidad originaria, de este modo: “..., se puede creer que, si el legislador dice lo que considera Derecho, el Derecho es “en realidad” lo que él expresa. El Código Civil y Comercial dedica los tres primeros artículos (sobre todo los dos primeros) a indicar lo que establece como Derecho, pero esto no puede ser sino una juridicidad derivada, que quizás se pueda denominar secundaria. Consideramos que ese despliegue existe inevitablemente por una juridicidad originaria, que surge de la vida misma y la genera de manera permanente. Los autores de las normas disponen, pero debajo de lo dispuesto hay despliegues vitales decisivos” ¹⁰². A Vallet de Goitysolo se le adjudica la expresión: “La realidad, la vida, se impone, siempre que es suficientemente fuerte, sobre la norma que la desconoce” ¹⁰³.

En consecuencia, la regulación de la función notarial debe fundarse, y formularse, en tutela del ejercicio de derechos constitucionales de las personas: el derecho de defensa, y el derecho de probar y, en consecuencia, el derecho de valerse de los medios pertinentes a tales fines: la sede notarial o la sede judicial según haya o no disparidad.

Aquellos derechos no se ejercen solamente en la esfera tribunalicia, por lo contrario, pueden y deben ejercerse, en tanto sea posible, fuera de ella. Así como el ejercicio de los derechos consagrados por el artículo 19: hacer lo que la ley manda, y no hacer lo que prohíbe, que implica, como correlato, hacer lo que no prohíbe.

El documento notarial está destinado a cumplir ese rol dentro de nuestro sistema jurídico.

¹⁰¹ ANTIGUO TESTAMENTO. Génesis 23. Recupero: https://www.vatican.va/archive/ESL0506/_PO.HTM (Última entrada 28/10/21).

¹⁰² CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2016). “*La dimensión sociológica de la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial*”. La Plata. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016. Recupero: https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/4026/3845/1-10_0171026.pdf. (Última entrada: 10/07/2021). Pág. 563

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (1985). “*La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública, en Estudios sobre derecho de cosas*”, 2ª ed., t. I, Madrid. Ed. Montecorvo Pág. 405.

CAPITULO III. El proceso de formación del documento notarial

1. La plena fe por imposición legal. El proceso para alcanzar la plena fe

Hemos aseverado que el documento notarial goza de plena fe por imposición legal. Asimismo, que dicha imposición legal se funda, en verdad, en la necesidad de las personas de vivir en el derecho. La norma no es caprichosa. La ley impone la plena fe al documento notarial para que las personas lo utilicen para consagrar sus derechos y los repartos de los mismos. Si el proceso de formación del documento es el adecuado cada parte alcanzará la seguridad que busca y entre todas habrá paz, se evitará la discordia.

El legislador a través de los artículos 289, 296, 299, 1017 y sus concordantes, ha brindado las reglas positivas básicas para determinar un riguroso proceso dirigido a alcanzar la plena fe.

En cada caso en que el notario intervenga como requerido, la ley le permite, y le obliga, a buscar fidelidad, exactitud y lograr adecuación de las normas al caso. Esto requiere su indispensable capacitación previa y continua, para la realización de las operaciones o la conducción del desarrollo de un proceso indispensable para alcanzar el fin.

José María Orelle citando a Carnelutti, se ha referido al proceso de formación del documento como ciclo, expresando que “el acto notarial de autenticación es un acto complejo, porque su desarrollo exhibe distintas etapas. Esta secuencia ha sido descripta ... como ciclo del hecho, aludiendo al desarrollo o proceso del acto que comprende fases de avance que el observador jurídico detecta”. Orelle expresa que Carnelutti llama acción a esas fases para diferenciarlas del desenlace, que es la situación final. Este proceso de realización del acto, es el que Carnelutti denomina “acción o ciclo del hecho, puesto que aun cuando son etapas o fases internas de un único acto, son susceptibles de observación en su singularidad” ¹⁰⁴.

El legislador ha proporcionado una herramienta adecuada que permite a las personas la constitución, modificación, o extinción de situaciones y relaciones jurídicas de forma segura. Estos actos que implican actividades vitales para las

¹⁰⁴ ORELLE José María. (2008). “*Actos e Instrumentos Notariales*”. Buenos Aires. Ed. La Ley. Pág.83.

personas son infinitos, y será el juez o el notario, según la sede en que se produzcan, quien los perciba y los adecue para que la norma alcance su finalidad.

Cuando quien está conduciendo es el notario, la producción de aquella herramienta debe cumplir las “fases del ciclo”. Resulta entonces necesario el respeto de las etapas de un proceso. Apreciamos que no siempre son fases internas de un único acto, como sostiene la cita referida de Canelutti: hay actos previos, simultáneos y posteriores al acto fedante del escribano que se pueden describir con claridad, sin perjuicio de que quedan visibilizados, expresa o implícitamente, en aquel acto de consumación final.

Concluimos en que la plena fe del documento notarial está impuesta por la norma, pero, para alcanzarla, se requiere de un *proceso de producción que debe ser el adecuado*.

1.1. Proceso de producción del documento notarial

Las etapas del proceso notarial se cumplen inexorablemente en la producción del documento, cualquiera sea su especie ¹⁰⁵. El proceso cognitivo podrá ser breve, simple, simultáneo al requerimiento e inmediato, prácticamente instantáneo. O podrá requerir una secuencia o un desarrollo que exija en cada una de las etapas, un tiempo de análisis, aprehensión, resolución y ejecución más largo y complejo. La complejidad podrá devenir de distintas circunstancias de personas, objeto, tiempo, modo y lugar. Lo cierto es que tanto en el acta marginal, en apariencia sin requirente, por las que simplemente se complementa un dato o se corrige un error tipográfico, como en la representación del más intrincado y múltiple de los actos jurídicos, el escribano ha recibido el requerimiento, tácito o expreso, previo o simultáneo, ha valorado la necesidad de emitir su documento, ha buscado la justificación de su acto ¹⁰⁶ y una vez encontrada la justificación, frente al hecho, produce el documento que lo contiene.

¹⁰⁵ CARRASCOSA DE GRANATA- GALIÑARES. “La contribución...”. Óp. cit. 32. Pág. 139. “Asumimos que el notario tiene a su cargo un proceso, el proceso notarial, de cuyo cumplimiento depende el ejercicio de derechos de los ciudadanos de raigambre constitucional que les permite la posibilidad de “vivir conforme a derecho.”

Las tareas funcionales de elaboración de los documentos notariales emanan de normas sustanciales y de normas formales, nacionales y provinciales e, implícitamente, de todo el ordenamiento jurídico. El artículo 289 y 299 del CCC implican un reparto: entregan al notario la facultad / poder de producir instrumentos que gozan de una especial fuerza probatoria.

Es la ley, - en el artículo 296 CCC -, la que impone la fe pública a los documentos. Pero será el escribano quien, una vez justificada su conducta, la consagre, en cada caso concreto, al advenir con su firma el documento notarial. De allí la frase “doy fe”, que significa, por uso inmemorial, la aseveración notarial: “esto es verdad”.

Nuestra formulación encuentra sustento y abono en la afirmación hecha por los autores del CCC en sus “Fundamentos” al sostener que: “La función notarial no consiste en dar fe pública, sino en conducir y ejecutar un proceso de producción de documentos, que gozan de fe pública por imposición legal, que garantice a los individuos el ejercicio de sus derechos constitucionales”.

Para que las personas ejerzan plenamente algunos derechos constitucionales necesitan documentos que les den certeza. La ley da certeza plena a algunos documentos. Para alcanzar esa certeza, es la propia ley quien asigna a un especial funcionario la ejecución de un proceso de producción. Ergo, no hay plena fe del documento sin escribano que ejecute acertadamente el proceso de su producción.

1.2. La regulación de la conducta del escribano en el CCC y las legislaciones locales

Hemos concluido que la nota distintiva del documento notarial, es su inescindible relación con el escribano público.

La obra del escribano público es pues, el documento notarial. Pérez Lozano ha descripto al escribano como un escultor del derecho, y a su tarea como función creadora de derecho destinada a prever tanto el litigio como la controversia ¹⁰⁷.

Lo que nos ocupa, de cualquier forma, es cuál es la condición necesaria para que un documento sea notarial y cumpla sus efectos: o sea, cuáles son sus elementos

¹⁰⁷ PÉREZ LOZANO, Néstor O. (2002). “*La función notarial creadora de derecho*”. La Plata. Revista Notarial N° 942. Colegio Escribanos Provincia de Buenos Aires. Pág. 437.

esenciales, los requisitos de su producción y las características o cualidades de quien lo produce.

Toda producción requiere de un proceso. En la regulación de la conducta del escribano, que está contenida de modo genérico en el CCC, se encuentra el encadenamiento de ese proceso. El código velezano, y las leyes provinciales de organización del notariado, precedentes del código en vigencia, y la elaboración autoral de los institutos en juego, han sido la raíz de la que se ha nutrido la materia que hoy comprende la regulación del proceso formal del documento notarial. Esta regulación ha alcanzado identidad propia y compone un verdadero sistema.

Francisco Carnelutti en “La Prueba Civil”¹⁰⁸ sostiene que todo proceso implica una mutación de la realidad que se lleva a cabo por una sucesión de hechos vinculados. Es un conjunto de actos dirigidos a la formación o aplicación de los mandatos jurídicos cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas (requirentes o partes en sede notarial) con una o más personas desinteresadas (jueces, oficiales, notarios, peritos).

El notario español González Palomino en ocasión de presentar a Francisco Carnelutti¹⁰⁹ en su disertación en el Colegio matritense de Notarios, año 1950, expresó: “No obstante la antítesis, (se refiere a lo que él llamó la *vocación anti procesal del notario*) pocas enseñanzas tienen para nosotros más interés que la del Derecho Procesal, por su punto de partida metodológico. El Derecho Procesal no nació como ciencia hasta que se estableció la distinción entre el proceso y ... lo procesado. A Carnelutti debemos la consigna: ¡atentos, a distinguir entre el documento y la declaración!”.

Tal vez ese haya sido el inicio de la superación de la supuesta antítesis, ya que lo que intentamos verificar es, precisamente, que el ejercicio de la función notarial no

¹⁰⁸ CARNELUTTI, Francisco. (1979). “La prueba civil”. Buenos Aires Ed. Depalma. Pag 185.

¹⁰⁹ GONZALEZ PALOMINO, José. (1954). *Salutación a F. Carnelutti en su disertación "La Figura Jurídica del Notario"*. Disertación en el Colegio Matritense del Notariado. Madrid. Ed. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo 8, Pág. 127. Revista Internacional del Notariado en Francisco CARNELUTTI Francisco. (1950). “*La figura jurídica del notariado*”. Colección Biblioteca Notarial I, Lima, 2011, p. 131. Recupero: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/008-08-5809-CARNELUTTI.pdf.

es la antítesis del proceso, sino que de hecho contiene un proceso que el escribano ejercita y desarrolla ¹¹⁰.

Lo que el notario en realidad tiene, como operador del derecho, es una necesaria aversión al litigio entendiendo al litigio como pleito, altercación en juicio, contienda en sede judicial, y esto en tanto se pueda evitar o prevenir. Ello así porque uno de los objetivos indirectos, pero de consecuencia inmediata, de la función del notario es evitar el conflicto judicial, en aquello que está comprendido dentro de su competencia.

1.3. El proceso notarial: los derechos constitucionales. Objetivos directos e indirectos

El objetivo directo y de consecuencia inmediata del proceso notarial y del documento notarial, no es evitar el litigio. El objetivo directo y consecuencia inmediata es que los ciudadanos ejerzan sus derechos constitucionalmente reconocidos de propiedad, de comerciar, de transitar, de ejercer responsabilidad parental, de auto protegerse, de testar, etc. Al hacerlo manifiestan su voluntad a través de una forma determinada. En algunos países cuya legislación responde al sistema del Derecho Continental o romano- germánico, se puede incluir también el derecho a contraer nupcias, a divorciarse, a abrir y cerrar un proceso sucesorio. Baste leer el artículo 14 de la CN para visualizar el quehacer notarial en cada uno de los derechos allí reconocidos: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de petitionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de enseñar y aprender, protección contra el

¹¹⁰ PEREZ LOZANO, Néstor. (2016). “*Los contratos asociativos*”. Buenos Aires. Revista Notarial N°982. Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires. En este sentido se ha expedido el escribano Néstor Pérez Lozano en el siguiente párrafo: “La calificación notarial se realiza dentro de un proceso en el que se ponen en juego presupuestos objetivos y sustantivos, ambos esenciales e inescindibles. El presupuesto objetivo se concreta en la existencia de una norma vigente aplicable que deberá ser correctamente interpretada El presupuesto subjetivo sólo debe aplicarse bajo el principio de certeza que debe tener el notario en la aplicación de la ley, es decir, concretar la garantía de la tutela jurídica y de un conocimiento previo de la ley. No existe seguridad jurídica subjetiva si se ignora la ley o se tiene un conocimiento deficiente y/o equivocado de la misma. El asesoramiento preventivo integra la calificación y es esencial al ciudadano para respetar ese valor jurídico.... La calificación formal determina la aptitud del documento para cumplir con los fines para los que fue creado, además de conferirle aptitud y vocación registral. Lo que califica al notario no debe ser calificado a su vez por los organismos administrativos La operación jurídica para determinar la capacidad de las personas - tanto humanas como jurídicas- para celebrar el acto, ubican al notario en el centro del derecho como factor esencial de garantía reconocido por la Constitución Nacional”. Pag 868.

despido arbitrario; la protección integral de la familia; la defensa de la vivienda familiar; la compensación económica familiar, el acceso a una vivienda digna, la protección de su salud, la previsión de su propia discapacidad, y una larga lista de etcéteras.

Evitar el conflicto judicial, disminuir la litigiosidad, es un objetivo, altamente deseado, pero indirecto de la función del notario.

El notario, si acaso tuviera alguna aversión como se ha dicho, es al litigio, mas no al proceso, puesto que no son lo mismo. Aquella afirmación - la de que el notario es la expresión de la antítesis del proceso - parte de asimilar litigio judicial con proceso y no todo proceso tiene como fin una sentencia judicial. De hecho, hay muchos tipos de procesos, no todos judiciales, y existen algunos procesos judiciales no contradictorios, que tramitan en sede judicial y muchos de ellos podrían tramitar en sede notarial disminuyendo costos y externalidades negativas.

En la referida conferencia del año 1950, Carnelutti afirmaba “que a los Notarios les cuadra perfectamente la categoría de escultores del Derecho. Porque la función del Notario - que formalmente es también, como en el caso del juez, la de juzgar - se encamina directamente a que la voluntad declarada de las partes vaya por sus cauces normales evitando toda posibilidad de litigio”¹¹¹. El maestro italiano afirmaba que el notario es un escultor del Derecho

Del párrafo anterior debemos destacar dos conceptos: 1) el notario juzga, y 2) la voluntad de las partes debe ir por cauces normales.

Profundizando el concepto de esculpir el derecho diremos que requiere de ciencia y de arte. A la inspiración de Aulio Cornelio CELSO se le adjudica la dignificación del derecho en Roma al definirlo como el arte de lo bueno y de lo justo (ars boni et aequi). Es en la parte práctica del derecho en donde se advierte el arte: la aplicación a la vida individual y social. El arte supone creación, y toda creación es producción; a través del arte se exterioriza en forma sensible lo que el espíritu humano concibe. La actividad artística requiere, para lograr hechos y efectos, y para que su forma revele una armonía de conjunto, un plan o un orden de sucesión de los elementos

¹¹¹ CARNELUTTI. Francisco. (1950).” *La figura jurídica del notariado*”. Lima. Colección Biblioteca Notarial I, Lima. Recupero: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/008-08-5809-CARNELUTTI.pdf..

entre sí y el todo del que forman parte. Desde esta visión, tomando palabras de NERI podemos columbrar que, si por la ciencia del derecho notarial se llega a tener un conocimiento claro y completo de sus contenidos, por el arte se trata de alcanzar el “equilibrio atractivo y armonioso que demanda la producción de las múltiples formas que se requieren en la notaría” ¹¹².

Cosola también refiere al arte en el Derecho Notarial, y expresa: “La elección por la corriente realista no implica, de ningún modo desconocer la importancia del derecho positivo. ... Solo que también hay que considerar ciertos tipos de conformación del derecho para poder alcanzar resultados justos, que comprenda las otras fuentes elementales de la argumentación jurídica (costumbre, jurisprudencia, equidad, etc.)” ¹¹³.

Esto implica que el notario debe practicar el arte del derecho, fundado en las fuentes y en la justicia sustancial que le da razón de ser. La tarea del notario previa a la documentación es de la esencia de la función: el acto de documentar, útil a los fines del derecho (art. 289: gozar de plena fe), es el resultado de una serie de acciones y juicios cumplidos artísticamente por el notario, sin los cuales el documento carecería de eficacia o de validez y afectaría su valioso poder de convicción.

CARNELUTTI, en la ya mentada conferencia, sostuvo que documentar era una de las principales características de la tarea del notario (la más aparente y vulgar expresó). Sin embargo, agregó que “no hemos llegado, ni mucho menos, a desentrañar la esencia de su misión; a averiguar qué es en realidad y qué puesto ocupa dentro del Derecho la figura compleja del Notario”.

La doctrina autoral y el derecho positivo de los países de notariado latino, han avanzado en los últimos años lo suficiente para responder la increpación de Carnelutti referida a la necesidad de desentrañar qué es el notario.

Nuestro interés es, a los efectos de contribuir por lo menos en una parte de la respuesta, investigar su misión, en la complejidad de sus objetivos directos e

¹¹² NERI, Argentino I. (1969). “*Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial* “. Volumen I. “*Ciencia y Arte Notarial*”. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1969. Pág. 570.

¹¹³ COSOLA, Sebastián Justo. (2016). “*Hacia una consolidación de la Teoría General del Derecho Notarial justo*”. La Plata. UNLP. Recupero: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58161/Documento_completo_.pdf-. (Última entrada: 3/11/2021). Pág. 350.

indirectos. Un camino posible es poner en contacto la idea de la misión del notario con la de la figura jurídica del intérprete ¹¹⁴.

El objetivo directo del proceso notarial es que los ciudadanos ejerzan derechos de entidad constitucional, para lo cual, el notario juzga, emite juicios, e interpreta. ¿Cómo, cuándo y para qué practica esas tareas? En el análisis de las, tradicionalmente, llamadas operaciones de ejercicio notariales podemos encontrar respuestas. Se las ha tomado usualmente como actividades coyunturales, hasta eventuales, que el notario puede realizar con mayor o menor pericia, según el caso.

En distinto sentido entendemos que ellas son esenciales al ejercicio de la función, y que no son simples o posibles operaciones, sino que son parte de una secuencia de actos que constituyen un verdadero proceso formal de producción jurídica sustancial.

2. Proceso notarial y las ramas del Derecho: ubicación del Derecho Notarial

En razón de la necesidad de que la función del escribano, alcance los valores que de ella se pretenden y exigen, nos parece importante abordar, desde la óptica del Derecho Notarial, las normas que regulan los procesos. Hemos sostenido en capítulos anteriores que el CCC desde el artículo 283 en adelante contiene normas en apariencia adjetivas y hasta procedimentales.

Pero todo proceso se justifica en la sustancia y ésta se realiza en el primero. En lo concreto, la forma y el contenido son inescindibles.

Por ello es conducente analizar, a qué rama del derecho corresponde el Derecho Notarial, en cuál de las dos grandes vertientes del Derecho lo localizamos: Derecho Público o Derecho Privado. ¿Es la notarial una relación de derecho público o de derecho privado?

¹¹⁴ COSOLA. “*Los efectos de la publicidad ...*” Óp. cit. 1. pág. 57. “El esplendor de la función notarial creadora del derecho se advierte desde su resultado, el documento, pero también desde las operaciones notariales previas, denominadas por la doctrina como operaciones de ejercicio y que, desde mi visión, siempre fueron las más relevantes. Jurídicamente, las operaciones de ejercicio se refieren a las audiencias previas que el notario realiza con los requirentes del hecho o del acto jurídico a instrumentar, momentos donde los alcances de las pretensiones pueden ser consolidados o convenientemente desarticulados.”

Los doctrinarios del siglo pasado discurrían sobre la materia de estudio del Derecho Notarial científico. En general centraban su atención en la investigación y la construcción lógica jurídica de conceptos como el de notario, función notarial e instrumento público. Excluían el Derecho Notarial Aplicado, entendido como el estudio pormenorizado de las normas notariales necesarias al derecho sustantivo o de las normas de derecho sustantivo indispensables para el ejercicio de los derechos de los requirentes ¹¹⁵.

El Derecho Notarial Aplicado, o parte especial, abarca necesariamente el estudio de las áreas de derecho sustantivo que refieran al ejercicio de los derechos de las personas, que forman parte, por lo general, del Derecho Privado. Este Derecho no puede a su vez, dejar de ser parte del Derecho Notarial, de lo contrario no será posible satisfacer el ejercicio de aquéllos. Del mismo modo que el juez, el notario ha de entender, no solo sobre las normas del proceso, sino sobre las que regulan la pretensión, el derecho subjetivo de las partes.

Jóvenes notarialistas afirman actualmente que los pilares de estudio sobre los que se asienta el Derecho Notarial como especialidad son: el instrumento público, la forma, la función notarial, y el agente, agregando algunos la función social del notario.

De conformidad a lo que venimos desarrollando sostenemos que es materia de estudio, investigación y construcción del Derecho Notarial el proceso notarial. Este constituye un área específica de estudio como uno de sus pilares (como lo es la teoría de la función, del agente y del documento).

¹¹⁵COSOLA, Sebastián Justo. (2017) *“Evolución académica y colegial del notariado en la República Argentina (a propósito de la conmemoración del centenario del primer Congreso notarial argentino 1917-2017)*. Buenos Aires. UNLP. Recupero: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/73754>. Pág. 5. (Última entrada: 2/11/2021). En relación al tema ha dicho el autor: “El análisis de algunos de los más significativos aportes doctrinarios argentinos a partir del Primer Congreso vienen a corroborar cómo las necesidades momentáneas del notariado, a partir de su nacimiento como ciencia, hicieron que aquellos primeros juristas ... hicieran lo imposible por conseguir su tan necesaria autonomía, su independencia científica, en fin, su valoración y reconocimiento como verdadera y auténtica ciencia del derecho. La necesidad de ese momento fue demostrar al mundo entero cuál era la importancia de la función del notario, en qué se basaba su labor y ejercicio cotidiano, por qué era tan importante su presencia en actos de tamaño magnitud” “Esa es la razón por la cual, por estos tiempos, nadie alberga duda acerca de la importancia del derecho notarial.” ... “Los argumentos, al menos históricamente considerados, han sido tan convincentes como oportunos para afirmar al notariado en lo más alto de la cima jurídica latina. Y se logró el cometido primigenio: todos estos considerandos”, ..., “coadyuvaron a lograr la independencia del notariado de otras ramas del derecho, principalmente del derecho civil en nuestro país y del derecho de procedimientos en Italia”.

La función del notario es conducir el proceso y advenir con su firma y sello la resolución final: el acto notarial y el documento notarial.

Las ramas del Derecho deben ser “entendidas como áreas jurídicas con características sociológicas, normológicas y axiológicas compartidas que adquieren rasgos especiales interrelacionados” ¹¹⁶. También se ha dicho que la “posmodernidad ha puesto en crisis a estas ramas jurídicas tradicionales y ha generado la necesidad de plantear el surgimiento de nuevas ramas jurídicas de carácter transversal, que vienen a satisfacer nuevos requerimientos de justicia. Por ejemplo: el Derecho de la Salud, Derecho de la Discapacidad, Bioderecho, Derecho de la Ciencia y Tecnología, Derecho del Arte, Derecho de la Ancianidad, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Derecho de la Educación, etc.” ¹¹⁷. Podemos agregar Derecho Ambiental, Derecho Informático o Derecho Digital, etc.

La teoría del documento o instrumento público y su forma abrevia, inicialmente en las normas del derecho privado - baste ver los artículos 289 y concordantes del CCC -, así como la teoría de la función, puede analizarse desde el Derecho Público, sin desconocer que muchas de las exigencias del agente notario aparecen no solo en normas locales de organización del notariado, sino además en la legislación sustantiva de fondo y, con la cita que hicimos de Spota en cit. 69, damos cuenta del porqué de esta aseveración.

Así, las leyes locales sostienen, como la provincial mendocina 3058, que los Registros Notariales son propiedad del Estado, y el CCC encuadra al escribano como oficial público.

Hay doctrina que, basada en la tesis de Rafael Núñez Lagos, sostiene que el Derecho Administrativo comprende el tratamiento de todos los servicios públicos del Estado pero que, hay dos de ellos, la Justicia y la Fe Pública Notarial, que no están dentro de su esfera. Paradójicamente, agregan que la organización de ambos es de

¹¹⁶ Cfr CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2002). “*Perspectivas de la Teoría General del Derecho*”, en Revista “Investigación y Docencia” Nº 35, Rosario. Pág. 37. cit. por MERLOI Andrea (2005) en “*El Derecho procesal y su inserción en la teoría general del Derecho*”. Recupero: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532. 2005. Pág. 3. (Última entrada: 2/11/2021).

¹¹⁷ VAZZANO, Florencia. (2015). “*La Teoría General del Derecho como la asignatura que aporta la visión de síntesis del mundo jurídico*”. Revista Educación y Derecho. UNICEN. Pag.4. Recupero: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5276232> (Última entrada: 2/11/2021).

competencia del Derecho Administrativo, pero que la Justicia se rige por las normas procesales y la Fe Pública por las legislaciones notariales, ya que los principios generales del Derecho Administrativo no le son aplicables. Como consecuencia de ello esta doctrina considera que el acto notarial no es un acto administrativo.

José María Orelle ha considerado que el acto notarial es un acto administrativo¹¹⁸, ergo en la clasificación tradicional deberíamos colocarlo como rama del Derecho Público. Conforme dice este autor al acto notarial se le aplica en primer término la Constitución Nacional, y a partir de allí las leyes notariales provinciales, la ley de procedimiento administrativo y sólo subsidiariamente las normas del Código Civil.

En la misma obra Orelle se aboca a lo que denomina la “acción o forma del acto” notarial, y propone en su obra “Actos e instrumentos notariales” el estudio de esa acción en “etapas, que permiten visualizar estructura y comprobar su delimitación en leyes notariales, lo cual facilita su comprensión e investigación”¹¹⁹. Coincidimos con el maestro en que es necesario el estudio de la acción de documentar en etapas porque es la forma de aprehender la significación del proceso.

La investidura del escribano como oficial publico opera a través de un acto administrativo del Estado, el Registro Notarial es de propiedad del Estado, y la fe pública, que es de la esencia de la función, es ejercida por delegación del Estado. Es difícil concluir que el acto notarial no es acto administrativo, sin perjuicio que “las formas de la forma instrumento público” estén contenidas en el código de fondo, sin olvidar las legislaciones locales que atienden fundamentalmente a las formas extrínsecas. Estas legislaciones, anteriores al CCC, deberán interpretarse e integrarse al CCC en los casos en que sus disposiciones se contradigan.

De los Fundamentos del Anteproyecto de modificación del Código Civil podemos advertir que, al legislador le ha interesado, que las personas tengan las herramientas para ejercer sus derechos y que éstos sean realmente tutelados. De allí que, normas que en apariencia corresponderían al derecho formal, las vemos sistematizadas, en mayor o menor grado, e incorporadas al código de fondo de Derecho Privado. Ello está en consonancia con el paradigma de la constitucionalización del Derecho Privado.

¹¹⁸ ORELLE, José María. (2008). “*Actos e instrumentos notariales*”. Buenos Aires Ed. La Ley. Pág. 95.

¹¹⁹ ORELLE. “*Actos e instrumentos ...*”. Óp. Cit. 118. Pág. 8.

Cosola ha afirmado que el Derecho Notarial es formal y sustantivo ¹²⁰.

El Derecho Público, por lo tanto, penetra indefectiblemente en el Derecho Privado y, en ciertas instancias éste se realiza en aquél. Hay normas de carácter formal referidas al Derecho Notarial, en el CCC, como los artículos 289, 296, 299, 301 y ss. entre muchos otros. Por otra parte, las leyes provinciales de organización del notariado, dictadas en ejercicio de las facultades no delegadas al gobierno nacional, deben aplicarse de conformidad a esta visión. El sistema debe alcanzar su mayor grado de juridicidad a través de la interpretación armónica de todas las normas implicadas.

El derecho se ha dividido tradicionalmente en Derecho Público y Privado. Al primero se lo integra con el Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Financiero, Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Derecho Procesal Penal. El Derecho Privado por su parte se compone por el Derecho Civil y Derecho Comercial en todas sus áreas, Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Derecho Internacional Privado, Derecho Procesal Civil. Advertimos que en esta enunciación el Derecho Procesal aparece en ambas grandes ramas.

Meroi, en contra de esta doble calificación del Derecho Procesal, formula una crítica a “la innecesaria y gravosa proliferación de procedimientos —tantos, cuantas ramas existan— (plusmodelación de los derechos de fondo), dificultando la tarea de jueces y abogados hasta límites intolerables y, mucho peor, desvirtuando aquello “propio” de cada uno”. Concluye afirmando que “la ubicación del Derecho Procesal en una Teoría General del Derecho nos permitirá reconocer su especificidad no sólo para determinado tipo de pretensiones sino para el universo de ellas” ¹²¹. Si esta apreciación fuera correcta, no cabe duda que a esa teoría general podríamos recurrir para describir el quehacer notarial.

Sin perjuicio de ello, por ahora, - atendiendo a la clasificación tradicional -, el Derecho Notarial tiene cabida en el Derecho Público, pero el ejercicio de la función

¹²⁰ COSALA Sebastián. (2013). “*Fundamentos del Derecho Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc-. Pág. 40.

¹²¹ MEROI, Andrea. (2005). “*El Derecho procesal y su inserción en la teoría general del Derecho*”. Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Vol. 28. Rosario. Pág. 19. Recuperado: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/684>. (Última entrada: 2/11/2021).

notarial se integra de manera tal con el ejercicio de los derechos de las personas reguladas en el Derecho Privado, que éste no puede dejar de normar y referirse a institutos fundantes del Derecho Notarial.

El estudio del Derecho Notarial debe abordarse, en cualquiera de sus objetos, desde las dos aéreas clásicas del Derecho. *Sin perjuicio de recurrir a todas las fuentes del Derecho advertimos la necesidad de que el Derecho Notarial reconozca, a través del estudio, la existencia de un verdadero proceso en sede notarial.*

2.1. Acto Notarial y Derecho Administrativo

Según Gordillo el Derecho Administrativo es “una disciplina científica, jurídica, y por ende una rama de la ciencia del derecho”. “El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa. El elemento de síntesis que pueda reflejar adecuadamente la totalidad de las partes que componen a esta rama del derecho, es según lo hemos expresado anteriormente, la función administrativa”.

Agrega el autor: “el estudio del ejercicio de la función administrativa es comprensivo no sólo del quién (1º), sino también del cómo (2º), con qué (3º), en base a qué, (4º) y hasta dónde (5º) se ejerce dicha función”¹²².

Si partimos desde esta óptica, el estudio del Derecho Notarial debe abordar: 1) el sujeto que ejerce la función: el escribano público – denominado así en el artículo 299 del CCC -; 2) los modos en que se ejerce: el acto notarial y su proceso de desarrollo; 3) los medios puestos a disposición de la actividad: el Registro Notarial, cuyo tratamiento, además de su naturaleza incluye el protocolo, el documento notarial y demás instrumentos autorizados; 4) las atribuciones que al efecto se le conceden:

¹²² GORDILLO, Agustín. (2013) “*Tratado de Derecho Administrativo 2*”. Buenos Aires. Ed. Fundación Derecho Administrativo. Recupero [https:// www. gordillo. com/ pdf/tomo8/ capitulo03. Pdf](https://www.gordillo.com/pdf/tomo8/capitulo03.pdf). (Última entrada 11/07/ 2021). Pág. 109-111. “ 1º) El estudio del sujeto que ejerce dicha función, o sea la administración pública centralizada y descentralizada; la teoría del órgano; los principios de competencia, jerarquía, etc.; los agentes que ejercen las funciones atribuidas a los órganos; los entes estatales, y los entes públicos y privados, estatales o no; 2º) el estudio de las formas que dicho ejercicio reviste, es decir, los actos administrativos, los servicios públicos, los contratos administrativos, las relaciones internas y externas de la administración; el procedimiento administrativo, etc.; 3º) el estudio de los medios puestos a disposición de esa actividad, lo que comprende el dominio público y el dominio privado del Estado; 4º) el estudio de las atribuciones que al efecto se le conceden, incluyendo las facultades discrecionales y regladas de la Administración, el “poder de policía,” el principio de la ejecutoriedad de sus actos, etc.; 5º) el estudio de los límites de tales atribuciones, a saber, recursos administrativos y judiciales; responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.”

autorización de instrumentos públicos,- que contienen expresión de voluntades - incluyendo la fuerza ejecutiva, probatoria y convictiva de los mismos, y 5) los límites determinados por sus incompetencias, restricciones y responsabilidades disciplinarias, administrativas, civiles, penales y tributarias.

Cada uno de los tópicos puestos en cuestión comprende institutos que le son propios al quehacer del escribano público y constituyen la síntesis de los elementos que le son propios al Derecho Notarial. Debemos incluir como su parte especial el tratamiento de todos los institutos de Derecho Privado que ya hemos referido.

Las leyes de Organización del Notariado dictadas en ejercicio de las facultades de las provincias, son normas dictadas a la luz del Derecho Público. Solo para ejemplificar referiremos a dos. La ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, en su artículo 2º prescribe: “Es competencia del Poder Ejecutivo la creación y cancelación de los registros y la designación y remoción de sus titulares y adscriptos, en el modo y forma establecidos por la presente ley. Los registros y protocolos notariales son de propiedad del Estado Provincial”. La ley 3058 de la provincia de Mendoza hace lo propio en el artículo 73: “Los Registros y Protocolos Notariales son de propiedad del Estado y su número es limitado. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia su creación según la densidad poblacional, el **acceso al servicio** por los habitantes y el tráfico escriturario”¹²³. Además, la norma provincial determina que se confía a Inspección Notarial el control del cumplimiento de la Ley del Notariado (art. 100), Inspección Notarial es un órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia, y ésta ejerce la Superintendencia del Notariado, siendo la Sala Administrativa la que tiene facultad de ejercer la intendencia de los notarios y del Colegio Notarial.

2.2. Escribano: funcionario o profesional del derecho

Esto apareja una discusión sobre el carácter del notario como funcionario público o profesional del derecho, polémica que ha demandado grandes esfuerzos doctrinarios. Si bien nos hemos referido al tema en el Capítulo I, entendemos útil revisarlo en este estadio. Las dos posturas extremas, funcionarista y profesionalista, han ido ensamblándose. Pero la discusión aún no está totalmente saldada.

¹²³ Las negrillas nos pertenecen.

La obra de 8 volúmenes de Argentino Neri proporciona información, de imprescindible consulta, sobre las opiniones de autores argentinos, americanos, españoles, sin descartar pensamientos de la doctrina francesa y alemana.¹²⁴ . Recurrimos en esta oportunidad a la obra “La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral” de Franco Di Castelnuovo¹²⁵ . El autor desarrolla minuciosamente las posiciones de distintos doctrinarios sobre aquellas diferencias de categorización. Cita entre los funcionaristas a Mustapich, y Highton de Nolasco quienes entienden en general, con distintos fundamentos que el objeto de la función notarial es “dar autenticidad” y que esa función es monopolio del Estado ...”, “que se trata de un oficio público y utilidad pública”. Destacamos la cita que hace de Spota, quien argumenta, que “la atribución del carácter de fedatario que el Estado le confiere al escribano público impide que se estimen sus funciones públicas como el mero ejercicio privado de ellas”, para concluir que “el escribano público es funcionario público porque resulta ser depositario de una atribución estatal, o sea, la de dar autenticidad y fuerza probatoria ..., es un órgano del mismo Estado”.

Hay fallos en sentido semejante afirmando la entidad pública de la función¹²⁶ .

¹²⁴ NERI, Argentino. (1969). “*Tratado de Teoría y Práctica de Derecho Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Depalma.

¹²⁵ DI CASTELNUOVO, Franco. (2015) “La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral”. Córdoba. Revista Notarial del Colegio de Escribanos No. 94. Pág. 105. Recupero: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Funcion-notarial.-Di-Castelnuovo.-RNCba-94.pdf> (Último ingreso: 22/03/2022).

¹²⁶ FALLO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL. “Jiménez, María Elena c/ Provincia de Salta. (Sentencia. 19 de abril de 2011). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. S. Nro. Interno: J.126. XLII. Magistrados: Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Argibay. Abstención: Lorenzetti, Petracchi. Id SAIJ: FA11000070. “Que esta Corte ha expresado que la reglamentación de la actividad del notariado se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos que celebren constituye una **concesión del Estado** (Fallos: 303:1796; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086)”. FALLO: CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL.SALA 3. 15 de febrero de 2012. “Margulis, Roberto Sergio s/ recurso de casación Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Id SAIJ: FA12261209. “En tanto no existen dudas en punto a la calidad de funcionario público de la que se ha instituido, por expreso mandato del Poder del Estado, a los escribanos, en el caso se halla presente uno de los requisitos que el tipo requiere para tener por configurada la conducta prevista por el delito de peculado, esto es, el carácter de funcionario público del sujeto activo ... constituye una concesión del Estado” (Fallos: 303:1796; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086). Finalmente, se postula que el escribano es un profesional del derecho que desempeña una función pública. FALLO: TRIBUNAL: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. (Fecha: 28-mar-2022). “Cosovi Jorge Carlos c/ A. S. y otros/ daños y perjuicios”. Cita: MJ-JU-M-136652-AR | MJJ136652 | “Finalmente, se postula que el escribano es un profesional del derecho que desempeña una función pública tesitura a la que adhiero, pero cuya labor no se circunscribe a la mera atento ... a que, además, cumple una función pública por delegación del Estado: la de dar fe y comunicar una autenticidad y fuerza probatoria excepcional a las escrituras públicas pasadas en su libro de protocolos, así como la de conservar y

Entre los profesionalistas Di Castelnuovo menciona a Allende, Allende Iriarte, Martínez Segovia y Bielsa desde el Derecho Administrativo.

Sostiene finalmente que existe una tesis integradora, - como también ya comentamos - que ante “la imposibilidad de encasillar a la función notarial exclusivamente en el ámbito del derecho público o del derecho privado, y de pensar al notario únicamente como funcionario público o solamente como profesional del derecho ... integran y amalgaman principios, conceptos y fundamentos de diversa esencia (funcionaristas, profesionalistas, públicos y privados)”. Mención especial hace el autor de la posición de Castán Tobeñas, quien siendo en principio funcionarista revisó su posición, según Di Castelnuovo, para sostener que el escribano reconoce “una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica” que “combina en el notario el aspecto de funcionario público con el de letrado de libre ejercicio profesional”, siendo “igualmente esenciales y destacadas la labor de asesoramiento y la facultad autenticadora” ¹²⁷.

Lo concreto es que, en su rol como oficial público, los escribanos “ejercen función administrativa, tarea o cometido público que - por la gran variedad de sus manifestaciones - resulta difícil de definir” ¹²⁸, y se ha caracterizado como “la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran” ¹²⁹.

custodiar los actos y contratos autorizados ante el y los protocolos respectivos mientras estén en su poder, y la de ejecutar los actos y procedimientos que integran el régimen orgánico de constitución y publicidad de los derechos reales sobre inmuebles (López Mesa, Marcelo J. Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 278 y ss.). Como bien lo señala Bueres: «el escribano es un profesional del derecho que satisface una función publica» (Bueres, A. J., Responsabilidad civil del escribano, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 22/23) (CNCivil, Sala A, en autos «A., M. D. c/ M., C. R. y otros/ nulidad de acto jurídico» (Expte. n.º 26.045/2014), sentencia de fecha 23/09/2021).

¹²⁷ CASTÁN TOBEÑAS, (1946). “*Función notarial y elaboración notarial del derecho*”. Madrid. España. Instituto Editorial Reus; y “*En torno a la función notarial*”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el 30 de mayo de 1944., (1050). Madrid, España. Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo II. Cit. por DI CASTELNUOVO en “*La tridimensionalidad del fenómeno notarial*”. Óp. Cit. 125.

¹²⁸ GAGGIAMO, Esteban. (2020). “*Sobre la emergencia, el aislamiento y la función notarial en la Argentina*”. Santa Fé. Cita: RC D 1638/2020. Recupero: coessfel.org.ar/portal/attachments/. (Último ingreso. 4/11/2021.)

¹²⁹ MARIENHOFF, Miguel, “*Tratado de Derecho Administrativo*”. t. I, 5ta. Ed, Abeledo Perrot. Buenos Aires.1995. Pág. 66.Cit. por GAGGIAMO, Esteban en “*Sobre la emergencia, el aislamiento y la función notarial en la Argentina*. Cita: RC D 1638/2020. Óp. Cit. 128. (Último ingreso. 4/11/2021.).

Por ello entendemos que los escribanos autentican los documentos, a cuyo efecto realizan previamente una tarea jurídica que justifica su acto autenticador. *Ésta última es una actividad esencialmente de jurista, impuesta desde el Estado, necesaria para el ejercicio eficaz del poder autenticador que el mismo Estado le ha delegado.* Luego, *su actividad como jurista no es independiente de su carácter de agente público.*

En reciente fallo, que está generando polémicas importantes en la doctrina notarial, se sostuvo que “... el escribano se limitó a formalizar el acto conforme lo que le solicitó su cliente, ex cónyuge de la actora, y su posterior inscripción, pero no demostró haber asesorado a la actora acerca de las consecuencias, ventajas, desventajas, conveniencia del acto celebrado por su intermedio. La responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que se hallaban a cargo del escribano resulta contundente al respecto, en tanto se desprende la pérdida del patrimonio ganancial que, en principio, le correspondía a la actora, su desarraigo, ..., el lógico descenso del nivel económico de vida que padeció como consecuencia de los actos concertados, los que fueron instrumentados por el notario sin el debido asesoramiento previo que tenía a su cargo y que era su obligación, ...”.¹³⁰ Hay notables académicos que han opinado sobre este fallo pronunciándose, algunos, por su total rechazo en tanto el escribano no puede estar probando, en todos los casos, que cumplió el deber de asesoramiento. La prueba de la falta del mismo debe recaer en quien la invoca. Otros, en cambio, sostienen que, en el caso concreto, de las constancias de autos, quedó demostrado que tal obligación no se cumplió: se pronuncian, en consecuencia, por el acierto del fallo.

Lo cierto es que no se puede ejercer la función notarial sino se es en forma integral jurista y agente público.

2.3. Acto Notarial y Derecho Privado

Hay institutos del Derecho Privado que están inexorablemente comprendidos en el Derecho Notarial y deben ser estudiados y aplicados conforme a su especial óptica. De hecho, todos los artículos del CCC que hemos referido en este estudio están

¹³⁰ FALLO: CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO. SALA/JUZGADO: II. (8-jul-2021). “O. D. F. c/ T. C. E. s/ daños y perjuicios”. Cita: MJ-JU-M-134767-AR | MJJ134767 | MJJ134767.

regulados en el código de fondo, particularmente, en el Libro Primero Parte General, Capítulo 5°. En la Sección 3° el legislador aborda el tema de la forma y prueba de los actos jurídicos, y en la Sección 4° los instrumentos que califica como públicos, lo cual devela el ligamen de este instituto con el interés que tipifica a los temas del Derecho Público.

La Sección 5° regula la escritura pública, que también revela el interés general que el instituto satisface. El artículo 296, (que regula el carácter probatorio de los instrumentos públicos) pareciera tener contenido de derecho adjetivo, sin embargo, hemos demostrado la significación sustantiva que tiene en la realización de los derechos de las personas. Casi todas las normas de la Sección 5° responden a la pregunta de cómo debe actuar el escribano, normativa propia de las regulaciones formales. No encontramos un solo Libro del CCC que no deba ser abordado necesariamente por el Derecho Notarial. Desde el Título Preliminar, en su referencia a las fuentes, la resolución de los casos y la interpretación de la ley, en adelante: las personas humanas, la capacidad, las personas jurídicas, los bienes, los hechos y actos jurídicos, la representación, las relaciones de familia, el régimen patrimonial matrimonial, las uniones convivenciales, el régimen de la vivienda, las obligaciones, los contratos, tanto en su parte general como especial, los derechos reales, el régimen de transmisión de derechos por causa de muerte, y las normas de derecho internacional, cada vez más consumidas en tanto avanza la conexidad en el mundo.

El Derecho Notarial está claramente atravesado tanto por el Derecho Público como por el Derecho Privado. La determinación de la naturaleza de las relaciones entre el Estado y el escribano y entre éste y el Estado, así como la de las responsabilidades, que emergerán según se definan las anteriores, será una tarea que nos deberemos.

2.4. Acto Notarial y Derecho Procesal: visualización del derecho constitucional a peticionar

Andrea Meroi expresa: “Que el hombre sea hoy la especie animal predominante se debe, entre otras razones, a que aprendió a solucionar sus conflictos sin destruirse,

recurriendo a un tercero”¹³¹. Agrega que “no hay que llegar al extremo de suponer que toda norma jurídica tiene un origen litigioso; pero no se debe, en un estudio histórico, olvidar la importancia del derecho procesal”.

Hemos referido, en relación al Derecho Notarial, al sistema normativo compuesto por las normas de los Tratados Internacionales, de la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial, las leyes provinciales del notariado y otras leyes especiales, y las inveteradas costumbres del notariado. Esta composición implica la institucionalización de un sistema notarial que tiene como fin el alcance de la misión que a la función se le asigna: tutelar el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas proveyendo a la seguridad y en vistas a la paz social.

En otros términos: hay un bien jurídico que las personas en comunidad necesitan obtener (seguridad, paz), el legislador lo ha reconocido como tal y como preexistente, y por tanto adoptó la norma probada más apta al efecto.

Para alguna corriente de pensamiento toda norma jurídica tendría un origen litigioso en el sentido de controversia en sede judicial¹³² O sea, según el resultado de un proceso judicial y el logro alcanzado, el antecedente, se convierte en norma instituida o instituible. Sin embargo, hay algunas normas en las que el legislador (como gran repartidor) percibe necesidades a satisfacer, y las hay en las que, la mejor experiencia alcanzada por la comunidad para resolver los conflictos, es la que nutre al legislador repartidor para dictar la norma evitando el litigio. Así se logra mayor eficiencia y menores costos procesales.

Precisamente dada esa importancia, es que entendemos que el notario es uno de esos terceros aludidos por Meroi, a quienes las personas recurren o requieren, para ejercer sus derechos en la normalidad o, para solucionar conflictos o, para evitarlos. Es por esto que la conducta del notario en el CCC ha sido regulada recurriendo a normas, en apariencia, más propias de derecho público y procesal, y apuntamos a sacar

¹³¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. (1996). “*Introducción al proceso civil*”. Bogotá. Ed. Temis. . Pág. 8, con cita de Jorge BASADRE. www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/684/532. Cit por MEROI Andrea (2005) en “*EL derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho*”. Rosario. Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social. N° 28. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/684/532>. (Última entrada: 11 Jul 2021). Pág. 4.

¹³² MEROI Andrea. (2005). “*EL derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho*”. Rosario. Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social. N° 28. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/684/532>. Pág.5.

a la luz la existencia de normas adjetivas notariales que deben actuar como herramientas fundamentales para la garantía de los derechos constitucionales de las personas.

A mediados del siglo pasado se fue perfilando una corriente de investigación en torno al “proceso” judicial. Hoy opinan los especialistas que, hasta ese momento, el proceso no había sido ni apreciado ni comprendido en su verdadera dimensión. Se investigaba en torno a las relaciones jurídicas privadas, pero las relaciones del proceso judicial, según Meroi y sus citas, resultan ser una relación del derecho público. Agrega la autora que ya en 1868, Oskar von Bülow ¹³³ desarrolló su tesis del proceso como relación jurídica de derecho público, absolutamente independiente de la relación de derecho privado que se presenta entre los partícipes del conflicto de intereses.

“Se acostumbra hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede estar referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública” ¹³⁴.

Según la citada autora hay consenso respecto de que la partida de nacimiento del Derecho Procesal la otorgó Giuseppe Chiovenda, quien junto con Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti constituyen, la gran trilogía italiana del Derecho Procesal. Habría sido Carnelutti quien finalmente distinguió con claridad entre el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, tanto que el uno puede existir sin el otro.

Este es un tema que evidentemente ha preocupado a muchos autores. Osvaldo Gozaíni expresa que “posiblemente la autonomía del derecho procesal haya comenzado con la polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857) acerca de la independencia que la acción tenía en el derecho romano respecto al derecho subjetivo. “Se comprende así, que el fenómeno movilizador del aparato jurisdiccional no está motivado, únicamente, por la lesión a un derecho subjetivo. Existía un trasfondo que

¹³³ MEROI. “*El Derecho Procesal ...*”. Óp. Cit. 132. Pág. 6.

¹³⁴ MEROI. “*EL Derecho Procesal ...*”. Óp. cit. 132. Pág. 6.

involucraba el interés del Estado en solucionar pacíficamente el diferendo. Se vinculan en consecuencia, el derecho de pedir y el derecho a la tutela jurisdiccional, para utilizar vocablos comunes de la actualidad”¹³⁵.

Resulta también conducente a nuestro análisis la referencia a Couture, formulada por Meroi. Según esta autora Couture diferencia, en base a la teoría de Canelutti, el derecho de acción y la pretensión, que corresponden a las personas. Pero avanza en un sentido sustancial al derecho procesal ya que lo considera como una “manifestación del derecho de petición a las autoridades” que denominará acción civil¹³⁶.

Se nos hace visible, así, la íntima relación entre el Derecho Procesal y los derechos constitucionales de las personas.

En el mismo sentido Gozaíni cita a Couture y afirma que: “Por primera vez, la acción fue colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente, como una forma del derecho de peticionar a las autoridades”. Al derecho a recurrir a los Tribunales se lo veía como un derecho abstracto, sin pertenencia a rama alguna. Agrega Gozaíni que es “Couture quien fundará la importancia de esta posición sobre la base de considerar que la acción era una proyección de la personalidad y, por ende, de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público”¹³⁷.

Por tanto, diferenciar estrictamente, en lo que al Derecho Notarial respecta, el derecho subjetivo procesal del derecho subjetivo material, se nos aparece como un objetivo deseable.

El derecho a peticionar, el derecho de requerir la actividad notarial, es un derecho cívico, es una proyección de la personalidad y por ende de carácter privado, pero en tanto en ese ejercicio está interesada la comunidad que busca seguridad y paz, cobra inmediatamente carácter público.

Desde acá observamos que va emergiendo nuestra hipótesis: el estudio del proceso notarial es esencial al Derecho Notarial. Existen en el proceso distintas

¹³⁵GOZAINI, Osvaldo Alfredo. (1995). “EL desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones (sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)” (online). Méjico. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. s/pág. Recupero: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3359/3887>. 1995. (Última entrada: 10 /07/ 2021).

¹³⁶ MEROI. “EL derecho procesal ...”. Óp. cit. 132. Pág.9.

¹³⁷GOZAINI. “EL desplazamiento...”. Óp. cit. 135.

relaciones jurídicas posibles: hay que distinguir la situación jurídica de cada requirente, la relación jurídica de los sujetos requirentes entre sí - si hay más de uno-, la relación jurídica de éstos con el notario, y las relaciones de ambos (requirentes y notario) con el Estado, con los terceros y la comunidad toda.

Las relaciones de los sujetos entre si están reguladas, por lo general en tanto requirentes notariales, por el Derecho Privado, las del notario con sus requirentes por el Derecho Público y Privado, y las relaciones de las partes y del escribano con el Estado por el Derecho Público.

Estamos obligados a diferenciar, en el desafío que importa este desarrollo, las reglas que “gobiernan las conductas a través de las que se desenvuelve el procedimiento para la actuación del derecho sustantivo; y las que determinan la composición y organización de los sujetos que realizan tales conductas”¹³⁸.

Respecto de las segundas (composición y organización de los sujetos), en lo que respecta al notariado, el sujeto notario monopoliza la función de otorgar instrumentos públicos. En consecuencia, toda regla que refiera a la composición y organización del notariado es de esencial importancia para alcanzar el objetivo del ejercicio efectivo de los derechos sustantivos.

CAPITULO IV. El proceso notarial

1. El derecho constitucional de peticionar a las autoridades

El derecho de peticionar a las autoridades se puede ejercer de diferentes modos y está comprendido en el derecho de vivir conforme a la ley (art. 19 CN): o sea, hacer lo que la ley manda, poder no hacer aquello que está prohibido, y solicitar a los particulares y a las autoridades que así lo permitan o lo exijan.

¹³⁸ QUEVEDO MENDOZA Efraín I. (2008). “*Organización judicial y proceso (interferencias y complementación. Poder Judicial: gobierno y administración*”. Buenos Aires. Cartapacio de Derecho, Publicación Electrónica de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Pág. 2. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar> > ctp > article > download. (Último ingreso 5/11/2021).

Cosola, se refiere a la relación del Derecho Notarial y la Constitución Nacional, y citando a Vigo, dice: “junto a la Constitución escrita convive una no escrita que se describe en el funcionamiento de las instituciones, en el ethos cultural de esa sociedad, en sus usos, etc.”. Agrega luego el autor de su propia producción: “El estudio y el ejercicio del Derecho Notarial se encuentra en relación directa con ciertos preceptos constitucionales que tienen que ser necesariamente resguardados porque estos operan indudablemente como principios o paradigmas rectores de este derecho formal y sustantivo”¹³⁹.

El CCC, tiene como paradigma la constitucionalización del Derecho, y corresponde a todos los operadores del derecho, en cada una de sus actividades, en cada una de sus particulares acciones, cumplir ese compromiso.

Cuando las personas requieren al notario para manifestar una voluntad o solicitar una actuación, están peticionando, a través de notario, para hacer lo que manda la ley (por ejemplo otorgar una autorización de manejo, sujetar la vivienda al régimen de protección, otorgar por escritura pública transferencias de dominio, otorgar actos de autoprotección), no hacer lo que está prohibido (por ejemplo firmar instrumento privado de donación de inmuebles, no contratar con el cónyuge bajo el régimen de comunidad de gananciales), y exigir a través del documento notarial que los terceros y el Estado cumplan con estos propósitos.

Ante cada una de estas peticiones el notario actúa conforme las reglas que le son impuestas desde el derecho de fondo, desde las leyes notariales provinciales, desde la CN, desde el bloque de constitucionalidad y desde los principios de derecho de cada una de las ramas implicadas. De todas ellas en conjunto podemos extraer las fases o etapas que debe contener el proceso de producción de los documentos notariales.

En sede judicial, por ejemplo, se ha afirmado: “..., que la finalidad del Estado de Derecho, consiste en encontrar una relación armoniosa entre el derecho a peticionar a las autoridades, y la obligación concomitante de la administración de responder a las peticiones. La administración tiene el derecho, pero también el deber, de que los

¹³⁹ COSOLA Sebastián. (2013). “*Fundamentos del Derecho Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc. Pág.40.

procedimientos iniciados en su ámbito sean culminados en dicha sede con el debido ejercicio de su competencia, obligatoria e improrrogable”¹⁴⁰.

En sentido semejante Gozaíni expresa que “la acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria. Esta explicación introduce una notable variante: al derecho procesal no le interesaría *tanto encontrar la esencia del proceso, sino el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es su por qué, y la respuesta se halla en considerarlo un instrumento necesario*”¹⁴¹.

El derecho de petición emerge del Derecho Constitucional, y si bien se ha dicho que por serlo no genera un deber correlativo de respuesta,¹⁴² entendemos que todo derecho genera el débito de respuesta, y por consiguiente la obligación del Estado y de los terceros de permitir su ejercicio y brindar las herramientas para ello.

Del derecho a peticionar, a su vez, emerge el derecho de jurisdicción. Los particulares gozan de este derecho, o sea de “decir el derecho”, de constituir, modificar o extinguir relaciones y situaciones jurídicas, en sede notarial, en tanto no exista pleito o imposibilidad de acuerdo. Así como gozan de ese derecho para recurrir a la vía judicial, cuando necesitan resolver controversias.

En los procesos alitigiosos, el derecho a decir el propio derecho corresponde a la voluntariedad de la persona, la que, ejercida ante el notario se extiende más allá del principio de legalidad, hacia el de juridicidad, los que en conjunto deben ser contemplados por el notario en el desarrollo del proceso notarial¹⁴³.

¹⁴⁰ FALLO: CNFED. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA IV. (Mendoza, 04 de junio de 2016). “*GASQUES CLAUDIA ISABEL C/ Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza p/ acción de amparo*”. Expte: 251.840 fojas: 45. Cit., 21/03/2006, Criscuolo, María del C. c. Estado Nacional. Ed. La Ley Online, en cita por Diegues Jorge Alberto. Amparo por mora. Publicado 10/08/2009. 10 suplemento. Doctrina Judicial Procesal. 2009. Diciembre. 250.

¹⁴¹ GOZAINI. “*EL desplazamiento...*”. Óp. cit. 135. La cursiva nos pertenece.

¹⁴² GOZAINI. “*El desplazamiento ...*”. Óp. cit. 135.” El primero pertenece a la órbita del derecho constitucional y no genera un deber correlativo de respuesta. En cambio, el derecho de acción provoca una relación inmediata entre particular y autoridad, sin afectar a un tercero. La acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria”.

¹⁴³ GARCÍA PULLÉS, Fernando R. (2017). “*Perspectivas actuales del derecho. Bio política y bio-juridicidad. incidencia en el estudio y aplicación del Derecho Administrativo*”. Coruña España., Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Vol. 21 (2017), pp. 109-127 Recupero: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6289661>. “La idea de la juridicidad como limitante del poder administrativo surge de las enseñanzas de Julio Rodolfo Comadira, quien apuntara la

Pérez Lozano, desde otra óptica, reconoce este derecho de las personas de ejercer su poder normativo ¹⁴⁴ cuando afirma que “la voluntad negocial (voluntad del sujeto), constituye el núcleo para la formación del acto. Jurídicamente tiene trascendencia el poder normativo (fuerza de la norma), que para los particulares deviene del acto jurídico ya “perfeccionado o celebrado”, ... quedando el problema de la voluntariedad entre los presupuestos del mismo”.

En el proceso notarial rige el principio de rogatoria, que responde al derecho de peticionar. Lo que se ruega es poder otorgar actos lícitos, concurrente con el poder de dictarse normas privadas o paraestatales. Este principio implica la prohibición del notario de actuar de oficio, pero la obligación de prestar el servicio una vez aceptado el requerimiento. Su excusación debe ser justificada, también en este caso, no solo en la legalidad sino en la juridicidad. Las leyes provinciales prevén las circunstancias en que el notario puede negarse a prestar su servicio¹⁴⁵, pero del mismo modo que su actuación debe enmarcarse en el ámbito de la juridicidad, también su negativa debe reconocer un límite en ella, ya sea ampliando, ya sea restringiendo la facultad de excusación.

La ligazón por tanto del Derecho Notarial al Derecho Constitucional se visualiza desde dos vertientes; una vista desde el ciudadano: el derecho a peticionar a las autoridades, otra vista desde la función del escribano: la obligación de tutela del ejercicio de todos los derechos constitucionales reconocidos a las personas.

2. El proceso notarial como instrumento jurídico

obligación de la Administración de actuar no sólo conforme a la ley en sentido formal (principio de legalidad), **sino también al sistema jurídico como unidad (principio de juridicidad)**, extremo que supone la exigencia de fundar sus conductas en los principios generales del derecho, que derivan de la dignidad de la persona y la naturaleza de las cosas, a la Constitución Nacional y sus principios, a los tratados internacionales, a la ley formal y los reglamentos, a los precedentes administrativos” .” Por ello, es hora de sopesar el eventual nacimiento de la bio-juridicidad, una técnica jurídica que tomaría a su cargo –como principio fundante y ordenador- la integralidad del sujeto humano, su corporeidad, su racionalidad y, sobre todo, su dignidad intrínseca, para desde allí ... construir el vivir dignamente y el evitar morir, en tanto principio cardinal, situando aquellos valores como límite al poder y al ordenamiento en tanto garantías esenciales que no cabe sino reconocer inherentes al ser humano.”(Último ingreso: 4/11/2021). Pág. 10.

¹⁴⁴ PEREZ LOZANO. (2002). “*La función notarial creadora de derecho*”. La Plata. Revista Notarial N° 942. Colegio Escribanos Provincia de Buenos Aires. Pág. 437.

¹⁴⁵ Ley de Organización del Notariado. Provincia de Mendoza. Artículo 9.- El notario está obligado a prestar sus funciones toda vez que se le solicite salvo que, a su juicio, el acto para el cual hubiere sido requerido, fuere contrario a la Ley, a la moral o las buenas costumbres. ...”

“No debe olvidarse que el proceso es también el instrumento necesario para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho a la jurisdicción. ... La consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso se está ante el Estado actuando por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental” ¹⁴⁶.

Si hacemos un parangón del párrafo anterior de Andrea Meroi, en el Derecho Notarial podemos sostener que existe un proceso notarial, que es una herramienta, y se integra tanto en relación a las personas, como al notario: el estado actúa a través del agente notarial al que las personas tienen acceso inmediato y, a quien el CCC, reconoce como oficial público ¹⁴⁷, y lo equipara al funcionario público. El escribano debe prestar la tutela notarial y el ciudadano tiene derecho a requerirla.

El escribano es pues el funcionario público determinado por la ley habilitado para que las personas peticionen el ejercicio de sus derechos reconocidos en el sistema jurídico imperante, para que realicen su propio reparto de potencias, preparen las vías para que el reparto se pueda practicar conforme su derecho, formalicen sus adjudicaciones y obtengan una respuesta rápida y justa a su necesidad.

El proceso notarial es un instrumento o herramienta que el Estado pone a disposición de las personas, a cuyo efecto designa un oficial público: el escribano.

3. El proceso notarial: el escribano profesional de derecho o funcionario público

A fuer de ser reiterativos, no podemos eludir el tratamiento del carácter del agente que desarrolla el proceso notarial en este capítulo. Si bien hemos hecho referencia a las distintas posiciones que encuadran al escribano como funcionario o

¹⁴⁶ MEROI.” *El Derecho Procesal y ...*”. Óp. Cit. 132. Pág. 10.

¹⁴⁷De los artículos 290, 291, 292, 289,299 y cc. surge una clara equiparación en las normas que regulan la competencia de los funcionarios u oficiales públicos en razón del territorio, de la materia y de las personas. Se puede afirmar que para el CCC el concepto de funcionario y oficial publico resultan equiparados, y en ese género cabe el de escribano público.

como profesional del Derecho en el Capítulo I y en el Capítulo III apartado 2.i), es oportuno revisar los conceptos y exponer las visiones que del escribano se han verificado, sobre todo, institucionalmente.

Francisco Martínez Segovia ¹⁴⁸ definió la función notarial apoyándose en sus caracteres (función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificada, impuesta y calificada por la ley), en sus fines (procurar la seguridad, valor y permanencia de hechos y de derechos), en su objeto material (atender el interés jurídico de los individuos, patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en jurídicos, humanos o naturales), en las *operaciones de ejercicio* (interpretación, configuración, autenticación, autorización y resguardo) y en su medio subjetivo (función confiada a un notario).

Para Alberto Villalba Welsh, la función autenticadora es un servicio público. El Código Civil, dice este autor, “al legislar sobre la prueba de los actos jurídicos, instituye el sistema del instrumento público y de su especie, la escritura pública, guiado por la necesidad de asegurar la estabilidad de ciertos actos para los que, en diversas prescripciones, estatuye tal forma. Dado su carácter de necesidad colectiva, asume la calidad de servicio público impropio” ¹⁴⁹.

En 1948 el 1º Congreso Internacional del Notariado Latino proclamaba que “el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”.

En la XXII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1998 ¹⁵⁰ se alcanzaron las siguientes conclusiones: “El deber de colaboración

¹⁴⁸ MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco: (1961). “*Función notarial. Estado de la doctrina y ensayo conceptual*”. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). Pág. 21.cit en DI CASTELNUOVO, Franco. (2016). “*La tridimensionalidad del fenómeno notarial ensayo de una concepción integral*”. Córdoba. Ed. Revista Notarial Colegio de Escribanos Provincia de Córdoba. Pág. 101.

¹⁴⁹ VILLALBA WELSH, Alberto. (1945). “*El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional*”. Ed. Revista del Notariado N° 52. Colegio Escribanos Provincia Buenos Aires. Pág. 613.

¹⁵⁰ XXII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO. “Conclusiones”. Buenos Aires. 1998. Recupero: <https://www.colescba.org.ar/portal/images/recursos/jornadas/Congreso-Internacional-del-Notariado/XXII-Argentina-1998/conclusiones-tema-I.pdf>. (Último ingreso:6/08/2021).

que corresponde al notario para con el Estado deriva de la propia naturaleza de su actividad, en su doble o inescindible condición de profesional del Derecho a cargo de una función pública. Ello no obsta a que ese deber de colaboración que se le impone no deba regirse por los parámetros mencionados. El notario es un jurista habilitado para conferir autenticidad a los actos y a los contratos que firman las partes, para redactar los documentos en forma correcta y para aconsejar a las personas que le solicitan su servicio”.

El notariado europeo avanzó en los últimos tiempos en la definición de la función notarial auto percibiéndose como un servidor público. Es significativo escuchar a sus grandes voceros ¹⁵¹ e imprescindible atender a las nuevas declaraciones de la Unión Internacional del Notariado.

El Consejo General del Notariado de España define al notario expresando que “es un funcionario público del Estado que debe proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que promete la Constitución en su artículo 9º en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial. Al tiempo es un profesional del Derecho que ejerce en régimen de competencia” ¹⁵².

La UIN ha sistematizado en un cuerpo de normas los “Principios Fundamentales del Sistema de Notariado de Tipo Latino” y los “Principios de Deontología Notarial”¹⁵³, que según declara el propio texto “constituyen los textos básicos y estructurales de la UINL y de su cultura. Pero en cuanto estos textos tienen un carácter programático, se hace necesario desarrollarlos en un cuerpo legal articulado”. “El Código ha de servir al tiempo, como modelo legislativo de los países en su modelo de Ley”.

¹⁵¹ Hemos escuchado al notarialista español Miguel GARCIA COLLANTES en su Conferencia en ocasión de las XXXIII Jornadas Notariales Argentinas realizadas en Bariloche, Provincia de Río Negro, República Argentina, en noviembre 2018, revisar la clásica definición que todos hemos repetido durante años. En esa disertación García Collantes afirmó que el notariado ya se está planteando si en realidad no es una función pública a cargo de un profesional del derecho, y no a la inversa. Lo escuche nuevamente, a través de la plataforma zoom, en ocasión de realizarse las Primeras Jornadas Notariales Mendocinas en noviembre de 2019, en la que con brillantez e insistencia dijo: función de servicio, servicio, servicio.

¹⁵² CONSEJO NOTARIAL DEL NOTARIADO. España. Recupero. <https://www.notariado.org/portal/qui%C3%A9n-es-el-notario>. (Última entrada: 8/11/2021).

¹⁵³ UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. “*Principios Fundamentales del Sistema de Notariado tipo Latino*”, “*Función Notarial: El Notario y la función notarial*”. Recupero: <https://www.uinl.org/F/> (Última entrada: 7/11/2021).

Es justamente en esa proclama en donde la UIN afirma que el notario es de forma inescindible un oficial público y un profesional del derecho: Oficial público en tanto tiene una delegación de la autoridad del estado para conferir autenticidad a los documentos de su autoría, fuerza probatoria y fuerza ejecutiva. Profesional del derecho en tanto su ejercicio es independiente pero reglado.

El artículo 3 del “Código Deontológico” de la UIN afirma que “El Notario debe lealtad al Estado del que ha recibido una Delegación del Poder Público y ejercer con vocación de *servicio y dignidad la autoridad pública* que le corresponde. Como *oficial público* debe prestar su Ministerio cuando sea requerido para ello, disponiendo de los medios materiales y humanos necesarios o convenientes para el debido cumplimiento del Servicio Público que su función conlleva” ¹⁵⁴.

La pandemia de Covid 19, colocó a los Estados, las comunidades y, por lo tanto, también al notariado de tipo latino, en situación de definir y autodefinirse.

En España, en el Día Europeo de la Justicia (15 de marzo de 2020), se dio a conocer la siguiente instrucción¹⁵⁵: “la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en coordinación con el Consejo General del Notariado, ha dictado la Instrucción de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial”. En ella se expone que el servicio notarial es un “servicio público de interés general cuya prestación ha de quedar garantizada en todo el territorio nacional”. Asimismo, establece que, excepción hecha de supuestos de enfermedad y los establecidos en la legislación notarial, el notario no puede cerrar el despacho notarial al tener carácter de oficina pública.

Durante la vigencia en la República Argentina de las normas de Aislamiento Social Preventivo Obligatorio, la función notarial fue declarada actividad esencial, por decreto 291/20 y decisión administrativa 467/20 ¹⁵⁶.

¹⁵⁴ La cursiva nos pertenece.

¹⁵⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. “Instrucción Pública”. Recupero: <https://www.mjusticia.gob.es/en/ciudadanos/servicios-esenciales-justicia>. (Última entrada: 11/07/2021).

¹⁵⁶ JEFATURA DE GABINETE DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL. República Argentina. Decisión Administrativa 467/20: “Ampliése el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, en los términos previstos en el Decreto N° 297/20, incorporándose a la actividad notarial, cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales”

En el año 2003¹⁵⁷ ya nos cuestionábamos de la definición del notario “como profesional del derecho a cargo de una función pública”. El tiempo parece haber justificado ese cuestionamiento.

Fue el mismo notariado quien formuló las solicitudes que concluyeron con la declaración como actividad esencial; y el Estado comprendió la necesidad. Autopercibirse como esencial durante la pandemia importa el reconocimiento de deberes imprescindibles para la comunidad. Por eso sostenemos que tal autodefinición debe ser integrada, con las obligaciones funcionales.

Hemos expuesto una breve cronología de las definiciones que el notariado institucionalmente ha ido elaborando a través los últimos años. Las circunstancias históricas han sufrido modificaciones muy trascendentes en poco tiempo. Es evidente que el notariado ha ido modificando su autopercepción: el reconocimiento del carácter público de la función es tan ineludible como el de ser un buen jurista.

La función pública notarial, consiste en conducir el proceso notarial entendido como un instrumento para que las personas petitionen ante las autoridades: peticionar ante el notario, para ejercer los “derechos de reparto”, y para que se garantice la incolumidad de los mismos.

En ejercicio de su función pública, cumpliendo un servicio público, el notario conduce un proceso especial por lo que resulta útil hacer un análisis de la acción y la pretensión.

4. Características de la acción en el proceso notarial

En el desarrollo del derecho procesal como ciencia, el haber alcanzado la distinción entre la forma y el fondo, o sea entre la acción y la pretensión, habría implicado un verdadero avance. Utilizando algunas de estas conclusiones intentaremos dar un salto en el desarrollo del proceso notarial.

No forma parte de nuestra hipótesis de trabajo concluir que el Derecho Notarial está comprendido en el Derecho Procesal. Pero sí es conducente a nuestro esfuerzo utilizar conceptos o institutos de aquel derecho formal. Avanzaremos desde los puntos

¹⁵⁷ CARRASCOSA DE GRANATA Anahí. (2003). “Capacitación permanente obligatoria. Deber funcional del Notario”. Buenos Aires. Revista Notarial No 946. Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs.As.

de partida señalados por los procesalistas, a partir de aquella distinción entre acción y pretensión para aplicarla al Derecho Notarial.

Parafraseando el texto de Meroi respecto del proceso judicial, al que ya hemos referido y con el objeto de descubrir el contenido del que denominamos proceso notarial, formulamos la siguiente enumeración de características.

(i) Impulso del proceso notarial. Calificación de la pretensión.

Existen en el Derecho Notarial los conceptos de requerimiento y requirentes que ya están institucionalizados legislativamente en leyes provinciales (valgan como ejemplos los arts. 15, 30 y 74 de la Ley 3058 de Mendoza y arts. 124 y 178 de la ley 404 de Caba.). Toda persona puede instar la acción notarial, a través del requerimiento. Los artículos 300 y 311 del CCC utilizan estos vocablos con precisión.

El notario frustrará u ocluirá la acción instada según resulte de su primer acto procesal que será la calificación de la pretensión, - una primera aplicación del principio de legalidad que el funcionario debe respetar -. El requerimiento puede ser de una persona o de varias, puede ser de una de las partes de un negocio, pero deberá integrarse finalmente con todas las partes actoras o pretensoras si ello es necesario para configurar el acto. Hay actos en los que el objeto perseguido por el pretensor solo necesita de su manifestación de voluntad, hay actos en los que se requiere la manifestación de la voluntad de otras personas, y existen pretensiones en las que solo es necesaria la declaración o adveración del propio notario (actos de ciclo cerrado), sin perjuicio del requerimiento imprescindible (por ejemplo, certificados de estado de trámites, certificación de copia auténtica por el notario).

El requerimiento o rogatoria es al proceso notarial lo que la demanda es al proceso civil o la acusación al penal. No hay notario sin rogatoria como no hay juez sin actor, (*nemo iudex sine actore*).

(ii) Estructura: El proceso notarial es una estructura de obtención del reparto o de preparación para la obtención del reparto, según se trate de actos jurídicos o simples declaraciones o verificación de hechos. Esa estructura permite alcanzar el derecho pretendido.

(iii) Seguridad: La seguridad en el reparto en el proceso notarial se puede medir en términos de la idoneidad, imparcialidad e imparcialidad del notario. Este elemento resulta esencial en el proceso notarial. Si el objeto de este proceso es la tutela del ejercicio de derechos constitucionales de las personas, la calidad del agente que guía

el proceso debe ser garantizada, y el obligado a tal circunstancia es el Estado y los órganos del notariado. La alitigiosidad le interesa a la comunidad y, por tanto, es el Estado quien debe cubrir la necesidad, como lo debe hacer con la salud, la educación, la seguridad física, la resolución pacífica del conflicto, etc....

(iv) Corolario: finalidad del proceso. Se alcanza la adjudicación de derechos o el acto preparatorio para la adjudicación, en el proceso notarial, dentro de lo que llamamos relaciones autónomas o jurisdicción voluntaria: lo que referimos como la capacidad y el derecho de las personas de adjudicarse derechos o prepararse para que se le reconozca el derecho, sin necesidad de recurrir a las vías contenciosas o a los tribunales de justicia.

(v) Sistema de interpretación y adecuación. En razón de la actividad desplegada, el reparto se obtiene por el establecimiento de un sistema, de mutuos acuerdos, - no de controversia como en el proceso judicial -, de interpretación de voluntades y adecuación al sistema de adjudicaciones previstos en el ordenamiento jurídico. En este sistema cada parte expresa su voluntad, interpretada y adecuada por el notario.

(vi) Instrumento: se trata, pues, de un método, camino, medio o instrumento.

(vii) Acción: hay acción o actividad en toda la línea del proceso tanto del notario como de los requirentes, de suerte de posibilitar la audiencia definitiva en la que el o los requirentes consolidarán los repartos o la pretensión a los mismos.

4.1. Diferencias entre el proceso civil en sede judicial y el proceso en sede notarial

1.- “La pretensión”: La diferencia entre la pretensión del proceso judicial y la “pretensión” en el proceso notarial es que en la primera se busca ligar el pasado con el porvenir y en la segunda se busca ligar el presente con el futuro. En el acto notarial finalmente quedará fijado el presente.

2.- “La resolución: juicio u obra de tercero”: En el proceso judicial se alcanza una resolución obtenida de forma determinada, imparcial y por obra de un

tercero¹⁵⁸. En el proceso notarial se alcanza el objetivo también de forma determinada, guiada por un tercero, y frente a un tercero, pero la adjudicación depende de las partes o de la parte manifestante. La solución es producto de la voluntad del requirente, alumbrada y calificada por la intervención del escribano.

3.- La valoración y/ o adecuación a la ley por parte del tercero: estas tareas, a cargo del escribano son previas o simultáneas a la resolución alcanzada por los requirentes. La adjudicación o el reparto, no es producto directo del juicio del notario, sino de la manifestación de la voluntad de aquellos. Esta manifestación resulta de lo deseado por las personas, acompañadas de la información y argumentación del notario, a través de sus juicios de ciencia y conciencia.

5. El proceso de jurisdicción notarial

Según la primera acepción de la Real Academia Española jurisdicción significa poder o autoridad que tiene alguien para gobernar¹⁵⁹. Etimológicamente, proveniente del latín, *juris dictio* que se traduciría como ‘acto de decir el derecho’, compuesto de *jus*, *juris*: ‘derecho’, y *dictio*, *dictionis* ‘dicción, pronunciación’.

Podemos encontrar otros significados, por ejemplo: la facultad que se ejerce en forma de juicio sobre pretensiones o derechos contrapuestos de las partes litigantes. O la que refiere a la forma en que, “sin juicio contradictorio, el juez o tribunal da solemnidad a actos jurídicos o dicta ciertas resoluciones rectificables en materia civil o mercantil”.

De las muchas acepciones que se pueden encontrar la que se ajusta a nuestro estudio es la que refiere a la jurisdicción como la “función pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la declaración o realización del derecho y la tutela de la libertad individual y

¹⁵⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, (1955). “*La imparcialidad como principio básico del proceso («partialidad» y parcialidad)*”. Discurso de recepción del autor como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y norma”. Buenos Aires. Librería Jurídica. Buenos Aires. Pág. 133 y ss. Cit. por MEROI Andrea en “*El derecho ...*” Op.Cit.132. Pag. 45. “Para Briseño Sierra, lo propio del derecho procesal es alcanzar la resolución de los problemas jurídicos, pero no cualquier resolución ni obtenida en forma indeterminada, sino una resolución imparcial y por obra de un tercero”.

¹⁵⁹ RAE. Recupero. <https://dle.rae.es/?id=MeIW1By>. (Última entrada: 10/07/ 2021).

del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y paz social”¹⁶⁰. Esta acepción se ajusta a lo que la raíz etimológica de la palabra expresa con acierto: declaración y realización del derecho, para obtener armonía y paz social.

Si no hay diferencias irreconciliables entre las personas interesadas, el mejor modo de declarar y aplicar el derecho es que ellas mismas lo digan, lo apliquen y lo ejecuten sin necesidad de enervar al órgano judicial. Ya dijimos, Citando a Ciuco Caldani, que los repartos autónomos tienen superioridad “óptica” (por mayor posibilidad de desarrollo) y dialógica (por satisfacer la construcción de la justicia respetando a los interesados). Es por ello que entendemos *que la expresión de voluntad de las personas en sede notarial, es un ejercicio permanente de la jurisdicción voluntaria*.

Son justamente las exigencias a las que está compelido el escribano, (por principios, por normas de fondo y de forma, internacionales, nacionales, provinciales, municipales, y hasta de entes públicos no estatales), las que operan, además de las condiciones objetivas y subjetivas del agente, como tutela del ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La seguridad jurídica necesaria para alcanzar la justicia requiere de instrumentos que permitan alcanzarla. Uno de los instrumentos previstos para ese efecto por el Derecho es el instrumento público. Para que dicho instrumento goce de certeza, esta cualidad debe emanar del Estado mismo. Es allí donde aparece el escribano, oficial público al que el Estado le confía el desarrollo de un proceso, para alcanzar la elaboración y la autorización de los instrumentos públicos.

Pero tal delegación de confianza no opera caprichosamente. El agente, debe reunir condiciones que justifiquen la delegación y el agente oficial debe cumplir la función de modo orgánico y organizado.

5.1. La búsqueda de la justicia en sede notarial

¹⁶⁰ Jurisdicción, significado. Recupero: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-nacional-de-mar-del-plata/elementos-de-actuacion-profesional/jurisdiccion-y-competencia/12601543>.(Última entrada: 27/05/2022)

Ciuro Caldani habla de justicia y seguridad jurídica,¹⁶¹ y expresa: “Como valor, la justicia tiene tres despliegues: vale, valora y orienta”. “La valoración se refiere a un material estimativo que en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras”. “Dicho material estimativo significa que la justicia es una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como no podemos apreciarla cabalmente, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla produciendo seguridad jurídica”.

Corresponde al escribano, en cumplimiento del deber de valorar orientándose a través de criterios generales, encontrar el modo *satisfacer la pretensión en cada caso concreto*, en tanto no haya litigio. En cada caso se produce seguridad jurídica, y con ella la justicia aplicada fraccionadamente. Esto se logra a través de lo que llamamos proceso notarial.

El escribano recibe el poder, y con ello la obligación, de alcanzar la justicia en el caso concreto al que está misionado para actuar.

5.2. La justicia en el caso concreto. Instrumentos de la jurisdicción voluntaria. Previsión en el CCC

Como expresáramos, una de las acepciones de jurisdicción es la que la califica como la función pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial.

Otro concepto reza que la jurisdicción es “el poder-deber que tiene el Estado de aplicar justicia al caso concreto y nace desde el momento en que la sociedad decide realizar indirectamente el derecho en su actuación coactiva, eliminando la actuación directa de sus componentes. El Estado, como representante del grupo asume esa función, la que es puesta en actividad por medio de los órganos predispuestos, en nuestro caso, conforme al sistema representativo de gobierno”¹⁶².

¹⁶¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “*Mundo jurídico y “creatividad”*”. Rosario. Revista. Investigación y Docencia N° 39. Universidad de Rosario. Recupero. https://nanopdf.com/download/mundo-jur-dico-y-creatividad_pdf, Pag.69. (Última entrada: 8/11/2021).

O sea que, la sociedad decide realizar indirectamente el derecho, en su actuación coactiva cuando, a través del órgano predispuesto por el estado, confiere a determinados funcionarios (idóneos, imparciales e imparciales) el deber de resolver.

Con el mismo sentido, el Estado también tiene el “poder – deber” de permitir que la justicia se aplique en cada caso concreto, y que la sociedad realice directamente, - no indirectamente -, el derecho, sin necesidad de aplicación coactiva, y para ello también hay institutos predispuestos por la ley.

La ley confiere a las personas el derecho de ejecutar actos voluntarios lícitos (art. 259 CCC), posibilita la elección de las formas de expresión de voluntad (art. 284 CCC); instituye al instrumento público (art.289 CCC) al que confiere eficacia probatoria plena, (art. 296 CCC) y la escritura pública y actas como sus especies casi excluyentes respecto de cualquier otra (art. 299 CCC); establece, además los requisitos de ambas conformando un sistema de ineludible acatamiento. Todos los elementos subjetivos y objetivos delineados en estos artículos, entre otros determinados en el CCC, en leyes especiales (por ejemplo la emblemática Ley Registral 17801 o la ley 19550), y normas complementarias y, muy particularmente, en leyes provinciales de organización del notariado, son los que el Estado pone a disposición de las personas, para que practiquen sus repartos sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales de los Poderes Judiciales, con el fin de alcanzar la justicia en cada caso concreto.

Resulta, pues, que el reconocimiento de los derechos no se produce siempre y necesariamente por vía coactiva o en sede judicial. Por ello la valoración, para lograr el “fraccionamiento de la justicia”, y alcanzar seguridad jurídica es, no solo posible, sino en algunos casos imperioso y obligatorio, y en todos socialmente útil y valioso, que se practique en sede notarial.

La jurisprudencia ha dicho al respecto: “En el caso Louis Dreyfus y Cía, la Corte Suprema consideró que una información sumaria requerida ante el juez federal no se encontraba entre las causas enumeradas en el por entonces artículo 100 de la Constitución y dispuso que el conocimiento del caso correspondía a la justicia ordinaria. En esa ocasión se afirmó que “no se trata así de una causa propiamente dicha, en el sentido del artículo 100 de la Constitución, sino de uno de los juicios de jurisdicción voluntaria en los que, *como se ha observado, no hay cosa juzgada, ni litigio o contienda que deba decidir,*(la cursiva nos pertenece) sino un procedimiento que tiene por objeto el ejercicio de un poder tutelar o la conservación de un derecho

(Jofré, “Manual de Procedimiento”, 3ª edición, tomo III, página 302; De la Colina, “Derecho y Legislación Procesal”, II, página 427)”. Criterio similar había sostenido para rechazar la competencia originaria en diversas ocasiones ¹⁶³.

En ocasión de resolver sobre una acción declarativa incoada ante el Juzgado Civil N° 63, del Poder Judicial de la Nación, a efectos de que el tribunal se expidiera sobre la certeza del carácter propio de un bien inmueble, en razón de haberse omitido en la respectiva escritura consignar tal circunstancia, se desestimó la acción en razón de que el actor contaba, dentro del régimen normativo con los instrumentos necesarios para satisfacer su pretensión. El tribunal aseveró “que el proceso - conforme el molde propuesto por la actora - es inepto para lograr el fin perseguido por el proponente”. Agrega el fallo que “atendiendo a razones de celeridad y evitación de un inútil desgaste provocado por el dispendio jurisdiccional que se generaría” se resuelve desestimar in limine la acción intentada ¹⁶⁴. La solución a la pretensión en ese caso está prevista en el artículo 466 del CCC: el instrumento y la sede notarial son las vías útiles a tal fin.

5.3. Práctica alitigiosa de la justicia

Lo que el notario realiza en ejercicio de su función permite la práctica alitigiosa de la adjudicación de derechos y por tanto el desenvolvimiento de la jurisdicción voluntaria por parte de las personas. Cuando el requirente lo que pretende es la fijación de hechos, se adelanta en el ejercicio de su derecho de defensa, para hacerlo valer, en la solución de posibles conflictos ya sea por alguno de los modos alternativos a la sede judicial o, en ésta, si finalmente fracasan los anteriores.

¹⁶³ LAPLACETTE Carlos José. (2016).” *La jurisdicción voluntaria y el control de constitucionalidad*”. Buenos Aires. Ed. BdeF.. Recupero: <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/La-jurisdiccion-voluntaria-y-el-control-de-constitucionalidad-CARLOS-LAPLACETTE.pdf>. (Última entrada: 11 /07/ 2021). En esta obra el autor expresa que el mismo constituye, en lo sustancial, un extracto de su libro titulado “Teoría y práctica del control de constitucionalidad”.

¹⁶⁴ FALLO: Juzgado Nacional Civil N° 63. PJN. “Pugliese Rosana s/ acción declarativa (art 322 Cod Procesal)”. Autos 89310/2015. 22/12/2015. Resolutivo: único párrafo. Recupero: https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2022/04/fallo_pugliese_art_466_ccycn_juz_63_otro_formato.pdf. (Última entrada: 9/11/2021).

A este respecto dice Carlos José Laplacette, citando a Palacio¹⁶⁵: “Lino Palacio explica, con cita de Carnelutti y de Lascano, que la jurisdicción voluntaria es una función ajena al normal cometido de los jueces y tribunales de justicia, el cual consiste en la resolución de los conflictos o litigios suscitados entre dos o más personas. El hecho de que sean los jueces quienes, tradicionalmente, conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos, obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización”. En la misma obra el autor sostiene:” Ekmekdjian rechaza la posición de los autores citados, sosteniendo el criterio, al cual adherimos, de que para que la jurisdicción federal esté habilitada es necesaria la existencia de una contienda entre dos o más partes que sustenten intereses contradictorios... “. Estas apreciaciones coinciden, en algún sentido - por cuanto creemos que en sede notarial si se dice el derecho - lo que sostenemos. ¹⁶⁶.

El ejercicio de la función notarial está destinado precisamente, y tal como señala la cita del párrafo anterior, a cuestiones de índole jurídica – en toda la amplitud que lo jurídico contiene y que el escribano debe conocer-, que *no terminan normalmente en una contienda*: todo lo contrario, previenen el conflicto y pre constituyen prueba para acelerar las soluciones.

Lo que el citado autor analiza como características de la jurisdicción voluntaria es una descripción precisa de lo que hace el escribano: la comprobación y fiscalización previa y segura de actos realizados por particulares, y conservación y guarda de los documentos producidos, cuyos efectos son trascendentes para la vida de las personas y de la comunidad.

La expresión jurisdicción voluntaria es muy discutida. Los procesalistas discurren sobre si el poder judicial tiene o no función en la jurisdicción voluntaria.

¹⁶⁵ LAPLACETTE.” (2016).” *La jurisdicción voluntaria y el control de constitucionalidad*”. Buenos Aires. Ed. BdeF. Recupero: <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/La-jurisdiccion-voluntaria-y-el-control-de-constitucionalidad-CARLOS-LAPLACETTE.pdf>. Óp. cit. 163. Párrafo 2º.

¹⁶⁶ LAPLACETTE. “*La jurisdicción voluntaria...* “. Óp. cit. 165. Párrafo 13. “... mientras que los casos de jurisdicción voluntaria no implican el ejercicio de verdadera jurisdicción, ya que esa actividad está relacionada indisolublemente con la resolución de conflictos. Así como a los procesos sucesorios se los puede tramitar extrajudicialmente, en tanto no exista conflicto entre herederos o legatarios”

Rauek de Yanzón ¹⁶⁷ explica que hay “quienes admiten que la función jurisdiccional puede tener dos formas: jurisdicción contenciosa (relativa a conflictos o controversias) y jurisdicción voluntaria: ésta “no dirigida a resolver conflictos sino a satisfacer ciertos intereses particulares que incumben a la comunidad pero que pretenden ser desenvueltos por ciertos individuos que en una situación concreta tienen necesidad de convertirse en parte de ese interés”. Por ejemplo, agrega la autora: el discernimiento de tutelas o curatelas, autorización de menor para determinados actos.

En los procesos de jurisdicción voluntaria no hay pues cosa juzgada, ni litigio o contienda. Pero en ellos se visualiza el alcance de la justicia en el caso concreto.

Sabemos que muchos autores de la doctrina notarial no son proclives a la locución jurisdicción voluntaria. Algunos prefieren llamarla no contenciosa. En sede notarial no hay litis. Por tanto, siempre habrá, con mayor o menor agrado de las partes, acuerdo. Será acontenciosa, será alitigiosa. Pero lo trascendente es que es voluntaria porque son las partes quienes se adjudican o ejercen sus derechos, sin perjuicio de la autoría del documento que corresponde al notario.

La evolución social y jurídica en torno al ejercicio de los derechos humanos hace posible que el ejercicio de muchos de los mismos, antes sujetos a la “protección” del órgano judicial, sea entregado a los particulares, con la participación de un tercero imparcial e imparcial que garantice la seguridad de sus actos voluntarios lícitos.

CAPITULO V. El proceso notarial y las operaciones de ejercicio

1. Nacimiento del proceso notarial

Afirmado, como lo hemos hecho, que en sede notarial se adjudican derechos, se valora, se aplica el ideal justo, fraccionando la valencia justicia para alcanzar así seguridad jurídica, se presenta indispensable descubrir cómo ello es posible y por tanto defendible.

¹⁶⁷ RAUEK DE YANZON, Inés. (2016). “Derecho Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza. Perspectivas actuales”. Buenos Aires. Tomo I. Ed. La Ley. Pag.177.

Así como la resolución de las contiendas judiciales requiere del desarrollo de un proceso, la realización de los actos de los particulares con efectos trascendentes para la vida de las personas y de la comunidad, *y su comprobación y fiscalización previa y segura en sede notarial también requiere del desarrollo de un proceso*, que garantice el fin deseado, y que sea pasible de ser fiscalizado.

Trataremos en esta instancia de analizar la tarea concreta que realiza el notario ante la posibilidad o el efectivo requerimiento de autorizar un documento determinado.

Partiremos del objeto concreto para desde allí inducir una regla que pueda generalizarse. Emplearemos la categorización que hiciera Carlos Gattari, y que bien profundizaran Adriana Abella, Natalio Etchegaray y Gastón Zavala, entre otros notarialistas argentinos, de lo que el notariado ha dado en llamar operaciones de ejercicio. Ellas contienen descriptivamente las tareas prácticas y operaciones lógicas que ineludiblemente debe realizar el notario al cumplir su función, creación o argumentación jurídica destinada a prever y, a veces, solucionar el conflicto judicializado ¹⁶⁸.

Las llamadas operaciones de ejercicio son al proceso notarial, como las viejas normas de “procedimientos” dictados en las cátedras universitarias lo eran al proceso judicial según lo expresó Meroi, como ya citamos. A las normas de procedimiento se refiere esta autora al tratar las etapas históricas del derecho procesal. Cosola formaliza un comparativo semejante, con las antiguas escuelas de oficios notariales y los cuadernos o normas técnicas.

Del mismo modo que “el procedimiento” judicial no fue apreciado en su verdadera magnitud hasta que tuvo partida de nacimiento en 1903 con Chiovenda, y hasta entonces sólo era comprendido como una práctica que ni siquiera alcanzaba a tomarse en cuenta en las universidades, - según advirtiéramos anteriormente - creemos que el *proceso notarial que comprende, indefectiblemente, la jurisdicción voluntaria, ya tiene partida de nacimiento*.

¹⁶⁸ COSOLA, Sebastián J. (2013). “*Fundamentos del Derecho Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc. 2013. Pág. 40/57. “Todo esto se realiza en un ámbito de paz, y de ahí que la función notarial se diferencie totalmente de otras creaciones o argumentaciones jurídicas a las que estamos quizás más dirigidos a comprender desde las aulas universitarias, que definen o exponen las decisiones una vez acontecido el conflicto”.

El proceso notarial al que nos referimos es el producto de la historia de las tradiciones, de las leyes, de las doctrinas, de la jurisprudencia y, en fin, de los principios y valores desarrollados en nuestro país, en todo aquello que a la tarea del escribano refiera ¹⁶⁹.

El CCC en su artículo 301, recogiendo gran parte de esa historia prescribe que el escribano “*debe*” recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, *debe* calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente y hace una pormenorizada enunciación de prácticas exigidas en el acto notarial.

Este artículo y los siguientes, deben ser interpretados a la luz de las palabras de la doctrina autoral, que es abundante en la materia, y de la que tomamos las palabras de Orelle al expresar que “las garantías constitucionales se extienden en la especialidad de las funciones públicas, en la idoneidad moral y técnica de los agentes y de los procedimientos (en sentido amplio) en los cuales deben insertarse los actos públicos”. Agrega que “de omitirse algunos de los requisitos procedimentales se agravan garantías constitucionales y se incurre en arbitrariedad” ¹⁷⁰.

En sentido semejante encontramos la palabra de la Comisión Redactora en “Fundamentos” al proyecto CCC ¹⁷¹. Estos últimos refieren especialmente a que los “instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas” y solemnidades del propio acto público.

¹⁶⁹ Los artículos 1 y 2 del CCC nos indican cómo deben ser resueltos los casos y cuáles son las fuentes a las que se debe acudir, teniendo en cuenta la finalidad de la norma. Nos brindan criterios de interpretación, en coherencia con los “Fundamentos” de la Comisión Redactora que señalan que los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico.

¹⁷⁰ ORELLE José María “*Actos e Instrumentos* Óp. cit 118. Pág. 98.

¹⁷¹ En “Fundamentos del Anteproyecto de CCC la Comisión redactora expresó: El Escribano “debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente” por los siguientes motivos: (i) La intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular, ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferir legalidad, validez y eficacia a los mismos; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica, y sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detentan interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante el mismo (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes).”

Esas solemnidades indican que *existe un rito y que es función del escribano la custodia de las formalidades impuestas*, sin perjuicio de que habrá de tenerse en cuenta que, el excesivo rigor formal, puede desnaturalizar las ventajas que tiene accionar la jurisdicción en sede notarial: la libertad de los requirentes, el control de legalidad y legitimidad, la desburocratización de trámites, la inmediatez con el funcionario, el carácter profesional de éste, y la garantía de que el Estado ha investido en la función a quien sea idóneo al fin perseguido. Este último elemento requiere de un tratamiento analítico y desarrollo doctrinario que la doctrina autoral está llamada a dar.

Las descripciones de actividades prácticas notariales tienen origen en los usos y costumbres históricos del notariado, siempre contenidos en el respeto a la norma y la conducta prudente. Pero, el Derecho Notarial ha avanzado científicamente lo suficiente como para abordar y justificar con creces la identidad del proceso notarial.

Cosola ¹⁷² profundiza sobre lo que él denomina las fases –o requisitos- de la fe pública y aclara que estas fases están dirigidas al documento notarial. “Las mismas, son el medio para dar a las constancias allí contenidas la fe pública correspondiente en virtud de haberse cumplido ciertos pasos de manera armónica, coetánea y sucesiva en la conformación de las declaraciones y hechos que se vierten en su mismo seno”. Distingue, en relación a la fe pública la fase de la evidencia, la de solemnidad, la objetivación, y la coetaneidad de las dos primeras ¹⁷³.

Coincidimos en estas fases del documento con fe pública. Sin embargo, advertimos que *la evidencia y la solemnidad* se dan en la cúspide del proceso: en el acto notarial. Pero antes de llegar a él, cualquiera sea el tiempo que demande el proceso, hay una actividad del notario. Estas llamadas operaciones de ejercicio son la base sobre la cual se apoya nuestra tesis.

¹⁷² COSOLA, Sebastián Justo (2017). “*Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes* “. Tesis doctoral. La Plata. Repositorio Institucional Universidad de la Plata. Pág. 423. Recupero: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/72890>.. (Última entrada: 30/06/2021)

¹⁷³ COSOLA. Óp. cit. Pág. 423- 424. El Autor distingue en la fe pública y por tanto en el documento notarial: a) Una fase de evidencia, lo que significa que el autor del documento no tiene acto de fe, sino de conocimiento directo. b) Una fase de solemnidad, que califica como el rigor formal de la fe pública. c) Una fase de objetivación, en la que según el autor la dimensión acto debe alcanzar la dimensión papel, lo que coincide con nuestra opinión respecto de la cosificación del fenómeno notarial. d) Una fase de coetaneidad: el autor estima que las dos anteriores deben coincidir y producirse al mismo tiempo para ligar lo que la doctrina dio en llamar la unidad de acto.

Existe entonces un proceso notarial con carta de nacimiento.

1.2. Una visión de las tradicionales operaciones de ejercicio

Adriana Abella ha sostenido que la función de dar fe requiere del notario la ejecución de una serie de formalidades trascendentes ¹⁷⁴.

La misma autora citando a Bardallo, transmite que el quehacer del escribano es un “proceso formativo autenticante”. Agrega que la función notarial se actualiza en la forma auténtica en cuyo proceso de constitución hay etapas que se siguen en el tiempo y tienen relación entre sí. Enumera las etapas de ese proceso a las que la autora denomina calificación o categorización, legalización, legitimación, configuración, documentación, y autenticación ¹⁷⁵.

Carlos Pelosi afirmaba en 1980: “La técnica notarial consiste en los medios operativos de que se vale el notario para la eficaz realización de las tareas profesionales y documentales inherentes a su función y por consiguiente habrá técnica cuando las operaciones de ejercicio se realicen con la habilidad y pericia propias de nuestra capacitación, arbitrando en cada situación recursos de artífice, manejando con destreza los conocimientos teóricos, las soluciones doctrinales y jurisprudenciales y los resultados de nuestro estudio y experiencia” ¹⁷⁶.

Del pensamiento autoral que hemos expuesto rescatamos conceptos tales como *principios notariales, proceso formativo autenticante, formalidades trascendentes, medios operativos, técnica, capacitación, fases, etapas, audiencias*. A éstas, las audiencias, se las suele dividir en primera y segunda: el proceso que referimos tiene etapas, sin perjuicio de que en ellas se produzcan audiencias. La primera audiencia existirá, por cuanto de lo que se trata es de que el escribano oiga la petición y la atienda. Allí está el impulso, la prohibición de actuación de oficio. Pero el proceso no solo se compone de dos audiencias. En todo caso, las audiencias, o algunas de ellas, son fases esenciales del proceso.

¹⁷⁴ ABELLA, Adriana, (2005). “*Derecho Notarial, derecho notarial-responsabilidad notarial*”. Buenos Aires. Ed. Zavallia. Pág.82

¹⁷⁵ ABELLA. “Derecho Notarial ...”. Óp. cit. 180. Pág. 90.

¹⁷⁶ PELOSI, Carlos A. (1965). “*Técnica de la redacción escrituraria*”. Cuaderno Notarial 15. Buenos Aires. Ed. Universidad Notarial Argentina. Pág. 12.

Según la clasificación tradicional corresponderían a la primera etapa, las operaciones de calificación, legalización, legitimación, configuración y documentación. La segunda etapa, según la misma clasificación, contendría los actos de autenticación y autorización (que componen específicamente el acto notarial) y a posteriori la guarda y conservación del documento producido, según corresponda.

Gastón Zavala bajo el título de proceso constitutivo de la forma notarial ¹⁷⁷ refiere a las operaciones de ejercicio definiéndolas “como las etapas que el notario debe cumplir en el procedimiento dinámico de formación, hasta lograr la estructura total del acto notarial, constituido por el instrumento que absorbe su actividad y la de las partes”.

Zavala divide las operaciones en materiales o de fondo y formales. A las de fondo o materiales las agrupa en: calificación, legalización – a la que considera forma de validez–, y legitimación –a la que juzga como forma de eficacia –. Refiere luego a las operaciones formales que son, según el autor, la configuración, la autenticación y la autorización ¹⁷⁸.

Con semejanzas, las audiencias han sido descriptas por Baliero de Brundarena , citando a Sierz, en el comentario al artículo 300 y 301 del Código Civil Comentado editado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. SAJJ ¹⁷⁹.

La guarda y conservación de los documentos notariales, últimas operaciones previstas por la doctrina tradicional como operaciones de ejercicio, solo se cumplen con algunos de aquéllos. Algunos documentos, como por ejemplo los certificados autorizados por notarios o la certificación de fotocopias, por lo general no requieren de estas operaciones ni generan la obligación funcional respectiva, son actos de ciclo cerrado. Aunque nada impide, si el notario lo resuelve, que se proceda a su guarda y conservación. La documentación extra protocolar, conforme algunas legislaciones provinciales, prescinde de estas operaciones (guarda y conservación) por dos posibles razones: o porque están destinadas a una circulabilidad reducida y se agotan en un solo

¹⁷⁷ ZAVALA, Gastón. (2002). “*La forma notarial*”. La Plata. Revista Notarial N° 942. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Pág. 396

¹⁷⁸ ZAVALA. “*La forma...*” Óp. Cit. 177. Pág. 401.

¹⁷⁹ BALIERO DE BURUNDAREN Ángeles. (2015).” *Código Civil y Comercial Comentado*”. Dir. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso. Buenos Aires. Ed. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. SAJJ. Pág. 485. Recupero: www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado.Tomo_I. Artículos 300 y 301. (Última entrada 10 /07/2021).

uso, o porque no contienen manifestaciones de voluntad de partes y su contenido se puede reproducir con un proceso cognitivo del notario, tantas veces como sea necesario. Por ejemplo, una certificación de copia o certificación de contenido de un acta de libros de sociedad.

Aquellos actos que contengan una manifestación de voluntad, como permisos de manejo de vehículos o autorización de menores para salir del país, deben tener facción protocolar, aun cuando no sea por imposición legal: en caso de pérdida o destrucción del documento la obtención de la matriz implicará la prueba plena de aquella manifestación. De lo contrario solo existirá la prueba de que la certificación de la firma del manifestante fue solicitada, en el Libro de Requerimientos de certificaciones de firmas, pero no de la completividad de dicha manifestación.

El tema de las actas extraprotocolares está hoy, a la luz del CCC, discutido en la doctrina notarial. Un sector opina que, si la posibilidad de otorgar las mismas fuera del protocolo está prevista por la legislación local, ellas deben ser aceptadas y están comprendidas en el artículo 289 inc b) del CCC. Otro sector entiende que de conformidad al artículo 310 del CCC las actas deben cumplir los mismos requisitos que las escrituras, uno de los cuales es que se otorguen en el protocolo del Registro.

Nos enrolamos en esta última posición. Sin perjuicio de ello, es imprescindible la adecuación de las leyes locales a la prescripción del CCC evitando interpretaciones duales. Algunas de esas normas, las más modernas, ya no prevén ese tipo de actuación fuera del protocolo ¹⁸⁰.

2. Etapas del proceso notarial

Previo al otorgamiento del documento notarial, y en algunos casos también a posteriori, el notario debe seguir un proceso que se compone de etapas. Como ya dijéramos, no es nuestra previsión que el Derecho Notarial se enrole como rama del Derecho Procesal. Ha habido fuertes críticos a las posiciones de la doctrina notarial que afirman esa pertenencia: aseguran que la pretensión procesalista deviene de la influencia carneluttiana, así como la tendencia a analizar el documento desde la óptica de la prueba olvidándose de la forma.

¹⁸⁰Ley 404 de CABA.

No se debe olvidar el análisis del documento como forma porque ella es la que constituye la adjudicación de derechos, es la manifestación de la voluntad, es la transformación de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pero el documento es la prueba del derecho adjudicado, de la voluntad manifestada, de la transformación operada. Para alcanzar este producto es necesario cumplir el proceso.

La experiencia - que a través de este trabajo tratamos de verificar- nos indica que existe un proceso y que es bueno que así sea. Esto porque en él queda expuesta la mayor garantía para las personas en el ejercicio de sus derechos, porque el notario como operador del derecho poseerá mayores herramientas para alcanzar los valores buscados, y porque - ya dijimos - la denominación de operaciones de ejercicio, no resulta hoy suficiente para contener el bagaje de material socio-, normo - axiológico que puede y debe utilizar el escribano.

A esas etapas trataremos de describir y justificar a continuación.

2.1. Primera etapa

2.1.1. Requerimiento o rogatoria. Principio dispositivo. Iniciativa. Pretensiones

Todo proceso notarial se inicia a través de un requerimiento, también llamado rogatoria. Le está vedado al notario actuar como tal sin haber sido instado al efecto. Se trata, en todos los casos, de un proceso de instancia de parte. La función notarial debe ser estimulada, y se prohíbe la actuación de oficio ¹⁸¹.

En materia de derecho procesal civil este paso responde al principio dispositivo, entendido en la justicia civil como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material,

¹⁸¹ LEY 3058 de Organización del Notariado. Provincia de Mendoza. Artículo 4.- El notario sólo podrá actuar a requerimiento de parte.

impulso procesal, delimitación del thema decidendum, aportación de los hechos y aportación de la prueba” ¹⁸².

Tanto en el procedimiento notarial como en el judicial existen pretensiones, que constituyen el objeto el requerimiento ¹⁸³. La doctrina autoral en materia de Derecho Procesal, - ya lo dijimos-, alcanzó un gran avance cuando pudo distinguir la pretensión judicial (derecho material) de la acción judicial (derecho al reclamo de la pretensión).

En el proceso judicial es lo que el demandante pretende del demandado, pretensión de la cual depende un determinado bien de vida.

En sede notarial, el o los requirentes tienen, de modo inmediato - no esperando la decisión judicial - la intención de que se satisfaga la necesidad de un determinado bien de vida. Para que éste sea satisfecho puede resultar indispensable la participación, con voluntad, conciencia e intención de otra u otras personas o, puede bastar la sola voluntad, conciencia e intención del propio requirente (por ejemplo, en los actos de manifestación unilateral de voluntad, requerimientos de constatación de hechos, certificación de firmas, certificación de vida, actos de autoprotección, declaraciones no recepticias, apoderamientos).

En sede judicial se recurre al demandado cuando éste se niega o no puede satisfacer el bien de vida pretendido por la otra parte.

En sede notarial, el o los requirentes son quienes, a través de su manifestación frente al notario satisfacen mutua o individualmente su necesidad de bien de vida o preparan la vía para que los otros reconozcan el bien pretendido, pre constituyendo prueba. En sede notarial, el o los requirentes, satisfacen la necesidad sin recurrir a la ejecutabilidad obligada.

¹⁸²ENCICLOPEDIA JURÍDICA: Recupero: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-dispositivo/principio-dispositivo.htm>. (Último ingreso: 16/11/2021).

¹⁸³ “Pues bien, uno de los elementos de la pretensión es precisamente el objeto, que no puede estar dado sino por aquello que el demandante pretende del demandado, es decir, la conducta de éste que es buscada por aquél y de la cual depende un determinado bien de la vida. Y llevado ello al campo del derecho, podemos decir con Barrios que el objeto de la pretensión consiste en obtener en el plano de la realidad, lo prometido por la norma legal, es decir aquél bien de la vida que la misma le reconoce al pretendiente y que le sirve para satisfacer sus diferentes necesidades e intereses. Ocurre, sin embargo, que la pretensión procesal no sólo es jurídica, sino también judicial, ya que se ejerce ante un juez. En consecuencia, cabe distinguir entre un objeto mediato y uno inmediato de aquella” [Se ha atribuido a FIORENZA Alejandro el texto transcripto, en “*La esencia del procedimiento ejecutivo*” (2019), cuya cita aparece: Cita: MJ-DOC-13828-AR | MJD13828, pero nos ha sido imposible de recuperar].

Según Rodríguez Adrados ¹⁸⁴ el principio de rogación era de suma importancia en tiempos antiguos. El autor sostiene que ha perdido relevancia a la fecha salvo en los casos específicos de las actas notariales. Afirma que en las escrituras públicas no hay constancia documental de la rogación.

Por ello, pero con otro sentido, creemos que no es necesariamente un acto formal escrito. Sin embargo, hay que distinguir el requerimiento inicial, y el definitivo que queda expresado en el acto notarial en forma documental y precisa. “La importancia histórica de la rogación es cierta: nada puede escribir el tabelión sino rogado por las partes” afirma Rodríguez Adrados y agrega que en la actualidad “queda embebida” en el documento final. Pero el autor reconoce que tiene su efecto importante en la formación de la relación jurídica entre los rogantes y el notario.

El doctrinario español sostiene que el intento de dar trascendencia a la rogación proviene de una posición procesalista de quienes lo sostienen. Por el contrario, entendemos que existe una sede notarial y que en ella se desarrolla una actividad de jurisdicción voluntaria, de allí que valoricemos la idea del proceso, lo cual no convierte al Derecho Notarial en Derecho Procesal, pero si nos permite afirmar que en sede notarial se busca el valor seguridad y justicia del mismo modo que se busca en el proceso civil, una vez producido el conflicto.

2.1.2. Requerimiento: el derecho a peticionar a las autoridades

Hemos sostenido que la base constitucional del ejercicio la función notarial es el derecho de peticionar a las autoridades y de cumplir con lo que el derecho obliga o, gozar de lo que el derecho no prohíbe. Esta es la base constitucional del ejercicio de los derechos en sede notarial y *la justificación normo jurídica de la función notarial*.

También en sede notarial, como en la judicial, se persigue un derecho subjetivo, existe el derecho subjetivo a satisfacer la necesidad de un bien jurídico.

La audiencia de requerimiento o rogatoria - habitualmente llamada primera fase del proceso notarial - es un momento esencial en el proceso. Sin ella no hay enervamiento del proceso. Es esencial no solo por la prohibición de que el escribano

¹⁸⁴ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio. (2006). “*Principios Notariales*”. Madrid. El Notario del siglo XXI. N°7. Párrafo 4°. Recupero: <https://www.elnotario.es/132-hemeroteca/revistas/revista-7/2970-principios-notariales-0-7845801196848788>. (Ultima entrada: 10/03/2022).

actúe de oficio, sino porque del análisis de su contenido depende que el escribano pueda practicar el resto de las tareas que se le exigen. Es al proceso notarial lo que la presentación de la demanda es al proceso judicial.

El artículo 301 del CCC prescribe que “el escribano debe recibir por sí mismo” las declaraciones de las partes. Pero existe una diferencia entre el “primer acto del impulso en sede notarial” y la prescripción del artículo 301 del CCC. El artículo 301 se refiere expresamente a la manifestación de la voluntad en el momento en que se modifican las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes, o se fijan los hechos de modo definitivo: ese momento cúlmene se produce en el acto notarial.

El requerimiento inicial, ese enervamiento de la actuación, queda reflejado, y ratificado luego en el instrumento. Pero ha de advertirse que, de acuerdo con el tipo de acto notarial requerido, entre el requerimiento inicial y el instrumentado puede transcurrir un espacio de tiempo.

La doctrina procesal civil sostiene que la iniciativa, - para nosotros el requerimiento o rogatoria -, debe ser: expresa, precisa y no formal. Abella califica de modo semejante la rogatoria notarial.

La rogatoria notarial debe ser: a) pasible de ser probada por cualquier medio, aunque puede ser explícita o implícita ; b) precisa o precisable, por cuanto debe tener un objeto específico, aun cuando le quepa al notario calificarlo y encuadrarlo; y c) no formal, en razón de que no existe ninguna forma legal prevista, coherente con que debe probarse por cualquier medio, sin perjuicio de que en los actos protocolares y en los requerimientos de certificación de firmas, quede final y formalmente documentada. También en algunas actuaciones extraprotocolares, en las demarcaciones territoriales que las admiten, queda formalmente expresada la rogatoria

Avanzado ya el proceso y, una vez alcanzada la fase de materialización o documentación o redacción, todos los documentos protocolares contienen, explícita o implícitamente, el acto formal del requerimiento.

La obligación genérica es que el notario, cuando produce el documento, deje constar el hecho del requerimiento en forma expresa. Ello sin perjuicio de que, en algunos documentos notariales, como analizaremos, se pueda prescindir de esa constancia.

2.1.3. Casos de requerimiento implícito

Hay documentos notariales que contienen implícitamente el requerimiento: algunas certificaciones, certificados o las llamadas actas notariales sin compareciente.

Las actas sin compareciente se labran como consecuencia de un acto notarial anterior al que complementan, aclaran, rectifican, o se notifica, en el que está contenido el requerimiento.

En estos casos la fase de rogatoria puede insumir tiempo más o menos largo, o puede consistir en un muy breve acto procesal que se agota en la rogatoria y su inmediata satisfacción. Ya hemos mencionado, por ejemplo, la certificación de una fotocopia obtenida por el propio oficial público en la que asevera que la primera es reproducción fiel del original que ha tenido a la vista.

2.1.4. Procesos de ciclo abierto y de ciclo cerrado

Ello nos lleva a distinguir los procesos de ciclo abierto de los procesos de ciclo cerrado ¹⁸⁵. Estos últimos ocluyen en forma prácticamente simultánea a su apertura o al requerimiento. Sin perjuicio de lo cual el notario siempre habrá de adecuar socio-normo-axiológicamente el caso, argumentarlo y justificarlo, lo cual, a su vez justificará su actuación y por tanto adverará y autorizará.

2.1.5. Distintos tipos de requerimientos

Resulta necesario, por tanto, hacer algunos distinguos respecto de los requerimientos en relación a los siguientes documentos notariales:

1º) Los protocolares y los extraprotocolares. Estos últimos están contenidos en el inc b) del artículo 289 del CCC, y en algunas leyes provinciales de organización del notariado. Ambas tienen el requerimiento expresado en el instrumento, pero las últimas carecen de matricidad que permita su reproducción. Por ello su autorización debe ser limitada a casos de excepción.

2º) Las escrituras con contenido negocial de las escrituras – actas.

¹⁸⁵ ORELLE. “*Actos e instrumentos ...*”. Óp. Cit. 118. Pág.102.

3º) Las actas de constatación expresamente solicitadas a efectos de fijar un hecho del que pueden derivar efectos jurídicos, de las complementarias, subsanatorias o rectificatorias.

4º) Las certificaciones notariales de firmas, que tienen requerimiento formal a través de los libros de requerimientos, de otras simples certificaciones que participan de los caracteres de actos de ciclo cerrado y que, en general no requieren ser firmadas por el interesado. Se trata de una adveración de ciencia y conciencia del notario.

2.1.6. Requerimientos en documentos extra protocolares. Destinatarios

Existen documentos extra protocolares, como los señalados en los artículos 53 y 54 de la ley provincial mendocina 3058 o la ley 404 de CABA en sus artículos 95 y 96, (por ejemplo, la certificación de fotocopias, certificación de concordancia en contenido de copia con su original, expedición de ulteriores copias simples de matrices originales), en los que el notario no deja constar quien ha requerido su intervención. En éstos debe entenderse que el requirente es el portador del documento extra protocolar, quien lo exhibe o presenta a terceros en su propio interés.

2.1.7. Obligación de dejar expresado el destinatario del documento

La Ley Orgánica del Notariado de CABA, N° 404 prescribe la obligación de dejar expresado el destinatario de la atestación. Siendo ésta, en la materia, una de las leyes más jóvenes de la República Argentina deja expuesto un avance en este asunto, en busca de seguridad jurídica: por ello tal obligación debería ser adoptada en el resto de las jurisdicciones notariales del país. Aun cuando las leyes orgánicas no lo exijan expresamente, dejar constar en el documento quién ha sido el requirente del mismo, y el destinatario contribuiría a la seguridad en la circulación de los instrumentos notariales.

2.1.8. Requerimiento de certificación de firmas

En este caso el notariado ha avanzado en los últimos cuarenta años en el perfeccionamiento del proceso en aras a la protección de los derechos constitucionales de las personas.

Es común que estos procesos se agoten en una sola audiencia o dos. A los efectos de certificaciones de firmas el requerimiento sí es expreso y escrito: se asienta en el Libro de Actas de requerimientos de certificación de firmas, método de incoación de la actividad notarial ya institucionalizado en nuestro país.

Ese libro constituye un verdadero protocolo de actas de requerimiento de actuación notarial. Es un protocolo especial pre encuadrado, a diferencia del protocolo de hojas móviles, y con destino específico. En este proceso el requerimiento queda expreso, y por supuesto el resto de las actividades del proceso se cumplen en forma íntegra adaptadas a las necesidades y exigencias de cada caso concreto.

2.1.9. El requerimiento en actas subsanatorias, rectificatorias, o complementarias

Suele suceder que estas actas, en apariencia, no se realicen a requerimiento alguno. Son conocidas como actas sin compareciente. Sin embargo, ellas están relacionadas con un *acto notarial originante* del cual derivan. El notario las autoriza en cumplimiento del requerimiento formulado en ese acto derivador, al cual el “acta” accede para complementarlo, subsanarlo, rectificarlo, o notificarlo. En estos casos el impulso del proceso está implícito en el primer requerimiento expresado en la escritura a la que acceden.

Se trata de situaciones en las que el escribano está facultado y obligado a realizar todos los actos útiles necesarios para obtener el bien jurídico buscado. Incluso el notario, no solo tiene el derecho, sino el deber de incoar todas las instancias recursivas, administrativas o judiciales que fueren necesarias a tal efecto.

A diferencia del proceso judicial, si el notario advierte un error, debe rectificarlo o subsanarlo por sí, en tanto no vulnere elementos esenciales del acto y tenga acceso a documentación respaldatoria que avale la rectificación.

2.1.10. Instancias del requerimiento

Advertimos pues que hay dos instancias del requerimiento posibles de ser distinguidas en el proceso:

1) **el inicial**, que produce la apertura y estimula el quehacer del notario para avanzar en cada etapa previa a la producción del documento,

2) **el documentado** que el oficial asienta en el instrumento una vez que éste se produce.

Es en el requerimiento inicial del proceso notarial, o sea apenas abierta la vía notarial, donde cabe la primera operación de calificación. Esta actividad debe ser realizada por el notario inmediatamente sea incoado su servicio.

2.1.11. Aceptación del requerimiento. Calificación

Formulado el requerimiento el notario debe proceder a calificarlo. No podrá aceptarlo sin previamente determinar si lo solicitado está en la órbita de su competencia material y territorial, y si su actuación no está restringida en razón de las personas requirentes o partícipes del acto requerido.

a. Incompetencias Notariales. El rechazo del requerimiento: previsión de la invalidez

Cada una de las incompetencias notariales, tiene particularidades desde la óptica del Derecho Notarial. Regulan este instituto de modo especial el propio Código, en los artículos 291, 292, 293, y 1017 sustancialmente, y las leyes provinciales notariales. De la lectura que hacemos de ellos y de las opiniones autorales surge claramente la aplicación de la teoría de la apariencia en cualquiera de las limitaciones objetivas. Esa teoría se aplica, en defensa del instrumento, su circulabilidad y de la seguridad jurídica dinámica.

b. Rechazo del requerimiento en virtud de la restricción en razón de las personas

La restricción de la actuación notarial en razón de los parentescos es una aplicación del principio de imparcialidad ¹⁸⁶ e imparcialidad que impera en sede notarial ¹⁸⁷.

Nos detendremos en este tema porque, además de ser la primera actividad de calificación que practica el notario, ha sido objeto de intensos tratamientos por parte de la doctrina notarial a partir del análisis del artículo 985 del CCiv. y el actual artículo 291 del CCC. El último prescribe que es de “ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados”.

Abella hace un resumen de las distintas interpretaciones que se han formulado al respecto con anterioridad a la vigencia del CCC y menciona: “...Llambías, siguiendo a los comentaristas franceses, sostiene que se trata de una incapacidad relativa. Borda dice que es una incompatibilidad por interés directo o parentesco. Para Benseñor se trata simplemente de una prohibición legal o una incompatibilidad, semejante a la que tienen los notarios para el ejercicio del comercio o la abogacía. Carminio Castagno sostiene que la prohibición contenida en la norma no se dirige al órgano; se trata de una inhabilidad en concreto, el caso configurado es de ilegitimación del agente. ... Para Pelosi, la prohibición impuesta al notario por el artículo 985 del

¹⁸⁶ BENSEÑOR, Norberto Rafael. (2015). “*Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas*”. Buenos Aires. Ed. Revista del Notariado N° 919. Colegio Escribanos Ciudad de Buenos Aires. 2015. Pág. 14 (ene - mar 2015) / Fecha de publicación: 10/11/2015. “A diferencia de otros operadores del derecho que, en su desempeño, deben abogar por la parte a la cual representan, el notario debe mantener, estrictamente y durante todo el tiempo de la relación, una austera imparcialidad frente a todos y cada uno de los interesados en los actos o documentos en los que intervenga o participe. La imparcialidad consiste en una cualidad mediante la cual el agente mantiene una distancia equidistante entre todos los participantes del acto y, consecuentemente, puede aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de ellos”.

¹⁸⁷ COSOLA, Sebastián. FRONTINI Elba María de los Ángeles. (2017). “*Cuestiones en torno a la interpretación del artículo 291*”. Ponencia en Jornadas de Derecho Civil. La Plata. Universidad Nacional de la Plata. Pág. 2. Recupero: “Jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Frontini-Elba-María-de-los-Ángeles-y-Cosola-Sebastián-Justo-Comisión-10.- (Última entrada: 25/06/2021). “*El art. 291* viene a dejar en claro, entre otras cuestiones relevantes, la actualización de la posición del sujeto en la familia y con ello, los alcances y los efectos que pueden causar las determinadas autorizaciones de instrumentos. Se protege así entonces -y de manera jurídica y ética- al mencionado principio, tantas veces aludido por la doctrina en general -y por la notarial en especial-al momento de efectuar una exposición del concepto de elaboración notarial del derecho destinada a plasmarse en el documento previa tarea de calificación notarial “.

Código Civil, fundada en el principio de imparcialidad, es un supuesto de incompetencia por razón de las personas”¹⁸⁸.

En la XXI Jornada Notarial Argentina llevada a cabo en la ciudad de Córdoba, del 7 al 9 de agosto de 2014, se concluyó, (refiriéndose al art. 985 del código velezano), “La norma exige un interés personal, que deberá ser relevante e inmediato, para que opere la invalidez”¹⁸⁹. Relle ha opinado que, la determinación de que el interés es suficiente para tipificar la prohibición del art. 985 (CCiv)., “es una cuestión de hecho que habrá de evaluar el juez”¹⁹⁰. Por su parte Benseñor ha expresado que “para sancionar de invalidez, el acto cuestionado, como relación de causa a efecto, debe cumplirse con la condición, inexcusable, de que el interés en juego debe ser directo ... siempre debe efectuarse una apreciación estricta de la existencia del interés, eliminando como determinativos de su presencia los posibles afectos o estimas. Esta conclusión se fundamenta, ciertamente, por cuanto la interpretación de una norma de esta naturaleza tiene que reposar en criterios objetivos”¹⁹¹. J.C. Carminio Castagno hace un análisis del concepto de órgano” y de agente para afirmar que de lo que se trata es de una incapacidad de este último. El interés y el parentesco, dice este autor, “sólo pueden adscribirse al individuo, jamás a la institución.” ... “Siendo la imparcialidad uno de los valores que deben presidir la actuación de todo oficial público, lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del sujeto titular de un órgano competente todo asunto en que sea dable sospechar que aquel principio pueda no ser observado con estrictez”¹⁹².

¹⁸⁸ ABELLA, Adriana. (2015). “*Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*”. Puebla. Revista IUS versión impresa. Rev. IUS vol.9 no.36. Acápites 6 Incompetencias en razón de las personas. Párrafo 5. Recupero: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200359. (Última entrada: 10/07/2021).

¹⁸⁹ ARMELLA, Cristina. (1998). “*Tratado de derecho notarial registral inmobiliario*”. Buenos Aires. Ed. Ad-hoc. Tomo I. Pág. 145.

¹⁹⁰ ORELLE José María. (1988). En “*Código Civil y leyes complementarias*”. Dir. BELLUSCIO Augusto, Tomo 4. Buenos Aires. Ed. Astrea. Buenos Aires. Pág. 512.

¹⁹¹ BENSEÑOR. “*Prohibiciones ...*”. Óp. cit. 186. Pág. 185.

¹⁹² CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. (s.f.) “*Teoría General del acto Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Pág.57-58. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/42675.pdf>. (Última entrada: 11/07/ 2021).

Mariela Gatti ¹⁹³ al respecto dice: “Sin perjuicio de establecer un principio genérico tendiente a dirigir la correcta conducta del funcionario público, y más allá de la valoración personal que queda reservada a la conciencia del sujeto y que determinará su comportamiento, la norma jurídica debe necesariamente regular situaciones determinadas para imponerles consecuencias. En ese orden de ideas, el art. 291 exige la presencia del interés personal como supuesto de hecho, esto es, como condición esencial para que se produzca el efecto jurídico previsto”.

Doctrinarios noveles, como Cosola y Frontini , han opinado que: “La referencia al interés personal debe considerarse como directo, objetivo y económico, con virtualidad suficiente para afectar lo que se considera como actuación imparcial del oficial autorizante”. “..., la norma jurídica ... establece una presunción absolutamente objetiva: los grados de parentesco implicados en la misma suponen un quebrantamiento de la regla jurídica y ética de la imparcialidad”. (Óp. cit. 187 pág. 2-y 5).

No podemos obviar en este punto la especial referencia a la opinión de Alberto Villalba Welsh expuesta en 1964. La valía de sus párrafos aparece como crucial en el hodierno lo que justifica su transcripción: “... sujetándonos a la experiencia sería más propio llamarla incompetencia” ... dado el hecho evidente de que solo excepcionalmente el oficial tiene prohibido de actuar respecto de determinadas personas; la regla es que en su territorio y materia no se den restricciones. Agrega que la inquietud propia del notariado de preservar el principio de imparcialidad ha llevado a entender la prohibición legal a casos no expresamente previstos. Vale decir que la prohibición que era de carácter individual se personalizó en el Registro como unidad institucional” ¹⁹⁴.

Explica Villalba Welsh en su ponencia que la extensión de la prohibición a todos los notarios que actúen en el mismo registro (titular, adscriptos, sustitutos) se basó en la supuesta subordinación a la que estaba sometido el adscripto.

¹⁹³ GATTI, Mariela. (2014). “El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación”. Buenos Aires. Ed. Revista Notarial N°978. Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires. Pág. 896. Recupero: https://www.colescba.org.ar/comunicaciones/epub/imagenes/Revista_Notarial978-Colegio_de_Escribano.pdf. (Última entrada.: 20/06/ 2021).

¹⁹⁴ Cfr. VILLALBA WELSH, Alberto. (1964). “Incompetencia en razón de las personas. Extensión recíproca dentro del registro notarial”. Buenos Aires. Revista Notarial. Buenos Aires. 1964. Pág. 2065. [Obra consultada en la Biblioteca del Colegio Notarial de Mendoza].

Más recientemente, y en expresa alusión al artículo 291 del CCC, Benseñor ha expresado que “lo mismo debe ser aplicable cuando se pretende extender las prohibiciones del art.291 establecidas para el notario autorizante, al registro del cual es actuante, proclamando que éste último es una unidad. Sobre este aspecto, ..., puede afirmarse que los actos no son inválidos, porque la invalidez afecta sólo al escribano y no al registro en que actúa, cuya mención no ha sido efectuada por el art. 985 del Cod. Civil ni tampoco en el actual art. 291 del CCC “¹⁹⁵. El argumento de subordinación usado para fundar la extensión de la restricción, que es de naturaleza objetiva, a todos los notarios que actúan en un mismo registro no es acertado. Si un funcionario público actúa con restricción a su libertad funcional por subordinación a otro - cuando la ley determina la plenitud de su función - estaría violando su deber funcional. Tampoco el titular estaría a derecho si mantuviera al adscripto bajo su poder de decisión, subordinándolo. Esta concepción atenta contra la institución de la adscripción en sí misma e implica un prejuicio respecto de la ejemplaridad y eticidad funcional de los titulares de registro. Ni el adscripto, como agente público, puede aceptar subordinaciones a la hora de ejercer su función aceptando imposiciones, ni el titular obligar a sus adscriptos a otorgar actos que pueden padecer de observación. Cuando el Estado inviste a los notarios como agentes públicos lo hace sin discriminar facultades ni deberes para unos y para otros. El fundamento de la subordinación es irrazonable porque violenta la investidura notarial. Sin perjuicio de ello no encuentra sustento en la norma positiva.

El legislador, como gran repartidor de potencias e impotencias, generó una impotencia afectando las potencias acordadas al funcionario público: restringió su actuación cuando él, su conviviente o determinados parientes, específicamente determinados por la ley, estuvieran involucrados en los negocios o actuaciones pasados en su presencia, y en tanto estas personas o el mismo escribano estuvieran personalmente interesados. Conjeturó el legislador que en estos casos el agente público, más allá de su voluntad y tal vez aún sin percibirlo, podría actuar

¹⁹⁵ BENSEÑOR, Norberto. (2015). “*La problemática del art. 291 del Código Civil y Comercial de la Nación con relación a las personas jurídicas*”. Buenos Aires. Ed. Revista del Notariado N° 919. Colegio Escribanos Ciudad de Buenos Aires. 2015. Pág. 41. Recupero: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDN919_pdf.pdf (Último ingreso: 23/05/2022).

parcialmente. Protegió a las personas, al propio funcionario eximiéndolo de actuaciones forzadas por los vínculos, y a la circulabilidad de los documentos notariales.

Haciendo un análisis interpretativo, si el legislador hubiera querido ampliar la restricción a otros agentes públicos ligados entre sí por el vínculo de la adscripción, podría haberlo hecho y no lo hizo. Se comprende que Vélez Sarsfield no lo previera en razón de que, al legislar, la institución de la adscripción notarial no existía. Pero al año 2014 en que se sancionó la ley 26994, ya tenía más de sesenta años de conocerse. Aun así, no fue incluida en el precepto legal. El criterio de la restricción debe ser objetivo. De ser subjetivo todo documento notarial podría ser atacado por parcialidad del agente: razones de amistad, vecindad, empatías, o antipatías, serían suficientes para poner en duda su certeza. La apreciación subjetiva de la restricción atenta contra el sistema de la plena fe del instrumento.

La norma no puede interpretarse extensivamente, por cuanto prescribe una restricción, ergo su aplicación es de carácter restrictivo, sólo aplicable al agente público autorizante del acto; la invalidez es de carácter relativo ya que, por defender el principio de la imparcialidad, no se puede menoscabar el principio de la seguridad jurídica, perjudicando el tráfico. Requiere, además, de decisión judicial en virtud del artículo 383 del CCC que prescribe que toda nulidad debe sustanciarse.

No podemos concluir el tópico sin volver a las palabras de Villalba Welsh¹⁹⁶ por cuanto, quienes defienden la extensión de la restricción, incluso en publicaciones recientes, citan a este autor para avalar esa posición. Por el contrario, no ha sido esa la postura del maestro mendocino. Villalba Welsh distingue el deber ético de imparcialidad de la restricción legal impuesta, y se funda en frases que textualmente dicen: “ todo lo que no está prohibido está permitido”, “toda limitación debe interpretarse con criterio restrictivo” · “el artículo 1037 - Cciv - niega a los jueces el poder de declarar otras nulidades del acto jurídico que las que el Código prevé”, “en caso de duda debe estarse a favor de la validez ya que es más grave el daño que se produce por la anulación de un acto jurídico que por su subsistencia”, y se pregunta “¿puede fundarse en una mera probabilidad una prohibición legal?” Por todo ello, extrapolar las restricciones personales y objetivas en razón de las personas, al Registro

¹⁹⁶ Cfr. VILLALBA WELSH. “Incompetencia en razón de las personas... Óp. cit. 194. Pág. 193.

Notarial, como institución u órgano, es incongruente: un órgano no tiene familia ni interés personal.

Teniendo en mira el proceso notarial el notario, en cada caso, habrá de revisar todas las ópticas sociológicas, nomológicas y axiológicas que hemos expuesto previo a su intervención a fin de garantizar los derechos de sus requirentes y la validez del documento a autorizar.

c. Competencia en razón de la materia

Apenas formulado el requerimiento, merituada la carencia de restricciones previstas en el artículo 291 del CCC, el notario habrá de expedirse sobre su competencia material. Ésta parece de fácil aprehensión. Sin embargo, las nuevas incumbencias operadas a partir de la aplicación de principios generales del derecho, y la específica ampliación que ha producido el CCC, previo a manifestarse incompetente, el notario habrá de realizar un análisis en cada caso concreto.

Gordillo ha definido la competencia en razón de la materia del órgano administrativo como la que se “refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos”.

El notario como oficial público tiene atribución respecto de los asuntos que le están específicamente asignados por el derecho de fondo, y por las leyes provinciales, sin dejar de tener en cuenta que los principios generales de derecho permiten ampliar atribuciones otrora impensables, como la comparecencia de menores en sede notarial, los actos de autoprotección, las actas de notoriedad (típicas en el derecho español), notificaciones judiciales, procedimientos de desalojo, registración de títulos valores de libre creación, la designación de intérpretes en caso de documentos redactados en idioma extranjero.

El derecho informático obliga al notario actual a investigar cuáles áreas de su competencia podrían quedar incluidas o no, y de qué forma, a partir de la aplicación de las nuevas tecnologías.

Hay asuntos de carácter judicial y/o administrativo, que están excluidos de la materia notarial, algunos por la naturaleza de los hechos de los que dan cuenta

(certificado de nacido vivo, por ejemplo), y otros por decisión de los grandes repartidores de potencias e impotencias.

El casamiento y el divorcio, o el desarrollo del proceso sucesorio no contradictorio, es competencia material del notariado en muchos países cuyos sistemas jurídicos son semejantes al nuestro ¹⁹⁷. El Derecho Notarial comparado nos permite analizar y revisar algunos de los límites impuestos a la materia del notario en la legislación argentina. La intervención notarial en materia de procesos sucesorios carentes de conflictos, por ejemplo, ha significado en varios países de Europa y de América, un crecimiento de externalidades positivas que exige de nuestro país una revaluación del tema en vistas al interés general ¹⁹⁸. La sede notarial, en la que sostenemos se ejerce la jurisdicción voluntaria, es conducida por un oficial público, que está compelido por el proceso. Por ello resulta un *espacio eficiente tanto para la declaración voluntaria de derechos* (como el casamiento o el divorcio no contradictorio) *como para la declaración de derechos ya adjudicados por las leyes de fondo* que solo requieren para su institución del control de legalidad y legitimidad de los antecedentes que justifiquen la adjudicación legal (como el proceso sucesorio sin conflictos). En fin, la competencia en razón de la materia está en permanente transformación, y exige del notario capacitación destreza, y especialización en determinados tópicos- derecho sucesorio y derecho de familia, derecho empresario, - a la hora de definir su intervención.

¹⁹⁸ Variada doctrina autoral se expresa al respecto. Sirva a modo de ejemplo: “*El derecho de sucesiones en Iberoamérica tensiones y retos*” PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. coordinador, con participación de BUSTAMANTE Emilia, OYAGUE, CHIKOC BARREDA Naiví, CÓRDOBA Marcos M., LOHMANN LUCA DE TENA Juan Guillermo, PANADERO DE LA CRUZ Ediltrudis, Montserrat, PEREÑA VICENTE Mauricio, TAPIA RODRÍGUEZ SOLARI Néstor E., ZAVALA Gastón Augusto. Recupero en https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429015935_elderechodesucesioneseniberoamerica.pdf. (Última entrada 4/03/2022).” No menos revelador también lo es la tendencia que existe en el Derecho Iberoamericano hacia la desjudicialización de las sucesiones, en lo que el notario ha tenido un papel protagónico, reforzado por su probidad moral e intelectual. La tramitación del título sucesorio ab intestato ante notario y la partición en sede notarial se ha extendido por una buena parte de nuestras naciones, con más logros que desaciertos. Y en ello ha ganado tanto la seguridad como la celeridad jurídica. El acta de notoriedad, en función de la declaración de heredero ab intestato, se ha convertido no solo en medio de prueba de la delación hereditaria, sino también en título de legitimación, con acceso a un Registro ad hoc, dotado de garantías formales y materiales (endógenas y exógenas), bajo el manto que cubre la fide pública, no obstante, hay naciones como Argentina, a modo de ejemplo, en la que existe un fuerte enfrentamiento doctrinario sobre el tema ...”.

c.1.Competencia exclusiva y excluyente.

La doctrina ha sostenido que la competencia material se determina por exclusión y por inclusión. Se da por exclusión, todo lo que no esté asignado a otro funcionario público, y por inclusión todo aquello que específicamente determina el Derecho.

El artículo 289 del CCC atribuye, prácticamente con exclusividad, al escribano el poder de otorgar instrumentos públicos. Por tanto, quedará comprendido en la competencia material del escribano ¹⁹⁹, todo acto en que la ley, exige la forma específica de instrumento público o, cuando aún sin prescripción legal, las personas requieren de fe pública en ejercicio de su derecho de otorgar actos jurídicos o en razón de su necesidad de dejar asentada una pretensión pre constituyendo una prueba.

Sin perjuicio de la base constitucional y de los principios generales ya enmarcados, son los artículos 1017 y 289 del CCC las normas fundantes de donde se desprende la competencia en razón de la materia del notario y por las cuales queda excluida la competencia de cualquier otro funcionario ²⁰⁰.

Respecto del tema Carminio Castagno ha sostenido que solo son instrumentos públicos los mencionado en los incisos 1º) y 2º), negando ese carácter a los instrumentos señalados en el inc. 3º) del artículo 289. El autor solo reconoce esas facultades al funcionario o funcionarios que ejercen facultades “factidiccionales”, negándolas a otros funcionarios que emiten actuaciones judiciales o administrativas. Respecto del primero ha comentado bajo el título de “Autoría de un oficial público: entendido como el funcionario investido específicamente de la función “factidiccional” (potestad de declarar hechos por él sensorialmente percibidos, con autoridad de fe pública)”, que el Código Civil y Comercial menciona correctamente, en su artículo 2646, verdaderos oficiales públicos ante quienes puede formalizarse un

¹⁹⁹ECHAIDE, María. (2020)” *Competencia material y territorial del escribano a través de la historia*”. Buenos Aires. Colegio Notarial de la provincia de Buenos Aires. Revista Notarial. N° 937. Párrafos 2-3 y Apartado 7. La competencia del escribano en el siglo XXI. Párrafo 3. Recupero: https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2020_07_02_Revista-Notariado-937.htm. (Última entrada 11/07/2021).

²⁰⁰ ABELLA “*Instrumentos públicos...*” Óp. Cit. 188. Apartado 5. Requisitos de validez párrafo 10. [s pag.] (Última entrada: 3/03/2022).

testamento (escrito) hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en nuestro país”²⁰¹.

El artículo 1017, cuya transcripción hemos desarrollado en la página 29, formaliza una enumeración de actos que deben ser realizados por escritura pública, constituyendo una base para analizar la competencia material del escribano. La doctrina es conteste en que se trata de una determinación meramente enunciativa.

Por su parte las leyes notariales consagran lo propio. La ley 3058 de la provincia de Mendoza regula esta competencia en su artículo primero, enunciando las tareas comprendidas en la función.

La competencia asignada por el artículo 1017 es exclusiva y excluyente y, si se advierte la cantidad de actos jurídicos que quedan comprendidos en cada uno de los incisos, se apreciará la expansión de la competencia material en sede notarial. El propio artículo en su inciso d) prescribe que deben otorgarse por escritura pública: “... los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública”.

A éstas habría que incorporar competencias no excluyentes: la materia testamentaria y sucesoria en general, la materia de ejercicio de actos personalísimos cada vez más avizorada para su ejecución en sede notarial, la intervención en materia de automotores, aeronaves, y buques, y otras impuestas por normas tributarias nacionales, provinciales y municipales o distritales, las ligadas a las tareas de colaboración con el Estado en materia de protección del tráfico y lavado de dinero, y regularización dominial, o las determinadas por el artículo 1850 en materia de títulos valores, o las que emergen de las prescripciones, en relación a la ejecución hipotecaria privada, de la ley 24441.

La actividad notarial en relación a las actas es tan amplia que el notario se ve obligado a indagar y conocer, no solo los institutos del derecho civil y comercial, sino laboral, tributario, previsional, y hasta penal, para definir el área de competencia que le está permitida y la que le es vedada. El escribano debe además conocer

²⁰¹ CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. (2016). “Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial”. Revista del Notariado N° 924 (abr - jun 2016) Apartado 2.2. *Instrumentos públicos*, Párrafos 1-3. Publicado: 2016-11-07. Recupero: <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2016/11/algunas-omisiones-en-el-codigo-civil-y-comercial/>. (Último ingreso: 7/06/2022).

ineludiblemente la materia que le está vedada, ligada esencialmente a aquellos actos solo disponibles para la administración pública o para sede judicial.

La competencia material vista a través de la historia nos permite advertir cómo, las circunstancias de tiempo y lugar, generan permanentes modificaciones conforme a las necesidades de las personas y de la comunidad, siempre cambiantes.

Percibimos, en el notariado internacional, una ampliación de la intervención notarial relacionada con el ejercicio de los derechos de los vulnerables, de la protección del medio ambiente, de las funciones y servicios requeridos por los estados de ineludible cumplimiento en tanto agentes públicos, y del ejercicio de derechos y libertades individuales cuya satisfacción no encuentra respuesta eficiente en otros órganos o éstos requieren de la complementariedad de la función notarial.

d. Rechazo de la rogatoria por incompetencia en razón del territorio

La competencia territorial es aquella que se ejerce sobre determinada demarcación. Refiere al ámbito espacial dentro del cual el escribano está autorizado a ejercer sus funciones, teniendo prohibida la extralimitación de la misma. Es un límite al ejercicio de la función más allá de determinada demarcación o territorio. Abella y Regis la definieron como el “límite de ejercicio de la función pública en un ámbito geográfico”²⁰².

El artículo 7 de la Constitución Nacional estatuye la entera fe, a nivel nacional, de los actos públicos y de los procedimientos judiciales, cualquiera que sea el lugar donde se hayan autorizado y reconoce la facultad del Congreso para dictar leyes generales que determinen cuál será la forma probatoria de esos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán.

Por tanto, la CN reconoce la plena fe de los actos públicos en todo el territorio nacional y la facultad del Congreso Nacional de establecer la *forma probatoria* de esos actos. El Congreso Nacional, a través del artículo 296 del CCC, reafirma el precepto constitucional estableciendo la plena fe (forma probatoria) del instrumento público respecto del acto auténtico, el que sólo es posible de ser discutido por querrela de falsedad, y la inversión de la carga de la prueba respecto del acto autenticado; y en el

²⁰²ECHAIDE, María.” *Competencia material ...*”. Óp. Cit.199. Párrafo 3.

artículo 293 reafirma el concepto del artículo 7 de la CN en tanto los instrumentos públicos se hayan extendido conforme las prescripciones del Código. Este esquema es completado por el artículo 290 que exige como requisito de validez del instrumento público la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella (haciendo aplicación de la teoría de la apariencia) , y por el artículo 300 del CCC que delega, en cada ley local, la facultad de reglar todo lo relativo al soporte material sobre el que quedarán fijados los actos notariales.

El principio general, acorde con las prescripciones constitucionales, está fijado por el artículo 290: es requisito de validez del documento notarial el respeto a la competencia territorial del escribano. Cumplido este requisito, - entre otros fijados por la ley de fondo y las reglamentaciones locales -, el documento tendrá los mismos efectos en todo el territorio nacional.

Durante el régimen de la legislación de Indias esta competencia se determinaba de acuerdo a la clase de notario, y conforme a la materia que le competía, previendo que el escribano conocía a sus vecinos. Según la extensión de su competencia material se determinaba su competencia territorial y, en consecuencia, determinadas materias solo correspondían a notarios cuya competencia territorial era estrecha en razón de la necesidad de conocer a los vecinos. Hoy, en que la institución de la fe de conocimiento se puede sustituir por la justificación de identidad, aquel argumento no resulta el fundante de esta incompetencia.

Debemos señalar que algunos autores están considerando como sustanciales, en las actuaciones virtuales notariales, el conocimiento personal de los participantes de la audiencia virtual, con lo cual la extensión del espacio de la intervención notarial, podría estar generando una redefinición y revalorización del precepto de la fe de individualización o de conocimiento previstos en el artículo 306 del CCC.

La incompetencia en razón del territorio, encuentra fundamentación en la necesidad de fiscalización y control del ejercicio funcional dado que la potestad notarial se ejerce por delegación estatal. En nuestra provincia, la ley 3058 expresamente determina, que los registros notariales son de propiedad del Estado. En consecuencia, los órganos de super intendencia del notariado, - sea que esta facultad corresponda a un órgano administrativo o a uno judicial -, y en virtud de las facultades

no delegadas de las provincias a la Nación, aquéllas deben ejercer el control de las matrículas y de los órganos de colegiación.

El artículo 75 inc. 18 de la C.N. prevé como facultad del Congreso de la Nación la de proveer” lo conducente a la prosperidad del país, ..., y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria”; el artículo 23 quater de la ley de Ministerios por su parte asigna al Ministerio de Educación entender en la formulación de “políticas generales en materia universitaria”. Los artículos 41 y 42 de la ley 24521, Ley Nacional de Educación Superior, prevén respectivamente “que los títulos que expidan las instituciones universitarias serán otorgados por el Ministerio de Cultura y Educación, y que “Los títulos oficialmente reconocidos tendrán validez nacional y con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias ...”. En consecuencia, más allá del título universitario, el control de las matrículas es una facultad no delegada, y cada provincia tiene su propia regulación respecto de las capacidades y condiciones que se pueden exigir a un escribano público para investirlo como tal.

Según la Constitución Provincial de Mendoza, artículo 144 inciso 12, corresponde al Poder Judicial formar la matrícula de abogados, escribanos, procuradores y peritos judiciales con arreglo de la ley. Por ley 4969 de la provincia de Mendoza (art. 5 inc. g) corresponde a la Sala Tercera de la Suprema Corte de Justicia llevar las matrículas de abogados, procuradores, escribanos, contadores, martilleros, peritos y otros auxiliares de la Justicia con arreglo a las Leyes Reglamentarias y Resoluciones de la Sala. La Ley Reglamentaria 3058 de Organización del Notariado en Mendoza establece que la Corte Suprema de Justicia provincial es el órgano de control: ejerce la superintendencia del notariado ²⁰³.

En algunas provincias del país, esa jurisdicción se encuentra estrechada dentro del mismo territorio. O sea, existe jurisdicción territorial por distrito único o por distrito plural. Cada provincia regula la limitación de conformidad a sus extensiones

²⁰³Según el artículo 77 de la ley 3058 para ejercer funciones como notario se requiere, entre otros requisitos, tener dos (2) años de residencia inmediata e ininterrumpida en la Provincia para quienes no son naturales de ella, haber aprobado el concurso de antecedentes y oposición establecido por el art. 80, otorgar fianza real o personal o un seguro de caución anual ante el Colegio Notarial.

geográficas, o de distribución poblacional, a los efectos de la mejor prestación del servicio. En la provincia de Mendoza todos los notarios tienen competencia en todo el territorio de la provincia. En las provincias de San Luis y Santa Fe, por ejemplo, hay jurisdicción departamental o por circunscripciones judiciales. Por tanto, las normas, en sus distintos grados, guardan coherencia.

Es la provincia quien determina las formas extrínsecas de los documentos tal como lo regula el artículo 300 del CCC, y es la provincia quien debe verificar tales cumplimientos a la hora de la circulación extra jurisdiccional de los documentos notariales.

Abella ha opinado que la finalidad del artículo 293 es “establecer la libre circulación de los instrumentos públicos, y así también considera el derecho de los usuarios y consumidores resguardado por los artículos 16, 42 y 43 de la Constitución Nacional, y en los artículos 1092 y subsiguientes del Código”. Asegura la autora que la Corte Suprema se ha pronunciado “en varias oportunidades sobre la invalidez de las leyes que en defensa de la jurisdicción imponen trabas a la circulación de los instrumentos públicos”²⁰⁴.

Sin embargo, como bien aclara Abella, hay formas extrínsecas, justamente las que el art. 300 del CCC reconoce de regulación provincial, que solo pueden ser impuestas y controladas por los órganos locales pertinentes. De allí la función legalizadora de los colegios notariales respecto de los documentos notariales que deben circular extraterritorialmente: la legalización no alcanza a la esencia del documento en cuanto a veracidad intrínseca; no legitima contenidos, su efecto es refrendar oficialmente la firma y el carácter del autorizante, y el cumplimiento de las formas extrínsecas, que por razones de seguridad de circulación son impuestas por la ley provincial.

Los colegios notariales provinciales como entes públicos no estatales, tienen entre sus fines la protección de los derechos de los usuarios del servicio notarial y garantizar la eficaz circulación de los instrumentos públicos²⁰⁵.

²⁰⁴ ABELLA.” *Instrumentos públicos ...*”. Óp. Cit 188. Apartado 8. *Circulación del instrumento público*. Párrafo 3

²⁰⁵ FALLO: CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL. (2001).” *L., R. s/ Recurso Ley 9671. Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*”. La Plata. Buenos Aires. Sentencia. 30 de agosto de 2001. Nro. Interno: 234836. Magistrados: Bourimborde -Bissio. Id SAIJ: FA01010660. Sumario. “Los Colegios Profesionales son entidades de derecho público o “paraestatales”

Los artículos 121 y 122 de la CN prevén que las “Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”.

d.1. El control de los Estados Provinciales y la competencia territorial

La función de dar fe pública, es entregada al notario, como hemos reiterado, para permitir que los ciudadanos ejerzan derechos constitucionales y se adjudiquen derechos de trascendencia para la comunidad. Por eso, el ejercicio de esta función requiere de título universitario habilitante para su ejercicio, pero ello no es suficiente: es necesaria la investidura por parte del Estado. La facultad de reglamentar y controlar ese ejercicio corresponde a aquél, en tanto el registro notarial es de su propiedad. El resguardo de la propiedad estatal y las eventuales responsabilidades que de tal carácter pudieren surgir, obligan a establecer controles.

El instrumento público autorizado por un oficial público goza de los mismos efectos en todo el territorio de la Nación, pero sólo cada provincia está en condiciones, a través de los colegios notariales, de confirmar si el autorizante del documento está habilitado como tal en su jurisdicción y si los soportes materiales y las reglamentaciones formales han sido respetadas, en prevención de posibles falsificaciones.²⁰⁶

a las que el Estado les transfiere potestades públicas, como por ejemplo el gobierno de su propia matrícula y el ejercicio del poder disciplinario. De este modo, se produce un doble fenómeno: se asegura la participación de los grupos interesados (que debe ser instrumentada por medio de representantes elegidos en forma democrática) y al mismo tiempo se logra una descentralización de la administración burocrática.”

LEY DE COLEGIOS PROFESIONALES. Galicia. Ley 2/1974, 13 de febrero. RCL 1974\346. “Art 2 Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional. Recupero https://avogacia.gal/wp-content/uploads/2015/06/ley_colegios_profesionales.pdf. (Última entrada: 1/02/ 2022).

²⁰⁶ El decreto nacional 2392/92 en su artículo 4º determinó: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, cuando correspondiere la registración de escrituras y demás documentos notariales otorgados por escribanos en su ámbito jurisdiccional, en oficinas públicas de jurisdicción diferente a la de su otorgamiento, se podrán realizar los trámites del caso con el solo recaudo de su autenticación o legalización en la jurisdicción de origen y sin necesidad de intervención alguna en aquella extraña jurisdicción”.

En este espíritu existe el sistema de legalizaciones de documentos notariales: una primera legalización, practicada por cada colegio provincial para que el documento notarial circule con seguridad dentro del país. Si el documento está destinado a utilizarse en el extranjero habrá de tenerse en cuenta el sistema de legalizaciones que se requieran según el país receptor. Los documentos deberán adecuarse tanto al sistema de legalizaciones nacionales como internacionales.

En definitiva, la necesidad de legalización interna de los documentos notariales se funda, no en la necesidad de controlar la validez de su contenido, ya previsto en la legislación de fondo, y no calificable por los colegios notariales: sustancialmente la función es de verificar la habilitación del agente público autorizante de acuerdo a la normativa imperante en cada territorio, el control del cumplimiento de las formalidades externas de los documentos instituidas en cada jurisdicción como garantía de autenticidad, y la equilibrada prestación del servicio en todo el territorio provincial. El colegio notarial de la provincia receptora del documento, ya intervenido por la provincia de su emisión, carece de toda facultad calificadora o verificadora del documento previa a su circulación o inscripción: estas facultades que algunos colegios del país se arrogan, son claramente inconstitucionales.

Los estados provinciales tienen la responsabilidad de garantizar a los administrados el ejercicio de sus pretensiones y el alcance del bien buscado, y todo exceso cometido en nombre de la seguridad es una valla a las mismas.

d.2. Las restricciones territoriales y las nuevas tecnologías

Esta incompetencia enfrenta hoy un gran desafío: el de la virtualidad, la actuación remota de los requirentes y de los notarios. Las nuevas tecnologías están operando modificaciones sustanciales en el tema.

La virtualidad marca nuevos espacios y esto obligará a nuevas determinaciones que, sin afectar la seguridad jurídica permitan utilizar el espacio generado por las redes. El notariado, como toda actividad, está redefiniendo su quehacer.

Hay un espacio y un tiempo diferentes a aquellos en que nos ubicábamos a mediados del siglo XX. Martínez Hernández, Leyva Arellano, y Félix Arellano comentan, que el ciberespacio “designa el universo de redes digitales como un mundo de interacción y aventura, el espacio de conflictos globales y una nueva frontera

económica y cultural”. Aclaran además que no es lo mismo el ciberespacio y la Internet. Según ellos la “internet es la infraestructura y el ciberespacio es el contenido”²⁰⁷.

El 21 de marzo de 2021 el Pleno de Corte de Santiago de Chile determinó, entre algunas normas referidas a la actuación notarial en la digitalidad y, respecto específicamente a la actuación territorial, lo siguiente: “Territorialidad de la función notarial: se establece que cuando el notario acuda al empleo de tecnologías telemáticas o vía remota, no podrá ejecutar actuaciones respecto de personas que estén fuera de su territorio jurisdiccional, para lo que deberá cerciorarse de que la actuación que realiza, observa y se sujeta a la normativa vigente”²⁰⁸. Esta resolución resguarda la restricción territorial de la actuación notarial.

Sin embargo, aparece como necesario indagar en el concepto de un territorio digital notarial en el que las personas ejerzan sus derechos. Si ese territorio existe, el notariado está compelido a indagar sobre cómo ejercer sus funciones en ese territorio y por lo tanto hay que avanzar en establecer el procedimiento adecuado.

La Universidad Notarial Argentina a través de su Instituto de Investigación Tecnológica ha elaborado un Decálogo de Actuación Notarial a distancia. Respecto del tema de la restricción territorial el decálogo propone:²⁰⁹ compatibilizar la actuación notarial a distancia con la competencia notarial en razón del territorio. Sugiere incentivar el diálogo de los notariados del país, para acordar nuevos factores de vinculación para la audiencia a distancia y establecer como puntos de vinculación, el domicilio real, legal o especial del requirente o el lugar de ubicación de los bienes.

²⁰⁷ MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Luis Manuel, LEYVA ARELLANO María Elizabeth, FÉLIX ARELLANO, Luisa Fernanda, CECENAS TORRERO Paula, Ontiveros HERNÁNDEZ Elvira Verónica Clementina. (2014). “*Virtualidad, ciberespacio y comunidades virtuales*”. Méjico. Ed. Red Durango de Investigadores Educativos, A. Pág. 46. Recupero: <http://www.upd.edu.mx/PDF/Libros/Ciberespacio.pdf>. (Último ingreso: 20/06/2022)

²⁰⁸ CAREY, Guillermo, GARCÍA Fernando, MERCADO José Ignacio, MOHOR Elías y DE CRISTOFARO Stefano.” *Pleno de Corte de apelaciones de Santiago acuerda instrucciones para el uso de herramientas tecnológicas en las funciones notariales*” . Párrafo 8. Cita online. Recupero: <https://abogados.com.ar/pleno-de-corte-de-apelaciones-de-santiago-acuerda-instrucciones-para-el-uso-de-herramientas-tecnologicas-en-las-funciones-notariales/27914>. (Último ingreso: 23/11/2021).

²⁰⁹ UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA. (2021). “*Decálogo actuación a distancia*”. Buenos Aires. Cita online. Recupero: http://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2021/05/N0321_DECALOGO_ACTUACION_A_DISTANCIA2.pdf. Buenos Aires. 2021. (Último ingreso: 24/11/2021).

Haciendo una interpretación del artículo 2596 del CCC y refiriendo a la circulación documental transfronteriza el Decálogo propone “establecer que cuando el compareciente se encuentre en el extranjero y elija utilizar el servicio de actuación notarial a distancia, ha optado por la aplicación del derecho argentino, excepto que expresamente manifieste lo contrario”. Es imprescindible que los colegios notariales provinciales de la Nación alcancen un grado de informatización suficiente, eficiente y equilibrado, y logren plataformas federales uniformes que permitan cubrir las externalidades negativas que el mundo digital pudiere generar.

Del mismo modo el notariado ha ido enfrentando, a través de su desarrollo y en todos los tiempos, esas externalidades en el mundo analógico, poniendo las vallas necesarias ante cada adversidad detectada, agudizando los métodos de control y de seguridad.

El territorio digital carece de las fronteras definidas en la superficie terrestre, pero ese mismo mundo debe permitir, desde los especialistas en tecnología, que los controles ejercidos por los colegios provinciales se ejerzan en un sistema digital, solidario y colectivo, con parámetros compatibles. Respecto de la competencia territorial el sistema tecnológico deberá adaptarse a los principios rectores del notariado latino y permitir o denegar la actuación digital del notario según, por ahora, los puntos de vinculación propuestos: domicilio real, legal o especial del requirente o el lugar de ubicación de los bienes.

2.2. Segunda Etapa

2.2.1. Encuadramiento legal: la mayéutica notarial

El artículo 301 del CCC prescribe que el notario “*debe* calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente”. Para ello el escribano deberá verificar, en cada caso concreto, cuáles son los presupuestos que específicamente se requieren para el mismo. Cada acto tiene presupuestos que le son esenciales, otros naturales y otros accidentales. Aceptado el requerimiento, y despejadas las posibles causas de incompetencia, el escribano deberá analizar la expresión de los requirentes respecto de su voluntad y los motivos que los impulsan. Hemos aclarado que el requerimiento, análisis de competencia y encuadramiento legal son hechos y procesos

lógicos que en muchos casos se desarrollan casi en simultaneo. Pero es indispensable, para analizar el proceso, avanzar en su discriminación ya que de nada sirve el encuadramiento legal del caso si, previamente, no se han producido la calificación de la rogatoria y el análisis de las competencias.

En el Derecho Procesal se definen elementos que caracterizan el principio dispositivo en sede judicial que son: la delimitación del *thema decidendum*, aportación de los hechos y aportación de la prueba.

La etapa del encuadramiento en sede notarial, es primaria o esencial, - como lo adjetiva Zavala - porque el acto jurídico puede estar en esta instancia aún sin moldear. Muchas veces las personas ocurren a la sede notarial, con el contenido del acto que quieren realizar totalmente definido y, una vez exploradas las situaciones y relaciones jurídicas, el notario estima que el acto a instrumentar está correctamente definido por los requirentes. Puede ser, en cambio, que tal definición no se haya expresado en concreto o se haya formulado incorrecta o inconvenientemente, según el juicio notarial.

Existe alguna semejanza en esta instancia con el *thema decidendum* característico del principio dispositivo del derecho procesal en sede judicial, aunque la gran diferencia es que, ni los requirentes ni el notario quedan compelidos ante la primera expresión inicial.

En el desarrollo del proceso iniciado en sede notarial el tema, el contenido del acto que ha de finalmente otorgarse, puede irse moldeando, o adaptando a la figura jurídica que mejor responda al bien buscado. La actividad del oficial público debe estar orientada a esa adaptación correcta.

Allí encontramos el arte y la argumentación. El notario puede argumentar jurídicamente, de tal forma que el bien jurídico pretendido por los requirentes sea plenamente satisfecho. Como dijimos, no siempre el bien jurídico buscado por los requirentes emerge o fluye de la expresión verbal inicial de la voluntad de aquéllos. Para dar un ejemplo entre tantos: son muchos los requirentes que solicitan la constitución de un bien de familia y expresan hacerlo para dejar resuelto el tema de la herencia lo cual no es absolutamente exacto, o quienes recurren a la figura del fideicomiso para resolver situaciones que tal vez podrían encontrar mejor solución en un contrato asociativo, o expresar que desean constituir un usufructo cuando tal vez, dadas las circunstancias, lo adecuado sea constituir derecho real de uso.

Por ello es que la inicial exteriorización de voluntad de los requirentes debe ser minuciosamente diseccionada.

De otro modo, pero muy claramente, lo exponen Falbo y Di Castelnuovo al referirse al “alumbramiento de la voluntad de los requirentes”. Estos autores asignan al notario una tarea mayéutica que permitirá a los requirentes descubrir la verdadera intención y “... así perfeccionar su voluntad inicial, la que puede ser oscura, incompleta, impensada, equivocada, ilegal, ilícita, improvisada, deformada” ²¹⁰.

Debe el escribano graficar la situación jurídica traída a sede notarial: quién o quiénes son los sujetos de esta situación, cuál es el nexo entre aquéllos y los bienes sobre los que pretenden insuflar su pretensión, y cuál es el nexo, si existe, de los sujetos entre sí. Debe quedar aprehendida, diagramada, la situación jurídica vigente en el caso concreto.

Una vez definida la situación jurídica real vigente, habrá de indagarse cómo y porqué las personas quieren modificarla, generando una *relación jurídica* nueva, que - conforme al esquema de Betti – devendrá, tal vez, en una nueva *situación jurídica*. Al tema de las relaciones y situaciones jurídicas hemos referidos en el acápite 1.1 del Capítulo I. Concretizamos los conceptos con estos ejemplos: si Juan expresa que quiere darle a Luis una fracción de tierra a cambio de una suma de pesos argentinos, el escribano deberá analizar cuál es la relación de Juan con la fracción de tierra, cual es el nexo pretendido entre Juan y Luis, y cual la relación de Luis con los pesos argentinos. Si se concluye que es posible cambiar, de acuerdo a lo expresado, la situación jurídica en que ambos se encuentran, se encuadrará lo requerido como una compraventa inmobiliaria. Pero podría resultar que Juan no tenga con la fracción de tierra el nexo suficiente, o la tierra no sea un objeto idóneo al fin buscado, en cuyo caso no podrá ser categorizada como compraventa inmobiliaria, o Luis no sea titular de los pesos o pretenda entregar servicios a cambio del terreno.

²¹⁰ FALBO, Santiago - DI CASTELNUOVO, Franco. (2018). “De la función notarial, las nuevas tecnologías y las actuaciones notariales en soporte digital”. Jornada Notarial Argentina. Bariloche. Consejo Nacional del Notariado Argentino. Cita online. Pág. 39. Recupero: http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-xxxiii/TEMA_I_-_Di-Castelnuovo_&_Falbo.pdf (Último ingreso: 18/06/2022).

Entendemos que en esta etapa el escribano debe percibir la intención, la causa, y móviles causales de los requirentes, justipreciar sus conciencias respecto del acto que manifiestan querer y confirmar la voluntad. Esta es una actividad esencial del quehacer notarial, ya que ellas quedarán plasmadas finalmente en el acto notarial.

Resulta necesario al escribano comprender el comportamiento humano en todos sus aspectos.

Zinny, especializando su estudio en el acto notarial, ha sostenido que los elementos constitutivos del comportamiento son tres: forma, contenido, y causa y, que, a cada uno de estos elementos constitutivos del acto jurídico, le corresponde un componente subjetivo: “esto es una adecuada actitud interior del sujeto”²¹¹. Zinny agrega a este respecto que, en los negocios o actos jurídicos, el elemento constitutivo “forma” consiste en la voluntad de comportarse, el del “contenido” estriba en la conciencia de éste y el de la “causa” radica en la intención que hacia ella se proyecta”²¹².

Forma, contenido y causa y/o móviles causales como presupuestos estructurales se corresponden con los elementos subjetivos: voluntad, discernimiento e intención de los sujetos²¹³.

En conclusión, los derechos que los requirentes pretenden ejercer y adjudicarse o pre-adjudicarse en sede notarial, podrán ser definidos correctamente ab initio por las partes, pero pueden ser modificados, no solo por voluntad de éstas, sino en virtud de los juicios de ciencia y conciencia del escribano que ilumina a aquélla informando la conciencia de las partes y develando su intención. El notario es el conductor del proceso y su función jurística resulta esencial en esta etapa para analizar el derecho material en juego y el bien jurídico buscado.

²¹¹ ZINNY, Mario Antonio. “*El acto notarial*”. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 5.

²¹² ZINNY. “*El acto ...*”. Óp. cit. 211. Pág. 6

²¹³ MARIÑO GALASSO, Augusto P., SALIERNO, Karina Vanesa. (2019). “*Teoría de la invalidez. De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia*”. Buenos Aires. Revista del Notariado N° 935. Pág. 163-165. “Además de la existencia de los elementos estructurales, para que el acto sea válido, debe ser otorgado con voluntariedad (art. 260 CCCN). El acto voluntario es aquel que es ejecutado con discernimiento, es decir, con capacidad de ejercicio (arts. 23 y ss. CCCN), con intención –en caso de que la misma no exista, podremos estar ante actos realizados con el vicio del error o del dolo (arts. 265-271 CCCN)– y con libertad –en caso de que la misma sea afectada, estaremos ante la violencia como vicio de la voluntad (arts. 276 y ss.)–. Estos requisitos constituyen el principio de validez del acto”.

La calificación de “mayéutica” referida por Allende y rescatada muy oportunamente por Falbo y Di Castelnuovo, aludiendo al método socrático, describe muy expresivamente la actividad del notario en esta etapa.

De la comunicación personal que se entabla entre los requirentes y entre éstos y el escribano, y del intercambio fluido de preguntas y respuestas mutuas sale a la luz, alumbrando, la intención, la causa, los móviles causales. Por esto es que afirmamos que el “tema a decidir”, sea que lo decida un requirente o varios, no limita la actuación del escribano - como sí compele al juez-; no queda inmovilizado o cristalizado hasta tanto no se otorgue finalmente el acto notarial.

2.2.2. Aportación de hechos y de pruebas

Respecto de hechos denunciados y pruebas aportadas, en sede notarial, podrán irse completando durante el desarrollo del proceso: no queda ocluida la posibilidad de su incorporación, y hasta su modificación, como ocurre en el proceso civil.

Los requirentes deberán comunicar al notario los hechos que conocen que pueden contribuir a concretar el acto jurídico deseado, pero nada impide que el notario acompañe y hasta ejecute esta tarea. Hay una actividad congruente alitigiosa. Tanto el escribano como las partes requirentes pueden buscar títulos, boletos de pago, planos, comprobantes, liquidaciones de cuenta corriente, certificaciones administrativas, declaraciones juradas, expedientes, partidas y todo elemento que sirva de basamento o sustrato al acto, o se incorpore al acto o se adjunte a efectos de hacer del documento final un instrumento autosuficiente.

2.2.3. Disponibilidad del derecho material

La “disponibilidad del derecho material”, es otro de los elementos que confluyen en el principio dispositivo en el proceso civil en sede judicial.

Durante el desarrollo del proceso civil las partes pueden alcanzar la solución del conflicto a través de algunos de los modos previstos por la ley. “Se trata de proyectar

a la esfera judicial la autonomía negocial que goza el titular del derecho, reconociendo reglas precisas que reconozcan su plena disponibilidad ” ²¹⁴.

En idéntico sentido en sede notarial se ejerce la autonomía de la que goza el titular del derecho, y aquí habrá de meritarse la plena disponibilidad del mismo.

La sede notarial, es el espacio institucional apropiado para que las personas den operatividad a los atributos de sus derechos subjetivos e intereses legítimos y para que puedan libremente ejercer sus derechos adjetivos. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, correlato de la libertad, cualquiera de las partes requirentes podrá disponer de la materia traída a la sede notarial, sin que el notario pueda avanzar en el proceso incoado si las partes desisten. Ello no obstruirá el derecho de una de las partes de pedir se haga constar su voluntad de otorgar un acto y del desistimiento de la otra. El notario carece del imperium suficiente para avanzar si las partes optan por abandonar la sede, sin perjuicio de cuál sea el derecho disponible.

En sede notarial, las partes pueden disponer de su derecho material o sustantivo con amplia libertad, y pueden decidir, siempre antes del otorgamiento del acto notarial, no ejercer el derecho o ejercerlo de un modo diferente. Sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que los precontratos, o requerimientos y gestiones útiles realizadas pueden haber generado.

2.2.4. La disponibilidad del derecho, el encuadramiento legal y el principio de legalidad

Esta segunda etapa comprende procesos lógicos que debe realizar el notario, a cuyo efecto debe practicar también actos materiales que contribuyen al desenlace final en el acto notarial ²¹⁵ punto cúlmine, aunque no siempre último, dentro del proceso. Estas actividades lógicas son: a) de percepción y calificación de la intención de la rogatoria y de los móviles de los rogantes. b) de encuadramiento legal de tales móviles

²¹⁴ AMPUERO, Iván Hunter.(2010)” *Estudios - derecho procesal: El principio dispositivo y los poderes del juez*”. Valparaíso. Universidad Austral de Chile. Revista de derecho (Valparaíso), versión On-line ISSN 0718-6851. Valparaíso.. [pp. 149 - 188]. Recupero: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005>. (Última entrada 2/07/2021).

²¹⁵ Nos referimos al acto notarial al modo en que el profesor Zinny Mario Antonio se refiere al mismo y lo analiza, diferenciándolo del acto o negocio instrumentado.

e intenciones, c) de convicción respecto de la comprensión del contenido del encuadramiento propuesto, o sea, el convencimiento del notario de que el requirente es consciente del acto a formalizar.

En sede notarial el caso es traído al escribano, y éste en función de los intereses, móviles causales, necesidades, conveniencias, vulnerabilidades, etc., de los requirentes realizará el encuadramiento legal de conformidad a la adecuación normológica, sociológica y axiológica, que estime corresponde. *En este estadio la adecuación a la norma es sustancial.*

La disponibilidad del derecho de una de las partes debe ser engarzada con el derecho pertinente de la otra parte. Ambas partes, si las hay, deben tener a disposición su derecho material y es función del notario lograr la conjugación de ambos, conforme a los móviles de cada una, y los insumos normativos necesarios.

López de Zavalía, llama “principio de legalidad primigenio”, a aquél por el cual toda la acción de la administración, o toda decisión de los tribunales, ha de ser la aplicación de una ley; de tal manera que, como enseña Scotti, este principio no es un presupuesto o característica exclusiva del derecho registral,²¹⁶ sino que subyace en todo ordenamiento como pauta fundamental que rige el desenvolvimiento de los órganos estatales y la actividad de los particulares en relación a los mismos”. En igual sentido Lico ha expresado que el principio de legalidad es aquel “por medio del cual la actividad de la Administración debe ceñirse a un ordenamiento jurídico rigurosamente jerarquizado. Nuestra propia Carta Fundamental lo recoge, puesto que dispone que los funcionarios públicos son responsables por la infracción de la Constitución y de la ley, así como por extralimitación u omisión de funciones. Asimismo, el sistema legal prevé un conjunto de mecanismos jurídicos tendientes a organizarlo...”²¹⁷.

²¹⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F.J. (1992). “Curso Introductorio al Derecho Registral”. Revista Notarial 1992-2 Nro. 64. Córdoba. Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba. Pág. 10.

²¹⁷ LICO Miguel. (s/fecha) “Breve estudio de los principios generales del derecho y de los principios generales del derecho aplicables y surgidos del derecho administrativo”. (s/ed) Pág. 5. Recupero: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/art_lico.doc. (Última entrada: 22/06/2021)

La legalización notarial debe practicarse para confirmar que, cuando finalmente el acto notarial ²¹⁸ - como acto que es - ²¹⁹, adquiera existencia, éste sea válido ²²⁰. Como la invalidez del acto instrumentado es congénita al mismo, es de extrema importancia el examen de legalidad que practique el agente público y las responsabilidades que de ello emana.

En esta etapa la función jurídica asesora del notario alcanza gran envergadura. Sus conocimientos, su argumentación, su arte como lo llama Cosola, ²²¹ se desplegará abarcativamente para, a partir de la percepción de la intención de los sujetos - o sea la finalidad buscada - encontrar el acto jurídico adecuado. Una vez enmarcado legalmente se deberá avanzar sobre otro de los elementos estructurales: la forma.

El notario debe ir integrando los elementos, previo a que se produzca la modificación de la situación jurídica. Debe ir percibiendo hechos, analizando antecedentes y generando los elementos que permitirán la validez del acto a instrumentar. Utilizando los conceptos vertidos por Salierno y Mariño Galasso, ²²² el

²¹⁸ ZINNY, “*El acto ...*”. Óp. cit. 211. Pág. 9.

²¹⁹ Según Mario Zinny un acto jurídico y según José María Orelle, acto administrativo.

²²⁰ BENAVENTE, María Isabel. (2014). “*Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación*”. Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial. Cita Online: AR/DOC/3875/2014. Pág. 1-3. (Última entrada 8/07/2021). El CCC. “define al hecho jurídico como el “acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 257). Se simplifica en este caso la definición del art. 944, aunque manteniendo su significado, armonizándolo con el nuevo art. 257, en cuanto se refiere también a que el “fin inmediato” ha de consistir en la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. De esta forma, en la teoría general del acto se abarca algo más que el derecho de las obligaciones ya que se involucra no sólo a las relaciones patrimoniales sino además a las extrapatrimoniales ...”.

²²¹ COSOLA Sebastián Justo.(2011). “*Proyección del derecho notarial dentro de la estructura de los principios de la Unión Internacional del Notariado (una perspectiva iusnaturalista)*”. Buenos Aires. Revista Notarial 966. Pág. 863. “El orden jurídico, para autoabastecerse, necesita de la norma y de las fuentes del derecho que resulten oportunas, pero más que nada, necesita de la argumentación del jurista juez, abogado, escribano, profesor de derecho o legislador que alcance la justicia para el caso concreto. En la actualidad, se vuelve difícil el hallazgo de una argumentación jurídica sólida, si esta no encuentra apoyatura en la noción de derechos fundamentales reconocidos como principios generales del derecho que se captan por evidencia. En cierta manera, la noción de un sistema cerrado de normas autosuficiente no es compatible con la noción de argumentación que, quizás, se encuentre afuera” de ese sistema”.

²²² SALIERNO - MARIÑO GALASSO. “*Teoría de la invalidez ...*”. Óp. Cit. 213. Pág. 173. Recupero: <http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-> “... realidad histórica que, confrontado con el supuesto de hecho de una o más normas, o con el ordenamiento jurídico en su totalidad, es insuficiente para alcanzar los presupuestos y elementos previstos por el ordenamiento jurídico para producir los efectos jurídicos contemplados, es decir que, sin perjuicio de la existencia del acto, éste no encuadra en los estándares básico del ordenamiento legal. Cuando el acto histórico se enfrenta con una exigencia de interés general que afecta al objeto básicamente, éste queda privado de

notario debe ir confrontando el acto que acaecerá en la realidad histórica, con el supuesto de hecho de una o más normas, y con el ordenamiento jurídico en su totalidad. Hay que alcanzar el encuadre en los estándares básicos del ordenamiento legal ²²³. Una vez alcanzado el encuadre jurídico bajo la óptica de “la legalidad”, el notario deberá analizar las condiciones de los sujetos, del objeto del acto, de las cosas o bienes involucrados y de la idoneidad de éstos, y de las relaciones entre unos y otros.

2.2.5. Legitimación

La tarea legitimadora que practica el notario es también medular en esta etapa del proceso. Falbo y Di Castelnuevo sostienen que la función notarial se desenvuelve en una dirección conformadora y una dirección autenticadora. En la primera dirección el notario desarrolla tareas que “se condensan en el juicio de juridicidad y en el deber de asesoramiento y consejo”. “El juicio de juridicidad consiste en el análisis que el escribano realiza de la situación de la que los requirentes parten, el negocio jurídico que pretenden realizar y sus elementos constitutivos (sujeto: identidad, capacidad, legitimación y voluntad suficiente; objeto: realidad física y titularidad jurídica; causas: veracidad y licitud y el resultado y finalidades que se pretenden)”²²⁴. Refieren a continuación al deber de asesoramiento y consejo en la llamada dirección conformadora.

Las citas de los noveles notarialistas - Zavala, Falbo, Di Castenuovo, Cosola, Salierno entre otros – nos movilizan en la hipótesis que estamos desarrollando. Zavala reordena y clarifica los conceptos de operaciones de ejercicio, Cosola refiere a las fases de la fe pública y a la teoría de la argumentación notarial, Falbo y Di Castelnuevo vislumbran direcciones, sin olvidar la ya mencionada gran obra de Orelle, y su visión

sus efectos totalmente, pero cuando el interés es particular, el ordenamiento brinda mecanismos para salvar la imperfección y conservar el acto”. (Último ingreso: 21/10/21).

²²⁴ FALBO, Santiago -DI CASTELNUOVO, Gastón. (2019). “*Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial*”. Buenos Aires. Ed. Di Lalla. FEN Editora Notarial. Pág. 230.

del acto notarial como procedimiento, entendido éste desde el Derecho Constitucional “como constitutivo de las garantías fundamentales del Poder Público” ²²⁵.

Nosotros, vemos un proceso, en el que la decisión notarial de legitimar resulta ser, desde la óptica de su función, la que más exige al notario. No porque sea necesariamente la que más capacitación intelectual o académica demande, sino porque es la más fundante de su quehacer.

Durante el desarrollo de los distintos pasos y etapas del proceso, el escribano podrá recurrir incluso a consultas, doctrina, jurisprudencia, y locuciones interdisciplinarias.

Pero en la legitimación el escribano se encontrará prácticamente en soledad. Si la legitimación es negativa a los efectos buscados, el proceso quedará ocluido irremediablemente. En esta operación el escribano deberá: 1) ° determinar el modo en que justifica la identidad del o de los sujetos requirentes (artículo 306 del CCC) - tarea cada vez más compleja y desafiante vista desde las nuevas tecnologías -, 2º) merituar la capacidad suficiente para obrar, en el caso concreto, de quien comparece al acto como parte y del representado y representante, si fuera necesario al caso (artículos 22 y cc. del CCC), 3º) merituar qué otras personas, aun no siendo parte del negocio ni representantes, deben estar presentes en el acto notarial – apoyos, testigos, traductores, firmantes a ruego, (artículos 43, 302, 304, 2281 CCC); 4º) evaluar las facultades de quienes comparecen como representantes legales, orgánicos o voluntarios, y la suficiencia de los documentos de donde emanan (ley, decisorios judiciales, estatutos o contratos sociales, apoderamientos). 5º) analizar las posibles inhabilidades en relación a las personas (artículo 1002 CCC -entre otros-). 6º) merituar la relación entre las personas y los bienes que fueren sujetos u objeto de los actos jurídicos pretendidos (titularidades, posesiones, sucesiones, masas patrimoniales matrimoniales, disponibilidades, inhibiciones, embargos, gravámenes). 7º) evaluar los antecedentes de los títulos que ostenten respecto de los bienes, - en particular respecto de los inmuebles-, objeto de los actos jurídicos. Cada una de estas tareas de juicio que practica el notario, previas al acto notarial, deberán ser revisadas y ratificadas al momento en que aquél se produzca.

²²⁵ ORELLE, “Actos e instrumentos ...”. Óp. cit. 118. Pág. 98.

Este es también uno de los grandes desafíos en los que se encuentra el notariado de hoy frente a la aplicación de las nuevas tecnologías.

El funcionario de la administración pública está solo frente a su acto cuando lo dicta, el juez está solo cuando finalmente dicta su sentencia. El notario en cambio cuando formaliza el acto notarial no está solo. Está frente al otorgante respecto de quien habrá de emitir juicio final en relación a su voluntad, conciencia e intención, y en la acción de legitimación, respecto de la facultad de disponer o ejercer el derecho de que se trate.

Legitimar es, por tanto, la acción de aseverar que, normo y axiológicamente, los sujetos están habilitados para actuar, conforme a la voluntad develada, y, por tanto, producir la modificación de la situación o relación jurídica existente.

2.2.6. Encuadramiento legal, legitimación y capacitación permanente del notario

Aceptar el requerimiento, prefigurar la categoría de lo requerido, configurar el acto adecuando la voluntad de las partes al Derecho y legitimar a los sujetos para que procedan a expresar su voluntad constituyendo, adquiriendo, modificando o extinguiendo relaciones o situaciones jurídicas, o fijando hechos a esos efectos, como lo prevé el artículo 301 y cc del CCC, requiere de una particular destreza y justo equilibrio, si realmente lo que se pretende es garantizar el ejercicio de derechos constitucionales en vistas a la justicia.

En el desarrollo del proceso, conforme lo hemos ido describiendo, la capacitación del notario para el ejercicio de la función se despliega y se revela con toda claridad. Un notario no capacitado puede, no solo otorgar un acto inválido, sino otorgar un acto que produzca daño, y no ser necesariamente responsable de ello ²²⁶. La capacitación del notario, es hoy un pilar fundante de la actividad según las proclamas de la Unión Internacional del Notariado, y ha sido preocupación permanente del notariado argentino.

En 2003 ya sosteníamos que el notario cumple su ministerio mediante la dación de fe, o sea insuflando a los instrumentos la fe pública en él depositada. Pero

²²⁶ COSOLA “Proyección...”. Óp. cit. 221. Pág. 865.

previamente *debe*, es decir tiene obligación legal (art. 301 CCC y art. 1° de la ley 3058), de recibir, interpretar y adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico.

La capacitación especializada del notario para ejercer su función es un deber funcional, además de un deber ético ²²⁷. Hoy el artículo 301 del CCC refuerza nuestra posición al imponer al escribano el *deber de calificar* los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Es más vigente que nunca lo que expresáramos en “Capacitación Permanente Obligatoria” ²²⁸: “... No escapa a los profesionales, tampoco a los legos, menos aún al hombre de negocios, y no puede escapar al Estado, que el derecho ha adquirido en los últimos tiempos, producto de las comunicaciones, de la tecnología y de la capacidad humana de creación permanente de nuevos y mejores institutos, un ritmo vertiginoso de crecimiento y versatilidad. Las normas de derecho internacional, otrora reservadas para algunos casos exclusivos, son hoy de uso frecuente, la adaptación al derecho positivo vigente de instituciones no regladas, la redacción de contratos nuevos de regulación reciente cuya eficacia o juridicidad aún no ha pasado el filtro de la jurisprudencia, o, novísima jurisprudencia que modifica criterios de aplicación, la importancia y complejidad en las relaciones de familia, o de los innumerables institutos del derecho civil en relación con las personas. La realidad socio económica jurídica, ..., sugiere la necesidad social de la capacitación del operador del derecho a quien se le ha asignado la función fedante. Para que la biología del derecho - in ius in vivere - sea posible, es imprescindible la asistencia cautelar del notario a los particulares: de allí emerge la obligatoriedad de esa capacitación. Augusto Morello ha sostenido que cada plaza es el reconocimiento de eficacia probada, en que todos los trabajadores deben dar examen en continuado y ganarse la calificación más alta porque ya no sirve tener un puntaje medio cuando todo empuja aceleradamente a la reconversión”.

Si asentimos con MORELLO que el mundo del derecho es versátil y creciente, si coincidimos con LARRAUD que el sistema jurídico en el que estamos enrolados prevé a priori un sistema cautelar de derechos, con GATTARI que el notario es un

²²⁷ CARRASCOSA DE GRANATA Anahí. “*Capacitación permanente obligatoria*”. Revista Notarial Número 946. Universidad Notarial Argentina. Buenos Aires. 2003. Pág. 647.

²²⁸ CARRASCOSA. “*Capacitación ...*”. Óp. cit. 227. Pág.649.

primer operador del derecho, con COSOLA que es imprescindible al notario la práctica del arte notarial y la procuración de lo justo, con FALBO DI CASTELNUOVO en el empleo de la “mayéutica”, *no podemos menos que afirmar que la capacitación permanente es una necesidad social, a la que el Estado debe prestar atención.*

ORELLE en igual sentido afirma que “el agente requiere idoneidad moral y ausencia de antecedentes, idoneidad técnico profesional, declaraciones de bienes, incompatibilidades, acceso reglado, control de gestión. Y agrega “que no bastan requisitos generales, “el ordenamiento exige que el agente tenga especial formación, capacitación, actualización y elementos o recursos necesarios para el ejercicio de la específica función de la que se trata ” ²²⁹.

A los efectos de que el sistema jurídico se active de modo tal que los particulares puedan ejercer sus derechos pacíficamente en ejercicio pleno de su autonomía, y tengan la garantía - dentro de este sistema - de obtener los medios idóneos para que su voluntad se adecue al derecho, resulta imprescindible que los funcionarios encargados de producir esa adecuación, estén capacitados para ello.

No nos cabe duda que para ejercer la función el agente requiere idoneidad, entendiendo a ésta como la capacidad de ser adecuado y apropiado para algo. En nuestro caso esta idoneidad debe ser evaluada en forma continua mientras se ejerza la función pues el escribano debe ser idóneo en cada caso concreto, y ningún caso es idéntico a otro.

2.2.7. La idoneidad su carácter axiológico. Obligación constitucional

La idoneidad (como exigencia constitucional para el desempeño de cargos públicos) es un deber ético funcional. Los deberes deontológicos o éticos nos compelen a actuar en orden a lo que es bueno, respecto del objeto específico de nuestra actuación. Prepararse, formarse, instruirse, en orden a la tarea que las personas eligen, y para la que eventualmente se las designa, y respecto de la cual interactúan en la comunidad a la que pertenecen, es un deber ético, cualquiera sea la tarea o misión a desarrollar o cumplir.

²²⁹ ORELLE, José María. (2008). “*Actos e instrumentos Notariales* “. Buenos Aires. Editorial La Ley. Pág. 68.

Los deberes éticos, toda vez que tienen por destino la realización del bien, quedan comprendidos dentro del Derecho adquiriendo carácter de deber jurídico. Capacitarse es un deber ético del notario, porque para la realización del bien en su tarea, resulta imprescindible ser un jurista.

Desde el trialismo jurídico diríamos: la obligación del notario de capacitarse emerge axiológicamente, sin perjuicio de su contención nomológica y sociológica. No es de orden vocacional, no es solo parte de una necesidad individual. Es consustancial con la función. Una interpretación integrista nos indica que hay un ligamen, entre el artículo 301 del CCC cuando prescribe que el escribano *debe* calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente, y el derecho constitucional de alcanzar seguridad jurídica y los principios generales del Derecho.

La obligación de capacitación permanente está íntimamente ligada al deber de asesoramiento, y al desarrollo de las etapas del proceso notarial. Uno de los puntos más controvertidos en el estudio de este deber, es el que refiere al caso en el que la doctrina y/o la jurisprudencia difieren respecto de un tema determinado. El notario no puede actuar en contra de los principios del derecho, o forzar interpretaciones de las normas para adecuar la voluntad de las partes a la ley, debiendo optar siempre por la solución más segura. Pero tampoco puede negar al requirente la posibilidad de encontrar una justa adaptación de la ley a su necesidad o interés, bajo la simple excusa de que la ley está vacía o, lo que es peor, “que el registro no inscribe”.

Parte de su deber de juridico es buscar la solución, como así también informar a las partes acerca de las posibles interpretaciones o aplicaciones adversas. Allí aparece en la sede notarial la operatividad de los artículos 1, y 2 y por analogía el 3 del CCC.

2.2.8. La solución de los casos en sede notarial

El artículo 1° del CCC expresamente dice que los casos que el Código rige deben ser resueltos según las leyes, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Dice también el cuerpo legal, específicamente, que debemos tener en cuenta la finalidad de la norma, y en un segundo orden nos remite a los usos y costumbres, para el caso específico que así lo diga la ley o lo pacten los interesados. Respecto de la resolución de los casos el Código

no refiere a la “palabra de la ley” sino a su finalidad: nos induce a evitar encadenarnos a las palabras, sobre todo en tiempos en que el lenguaje muta de manera inusitada.

Si debemos resolver los casos de acuerdo al fin de la norma, no solo hay que conocer la norma, sino que el artículo 2° del CCC nos indica cómo interpretarla: las palabras, pero también las finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Así habrá de interpretarse la norma a aplicar a cada caso.

No se menciona la jurisprudencia sin que ello implique, a nuestro entender, que la misma haya perdido su carácter de fuente: el objetivo de la norma es evitar que el precedente judicial y el temor reverencial que muchas veces aquél genera impidan la evolución del Derecho. Pero la jurisprudencia debe ser el resultado virtuoso de un ciclo en permanente movimiento, en donde el caso genera derecho, y de allí elaboración jurídica notarial, académica, doctrinaria y fallos, y así en un espiral sin fin, siempre en busca de la perpetua y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo.

El artículo 3°, destinado, en principio a los jueces, prescribe la obligación de fundar sus resoluciones. La solución debe ser razonable y no arbitraria, y si bien la norma está destinada al juez, por aplicación analógica, todo aquel que busque una solución a un caso concreto debe encontrar la fundar razonablemente su decisión.

Hemos sostenido que *en sede notarial hay casos*, con lo cual el notario queda comprendido, para su aplicación en las prescripciones del artículo 1° del CCC. Como operador del derecho de primer orden (cuando nos referimos al orden lo hacemos no en relación a la importancia sino en razón de la cronología en el contacto con los casos), lo entendemos compelido por el artículo segundo y tercero del CCC.

Las leyes provinciales van adaptando los requisitos exigidos para cumplir la función notarial a los cambios operados en la comunidad y sus crecientes necesidades. Las primitivas leyes de organización del notariado en Mendoza, por ejemplo, (decreto ley 3029/57 y leyes N° 2279 y 2717) no requerían ni siquiera título universitario para el ejercicio.

Del análisis histórico de la función se deduce cómo la tarea autenticadora no emerge del título profesional, sino que claramente proviene del Estado. La complejización de las relaciones jurídicas y el crecimiento de la comunidad, entre otras cosas, fueron exigiendo mayor especialización. Así la ley 3058 de Organización del

Notariado en Mendoza, sancionada en el año 1964, exigió para el ejercicio de la función “presentar título de abogado, escribano o notario”. Treinta y cinco años después la ley mendocina (Ley 6749 de 1999) impuso la capacitación permanente obligatoria y otro tanto hizo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2000²³⁰. Y finalmente en el año 2005 en Mendoza se sancionó la ley 7345 que hizo efectivo un viejo anhelo del notariado instituyendo el acceso a la función por concurso de oposición y antecedentes, superando con creces el primitivo artículo 81 de la ley 3058, por el cual - en la práctica -, sólo primaba el carácter de adscripto de un titular que fallecía o se jubilaba, para acceder a un Registro Notarial.

2.3. Tercera Etapa

2.3.1. Instancia de documentación. La minuta

Falbo - Di Castelnuovo – recordamos - refieren a la “segunda dirección”, y la denominan autenticadora. Asignan a la misma una triple tarea: documentación, formalización y autorización.

Orelle, por su parte, alude a los conceptos de “acción, realización o forma del acto”, y expresa adoptar la terminología propuesta por Carnelutti, para quien la palabra “forma” indica el modo de ser complejo de una cosa o de un acto en el que todos sus caracteres están comprendidos. Por ello, para dar mayor fuerza descriptiva, propone utilizar la palabra “acción o realización”²³¹: la forma del acto, es la acción o realización del mismo.

En esta instancia, con todos los elementos obtenidos en las anteriores, el escribano como autor intelectual, elabora el documento, y lo inserta al soporte material que a su disposición pone la ley: protocolo, fojas de actuación notarial, libro de requerimiento de certificaciones de firmas, soportes digitales; según el encuadramiento y legitimación que hubiere practicado en las etapas anteriores.

²³⁰ Ley 404 CABA Año 2000. Artículo 29.- ..., son deberes de los escribanos de registro: ...Cumplir los requisitos de actualización permanente previstos en el artículo 39.”

²³¹ ORELLE.” *Actos ...*”. Óp. Cit. 118. Pág. 118.

Hoy, con pocas excepciones en relación a algunos documentos notariales, en casi todas las jurisdicciones del país el soporte es el papel ²³². En el futuro será en el soporte que la tecnología, y las plataformas a las que vaya accediendo el notariado, nos provean sin menoscabo de la seguridad jurídica.

Recordamos acá lo que dijéramos refiriéndonos a la Teoría de los Repartos: el derecho asigna potencias e impotencias y para su ejercicio practica asignaciones de sujetos y objetos. El sujeto en nuestro caso es el escribano y los objetos son susceptibles de modificación, de conformidad con el avance de los mecanismos que permiten la expresión de la voluntad en el entorno del bien buscado.

En esta etapa hay normas procedimentales que serán de obligatorio cumplimiento. En tanto el proceso puede describirse como *una serie de actos vinculados entre sí a efectos de conseguir un objetivo común* que, en el caso, es otorgar el acto notarial, las normas procedimentales nos indican pasos concretos y objetivos que el escribano debe seguir al momento de elaborar el documento. Generalmente dichas normas están contenidas en las leyes provinciales de organización del notariado, pero el CCC en su férrea voluntad de reconocer la trascendencia de los actos notariales, contiene también normas al respecto. Muy especialmente las plasmadas entre los artículos 299 y 310 del CCC.

Hay pautas específicas, que pueden ser diferentes en cada jurisdicción del país respecto del soporte papel a usar, de reglas de formateo, del modo de identificación del notario autorizante, foliatura, tipos de protocolo, etc.

²³² El Reglamento Unificado de Actuación Notarial Digital, del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 12 -Anexo I determina que el sistema GEDONO (Generación de Documentos Notariales Digitales) incluye los siguientes módulos para la generación de las fojas digitales y los documentos notariales digitales: a) Certificación de Reproducciones Digitales; b) Certificación de Firmas Ológrafas con Reproducciones; c) Libro Digital de Requerimientos; d) Certificación de Firmas Digitales; e) Actuación Notarial Extraprotocolar; f) Actuación Notarial Art. 308 Cód. Civ. y Com.; g) Concuerda Digital; h) Rectificativa; i) Los que en el futuro se incluyan por decisión del Consejo Directivo.

En la provincia de Buenos se ha dictado el Reglamento de Actuación Notarial en Soporte digital el que en su art. 2 prevee. "actuaciones notariales en soportes digitales toda intervención realizada en el ejercicio de las funciones notariales de conformidad a la Ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires, aplicada a un documento en soporte digital". Asimismo, el art. 5º del citado reglamento determina que son tipos de actuaciones notariales en soportes digitales: a) las certificaciones de reproducciones digitales previstas en el inc. 1º del art. 171 de la ley 9020, sea que se trate de documentos nativos digitales o de documentos originarios en soporte papel digitalizados; b) las copias o testimonios digitales de las escrituras matrices; c) las copias simples digitales; d) las certificaciones de firmas digitales; e) notas y atestaciones marginales en documentos notariales digitales; y f) las certificaciones de firmas ológrafas y reproducciones digitales

Las técnicas de redacción son también variables. Sin embargo, hay reglas esenciales. Cada acto a otorgar tiene su identidad, por lo que el uso de formularios o los vicios devenidos con los ordenadores de texto respecto del uso de textos ajenos, debe ser evitado.

Otra regla, que las técnicas de redacción no pueden omitir, es la que nos induce a distinguir los dichos de las partes, de los dichos del notario. Esta disección ha sido producto de una tarea autoral del notariado, que purificó viejas técnicas de redacción. Del estudio de los artículos 993 a 995 del viejo Código Civil fue dilucidándose la importancia del tema para diferenciar qué partes del documento gozaban de plena fe hasta ser declaradas falsas en juicio civil o criminal y cuáles lo eran hasta su prueba en contrario. Hoy están clarificadas en el CCC en el artículo 296. Esto no implica que necesariamente la redacción debe estructurarse en dos compartimentos estancos, pues cada documentador, y cada caso, tienen su propia exigencia.

De la acertada redacción surgirá toda la tarea de juridicidad realizada en las instancias previas. En esta instancia el escribano desplegará, y dejará plasmada, su argumentación jurídica.

La operación consiste en dar un formato previo a lo que será definitivamente la realización del acto notarial en que se producirá *la forma*. En la mayoría de los actos notariales la operación de redacción y edición se desarrolla, con anterioridad a que se produzca el acto notarial propiamente dicho. En consecuencia, el notario debe prever con prudencia, - debe anticiparse - en base al material disponible que le ha provisto el proceso en las instancias anteriores, cómo se desarrollarán los hechos que acontecerán en su presencia: la narración debe responder a la realidad que oír y percibirá por sus sentidos al acontecer finalmente el acto notarial. En la mayoría de las escrituras públicas, al ser redactadas y editadas, hay una previsión de futuro. Se avanza sobre lo que será finalmente el documento notarial.

En esto se observa una gran diferencia con las actas de constatación notarial: en éstas la narración siempre acontecerá a posteriori de lo percibido, no hay opción de prever redacción, o en el mejor de los casos, y en situación ficcional, si los medios tecnológicos lo permitieran podría existir simultaneidad, más nunca antelación en la redacción.

Orelle plantea que antes del acontecimiento del acto notarial, el escribano dará cuerpo a un “proyecto de redacción que someterá a las partes en el momento de la

realización del acto”²³³. Este proyecto, en la mayoría de los actos notariales, se presenta ya editado en el soporte material definitivo que corresponde según la categoría del acto. Si la voluntad de las partes no coincide exactamente con lo editado, el proyecto o la edición deberá reformularse.

La minuta²³⁴

En algunos casos de trascendencia, mucha complejidad, o por las características del asunto o, a solicitud de los requirentes o previsión del notario, se elabora lo que se denomina minuta, que constituye un pre-proyecto, editado en papel común o enviado como documento electrónico, para que los interesados presten previo acuerdo o formulen las observaciones que estimen pertinentes, observaciones que el escribano podrá o no hacer propias de acuerdo a la naturaleza de las mismas. Adviértase que finalmente será el escribano, y sólo él, quien puede determinar la forma extrínseca del documento, y sólo él es quien definirá la justificación del contenido intrínseco de su propio acto. Esto, porque es el autor del documento.

Si hubo minuta y está ha sido aceptada por los requirentes, los documentos se editan (imprimen o graban) en el soporte pertinente: papel, o digital en las jurisdicciones y para los actos que este está habilitado.

En la edición, el escribano deberá cumplir con todas las reglas de procedimiento técnico que le imponen las normas provinciales, el código de fondo, y las leyes especiales (administrativas, tributarias, impositivas, registrales, etc.)

La etapa de documentación es muy simple respecto de aquellos documentos en el que el notario narra un hecho que él mismo protagoniza. Por ejemplo: la certificación de una fotocopia del original, que ha sido obtenida por el propio escribano. La técnica del fotocopiado y del escaneado practicada por el propio notario dan mayor celeridad y también seguridad en el servicio. Se están activando en el país las normas procedimentales para certificar documentos firmados digitalmente y para

²³³ ORELLE José M. “*Actos e instrumentos...*” Óp. cit. 218. Pág. 147.

²³⁴ Definición de la RAE: 1. f. Extracto o borrador que se hace de un contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias para su perfección. 2. f. Borrador de un oficio, exposición, orden, etc., para copiarlo en limpio.

firmar digitalmente documentos emitidos por el notario. Pero sea cual fuera el medio tecnológico empleado el notario verificará la realidad, antes de emitir su certificación.

Tanto más complejos sean los hechos a representar en el documento, más sutiles las percepciones que deban plasmarse, y tanto mayor argumentación jurídica requiera la configuración de la voluntad, la conciencia y la intención de los requirentes u otorgantes del acto, más arte deberá aplicar el escribano en esta etapa.

Para prever el relato exacto, que quedará definitivamente fijado en el acto notarial, el notario se valdrá de todo el material producido por él, o aportado por los requirentes, en cada una de las etapas previas. Cuando el acto notarial finalmente se produzca, si lo editado no coincide con los hechos pasados ante el notario, la edición deberá realizarse nuevamente. Si las omisiones, errores, diferencias pueden ser corregidas, corresponderá la enmienda y su respectivo salvado. Las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones, efectuadas como lo prevé el artículo 306 inc e) del CCC, deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma.

Sin perjuicio del avance de la tecnología, las enmiendas, testados, salvados, y entre líneas, siguen existiendo. Existían cuando las escrituras eran manuscritas, existían cuando eran mecanografiadas, existen ahora con la técnica de la impresión a tinta desde una computadora personal y existirán con los métodos que la tecnología nos provea de modo de garantizar la inalterabilidad del texto una vez firmado. De ese modo, todo documento digital que merezca ser rectificado, enmendado, o de otro modo intervenido después de ser firmado digitalmente, se realizará por la vía digital que corresponda, con la comparecencia o no de las partes, según sea el dato, texto o elemento a modificar, aclarar, rectificar, o completar.

Hoy la tecnología y las normas de procedimientos avanzan para prever el modo de corregir un documento digital: cómo controlar la trazabilidad es uno de los nuevos desafíos que estamos enfrentando. Carminio Castagno dejó dicho en su Teoría General del Acto Notarial, de su propia edición en el año 2006: “No tememos - como documentadores - ser desalojados “por los avances de la técnica en materia de

reproducción” (Carnelutti, pág. 72), del mismo modo que los jueces no creen en su sustitución por computadoras”²³⁵.

2.3.2. El acto notarial. Adveración notarial, dación de fe pública

a. Acto de producción del instrumento público. Su naturaleza

Finalmente ocurrirán los hechos que ocluyen el proceso documental. El escribano fija sus percepciones: de tiempo y lugar, de las personas que actúan, de los hechos que ocurren y/o se protagonizan en su presencia por los otorgantes, de la voluntad, conciencia e intención de aquéllos en la ejecución, de los hechos ejecutados por el propio escribano en cumplimiento de obligaciones funcionales, de la lectura de lo escrito, de las enmiendas, testados o entre líneas practicadas y de las firmas de los comparecientes (artículo 305 CCC).

A continuación, el escribano firmará e imprimirá su sello, convirtiendo el acto en público y el documento en instrumento público.

Como ya anticipamos, la edición previamente realizada, habrá de coincidir con exactitud con lo que acontece ante el notario. Aquí se develará una de sus mayores destrezas: capacidad de avizorar con certidumbre el fenómeno que se protagonizará ante él y por él.

Afirmaba Zinny en 1990, que no “suele ser frecuente que los notarios nos ocupemos de nuestro propio acto” y que, por lo que “sabemos sólo Carminio Castagno le ha dedicado una atención sistemática”²³⁶. El maestro rosarino sostuvo, practicando una comparación con la forma en el acto jurídico en las relaciones de derecho privado, que la forma impuesta al notario es la escritura, y ésta es la exteriorización de su voluntad: la del notario²³⁷. En su obra Zinny hace una verdadera disección del acto

²³⁵ CARMINIO CASTAGNO. (s/fecha). s.f.) “*Teoría General ...*”. Óp. Cit. 192. Pág. 35. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/42675.pdf>. “(Última entrada: 12/07/ 2021).

²³⁶ ZINNY, Mario. (1990). “*El acto notarial (dación de fe)*”, Buenos Aires. Ed. Depalma. Prólogo.

²³⁷ ZINNY. “*El acto ...*” Óp. cit. 236. Sostiene el autor que por dación de fe es “la narración del notario que es emitida a requerimiento de parte, está referida a sus propios actos y a comportamientos ajenos, acontecimientos de la naturaleza o sus resultados materiales, es instrumentada por el notario en el acto de percibirlos y está destinada a dotarlos de fe pública”). Pag.9.

notarial utilizando analógicamente la teoría del acto jurídico de derecho privado y, particularmente la obra de Emilio Betti: “Teoría General del Negocio Jurídico”. Define a la fe pública como “creencia impuesta por la ley”²³⁸. Sin embargo, no advertimos con claridad que el autor en esta obra se expida sobre el carácter de la función del escribano, o si el acto es un acto público o privado.

Carminio Castagno habría sido uno de los primeros notarialistas argentinos que se avocó al tratamiento del acto notarial en su “Teoría General del Acto Notarial”²³⁹. Al respecto expresaba: “Nos limitamos, por lo tanto, a la consideración del acto notarial público, que no otro carácter - para nosotros - reviste el emanado de la potestad “autenticadora”. Y tal afirmación nos conduce a otro delicado tópico, de incuestionable significación: dejar establecido el carácter de funcionario público del escribano investido. ... Por último, quizá nuestro ensayo sirva - indirectamente - a dejar mejor perfilada la autonomía del Derecho Notarial, puesto que toda ciencia requiere, para serlo, un objeto especial de conocimiento, al cual acceder por un método propio”²⁴⁰.

Lo significativo de lo expresado por Carminio Castagno, es su afirmación en el sentido de que la fidedatio es una *función pública* que se ejerce a través de una agente, que no es empleado del estado, pues no es éste quien le paga, pero que no por ello deja de ser funcionario público.

²³⁸ Óp. cit 236. Pág.69.

²³⁹ CARMINIO CASTAGNO. “*Teoría General ...*”. Óp. cit. 235. Pág. 240 Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/37629.pdf> . (Última entrada: 12/07/ 2021).

²⁴⁰CARMINIO CASTAGNO. “*Teoría General...*”. Óp. cit. 235. Pág. 35. “El Estado tiene a su cargo “funciones exclusivas” que, por tal razón, se denominan “públicas”. La fideidatio es una de ellas. Para ejercerlas - atento a su “imposibilidad de hecho”, propia de toda persona jurídica colectiva - dispone de “unidades abstractas permanentes” - los “órganos” - a quienes las atribuye dentro de determinada competencia. Tales “unidades” integran o no la “Administración estatal”. En el primer caso, los gastos que demanda su funcionamiento se satisfacen por medio del erario público; en el segundo, ello no ocurre. Pero, en ambos, se trata de auténticos “órganos estatales”. En razón de que éstos no son “realidades concretas”, es menester que el Estado requiera el concurso de personas físicas: los “agentes”, a los que “ nombra” en calidad de sujetos titulares. Del mismo modo que los órganos”, los “agentes” pueden o no ser “administrativos”, según sean o no pagados por el Estado. Si ello ocurre son, además, “empleados públicos”. Cuando el agente es titular de un órgano estatal investido de una función pública es, obviamente, “funcionario público”. Interesa, en consecuencia, la “titularidad” de una “unidad permanente”- lo que implica “nombramiento” y “continuidad”(y la “naturaleza” de la función. Por ello, sostenemos que el escribano es “funcionario público”. Pretendemos “revivificar” el concepto, que, para algunos, “está en franca quiebra” (Pérez de Olivares y Gavira, pág. 80)”.

Este autor afirma con vehemencia que el acto notarial *se* estructura en base a una secuencia integrada por dos términos: a) percepción; b) declaración. Refiere a la percepción expresando que la “propia naturaleza de la función ejercitada marca la necesidad de un soporte fáctico, un objeto. Se da fe de algo, ese algo es un “hecho”; y el hecho debe ser percibido por el sujeto fedante. Agrega que la percepción debe exteriorizarse y esto se hace a través de la declaración. Concluye, sosteniendo que el acto notarial es un acto jurídico, público, y formal - documental.

Desafiando a los grandes notarialistas de la segunda mitad del siglo pasado, Carminio Castagno, no vaciló en sostener el carácter de funcionario público del escribano.

Ambos autores parecen coincidir en que el acto notarial es un acto único, en el sentido de que no es parte o resultado de un proceso. La función asesora, solo aparece en ambos como coadyuvante de la función o actividad fedante.

Orelle, por su parte, afirma que la acción de escribir es parte de la *forma*, ya que implica “comportamiento del notario” ²⁴¹ y ese comportamiento es parte del acto.

Nosotros entendemos que la función desarrollada por el notario previa, y aun la posterior, a la ejecución del acto notarial es imprescindible e inescindible. No se trata sólo de asesorar, *se trata de aprehender la voluntad, la conciencia y la intención de quien requiere el servicio, encuadrarla jurídicamente y ejecutar el acto pertinente para alcanzar el bien jurídico buscado.*

Es José María Orelle, quien recoge con mayor profundidad, aquel guante arrojado por Carminio Castagno en los años 70, en la citada obra, cuando expresó como Colofón: “..., abrigamos la esperanza de que este trabajo pueda servir de punto de partida para intentos de mayor enjundia. No toca a nosotros, obviamente, decidir si posee los méritos necesarios para que así ocurra ” ²⁴².

José María Orelle, en su obra “Actos e Instrumentos Notariales”, con firmeza expresa que el acto notarial es un acto administrativo, a cuya determinación llega previo haber afirmado.

²⁴¹ ORELLE. “Actos... Óp. cit.118. Pág. 150.

²⁴² CARMINIO CASTAGNO. “Teoría ...” Óp. Cit. 235. Pág. 68..

1) que el acto público no es una reproducción conceptual de la teoría del negocio jurídico, instando a utilizar los vocablos del derecho privado en un sentido solo didáctico, expositivo o de analogía ²⁴³.

2) que “la función notarial es una función pública” ya que contiene un fragmento del poder estatal; que la función es atribuida a un órgano como garantía de atribución impersonal de dicho poder y que la competencia atribuida al órgano es específica en un doble plano: a) integra una estructura de función, competencia y procedimiento, b) proviene exclusivamente de la ley” ²⁴⁴. La propuesta de Orelle, coincidente con la de Carminio Castagno en el sentido de que la función fedante es atribuida a un órgano, incorpora en la estructura funcional notarial, el concepto de procedimiento.

En sentido semejante nuestra pretensión ha sido alcanzar una adaptación de las tradicionales operaciones de ejercicio al concepto de *proceso*. Tal como dice Orelle el acto notarial es un acto complejo, ya que se constituye por un conjunto de elementos interconectados. Reflexiona sobre los actos interferentes o conexos. Desde allí, llega a la conclusión de que el acto notarial es un acto compuesto y que todos los actos que se producen en el proceso, provengan de los particulares o del oficial público constituyen una unidad técnica ²⁴⁵. Refiere a un procedimiento, entendiendo a éste como “conjunto secuencial de etapas” ²⁴⁶.

La función notarial es, en consecuencia, una función pública, y como tal debe ser organizada y controlada por el Estado. El instrumento público notarial es el resultado del proceso notarial, que adquiere su esencia y puede producir sus efectos a partir del acto público de averación notarial.

El Código Civil y Comercial ha consagrado a través de su articulado la obligación del notario de practicar un proceso para alcanzar la forma documento notarial. Este proceso debe ser cumplido, a cuyo efecto es necesario analizarlo y describirlo en profundidad, contribuyendo con ello a que el notariado cumpla con la misión encomendada que es garantizar en sede notarial el ejercicio de derechos para

²⁴³ ORELLE. “Actos e ...”. *Óp. Cit.* 118 Pág. 95.

²⁴⁴ ORELLE. “Actos e ...”. *Óp. Cit.* 18. Pág.95.

²⁴⁵ ORELLE.” Actos e ...”. *Óp. cit.* 118. Pág.94.

²⁴⁶ ORELLE.” Actos e ...”. *Óp. Cit.* 118. Pág.40.

que las personas vivan conforme a derecho, sin necesidad de requerir ejecutabilidad judicial.

b. El principio de inmediación: su redefinición. Principio de presencialidad. Comparecencia en línea

El principio de inmediación entre el escribano y los otorgantes de actos jurídicos o, en relación a los hechos que percibe, ha sido siempre rector de la producción del documento notarial. Hoy la revolución digital de la que somos partícipes, coloca al notariado en una situación de profunda reflexión.

¿La inteligencia artificial nos irá marcando la vida? ¿Podrá cambiar la percepción de la emoción, la congoja, la satisfacción, el temor, el asentimiento?

Nos encontramos en una etapa de redefiniciones y redimensionamientos. El concepto del espacio es el que, en relación al tema de la inmediación, nos interpela: ¿podemos estar en el mismo espacio, aunque no en el mismo y exacto lugar del espacio geográfico? ¿Existe inmediación en el espacio virtual en el mismo sentido que en el analógico?

José María García Collantes muy recientemente ha dicho al respecto, “*Este... principio exige del notario la inmediación a los hechos, actos o negocios jurídicos que documenta de manera que la fe pública garantiza, ante todo, la exactitud de los hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos*”²⁴⁷. La inmediación, por tanto, aparece como esencial para la prestación del servicio.

²⁴⁷GARCIA COLLANTES, José M (2020). “*Inmediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea*”. Buenos Aires. Revista del Notariado N° Especial. Apartado 4. 1° Párrafo. Recupero: https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2020/09/Revista-del-Notariado_numero-especial-CAR_-septiembre-2020_a-imprenta.pdf. “La gran pregunta es ¿sigue vigente este principio en una comparecencia telemática como la que estamos proyectando? Y la respuesta no puede ser otra que la positiva. Es indudable que a través de una pantalla es más imperfecto el sistema de comunicación entre personas, pero también lo es que nos permite desarrollar una conversación larga con quien está al otro lado de la misma y apreciar su capacidad, entender su voluntad y cerciorarnos de que comprende el contenido del documento que va a ser autorizado por nosotros notarios. No se suprime, aunque sí se matiza, el principio de inmediación. El notariado tiene ocho siglos de existencia y ha sabido en todo momento adaptarse a los signos de los tiempos. Y la sociedad actual nos está pidiendo este nuevo paso. Es evidente que todos seguiremos prefiriendo una comparecencia presencial, pero no olvidemos que el sistema de videoconferencia difícilmente se convertirá en regla general”.

Sin embargo, existen actos – por ejemplo, aquellos en que no existen conflictos o contraposición de intereses, o unilaterales -, que pueden admitir intermediación a través de medios técnicos. La doctrina refiere al *principio de neutralidad tecnológica de autoridad*, que permitiría que el notario utilice los medios tecnológicos que estime pertinentes para percibir los hechos y elaborar sus juicios, siendo por supuesto exclusivamente responsable de sus declaraciones y por tanto del acto público que otorga ²⁴⁸.

El artículo 301 del CCC establece que “el escribano *debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes*, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes”. Respecto de esta imposición determinada por el art. 301 se ha opinado que una vez emitidos los juicios y controles que formula el notario éstos quedan integrados a la “presunción con la fuerza y alcances del art. 296, inc. b) del CCC.” ²⁴⁹. El objetivo es garantizar: la capacidad y legitimación de los sujetos (arts. 301 y 306 del CCC), el discernimiento, el consentimiento libremente expresado y la intención o móviles causales.

Jóvenes notarialistas, que son, además, especialistas en derecho informático, sostienen, y se encargan de reafirmar en cada oportunidad que se les ofrece, que no podemos confundir y asimilar seguridad informática a seguridad jurídica. Sin embargo, el documento electrónico de elaboración notarial ya existe y el documento

²⁴⁸ ARMELLA, Cristina Noemí, COSOLA, Sebastián Justo. ESPER, Mariano. GUARDIOLA, Juan José, LAMBER, Néstor Daniel, MOREYRA, Javier Hernán, OTERO, Esteban Daniel, SABENE, Sebastián E., SALIERNO, Karina Vanesa, SCHMIDT, Walter César, ZAVALA, Gastón Augusto. (2020). “*Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. Subtítulo: La autenticidad, la fe pública y la seguridad jurídica e informática*”. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni. Cita: RC D 2091/2020. *Conclusiones del Grupo de Trabajo Nuevas Tecnologías de la UINL*. www.uinl.org. Pág. 5: “La intermediación de las partes ante el notario es un elemento esencial para la prestación del servicio notarial. En el tráfico negocial existen determinados actos, sobre todo aquellos que, por su naturaleza unilateral o su carácter asociativo, sin contraposición de intereses, admiten excepcionalmente que la intermediación no sea física o presencial sino a través de medios técnicos diversos. En estos supuestos el notario, siguiendo el principio de neutralidad tecnológica, puede decidir qué medios le parecen suficientes para recibir el consentimiento, identificar a los otorgantes, apreciar su capacidad y en general formarse el juicio de legalidad de todos los elementos integrantes del acto que deba autorizar. El notario es el único responsable de la identificación, juicio de capacidad o discernimiento, información del consentimiento y control de legalidad sin que las deficiencias del medio técnico elegido puedan excusarle. La escritura pública no existirá hasta el momento en que el notario formalice su acto de autoridad, expresando su conformidad con las leyes, mediante la firma del documento”.

²⁴⁹ RUSSO, Martín. (2022). “*El documento digital como soporte de los testimonios de las escrituras matrices y documentos extraprotocolares*”. Ponencia al XX Congreso Nacional de Derecho Registral. Pagina 11. Recupero: http://www.jnb.org.ar/42/images/42-pautas-bibliografia/42JNB_TEMA-1/CNDR-Martin-Russo.pdf. Cita: TR LALEY AR/DOC/688/2022. (Último ingreso: 23 /02/2022).

digital de creación notarial, aunque sólo respecto de algunas de sus especies, también ya existe. De allí que en la doctrina hoy se pueden encontrar tres posturas: la que sostiene que no hay inmediación sin presencialidad física, la que sólo acepta la comparecencia en línea bajo ciertas condiciones y en razón de las necesidades sociales, y la que sostiene que se debe reconceptualizar el principio de inmediación, siendo posible una actuación notarial a distancia sin vulnerar ningún principio notarial ²⁵⁰. Es desde esta situación desde donde deberemos repensar el concepto de inmediatez.

Lo mediato es según la definición de la RAE “aquello que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre las dos”. La inmediación por consiguiente exige proximidad, exige que no exista separación en tiempo o espacio, entre lo que sucede realmente y lo que percibe el escribano por sus sentidos y deja plasmado en el documento que firmará inmediatamente. El Derecho Procesal Civil, también exige la aplicación del principio de inmediación de tal suerte que el juez tenga relación directa con las partes y el material disponible de autos, mas no en el acto en que toma su resolución judicial.

En sede notarial la inmediación ha sido exigida, precisamente, al momento en que confluyen las voluntades de las partes y/o los hechos y la dación de fe notarial. Por lo tanto, no son aplicables las mismas reflexiones: cuando el juez adjudica derechos está solo. Cuando las partes enuncian sus derechos, o adjudican derechos, están frente al notario y la percepción de aquel fenómeno es lo que debe advenir el notario.

Si concebimos la inmediatez como la situación en la que una cosa está próxima a la otra no mediando en tiempo, lugar o grado, otra cosa entre ambas, debemos concluir que este principio está redimensionándose justo en este tiempo. El desafío para la “tecnología notarial” en tanto herramienta, es alcanzar algún modo que provea al notario aquello que la inmediatez le provee en el mundo analógico.

²⁵⁰ COSOLA, Sebastián J. y SCHMIDT, Walter C. (2021). “*El Derecho y la Tecnología*”. T 1. Buenos Aires. La Ley –Reuter, cit. por SCHMIDT, Walter (2022) en “*El documento notarial digital y la actuación notarial remota*”. Buenos Aires. Ponencia en las 42 Jornadas Notariales Bonaerenses. Pág. 76. Recupero. <http://www.jnb.org.ar/42/images/42-trabajos/tema-1/1-SCHMIDT.pdf>. (Último ingreso: 20/05/2022)

La doctrina parece avanzar, por ahora sólo respecto de algunos actos jurídicos, en la transformación del principio de inmediación en el de *comparecencia directa en plataforma tecnológica, o de comparecencia en línea*.

Hay posiciones doctrinarias que sostienen que, lo que requiere el principio, es la presencialidad, y afirman que en la virtualidad también es posible confirmar presencialidad.

La Universidad Notarial Argentina, en el Decálogo de la Actuación Notarial a distancia, enuncia “un conjunto de directrices fundantes de la orientación que deban abordar los desarrollos actuales y futuros en la materia”. El objetivo del Decálogo es “sostener los valores deontológicos de la función notarial y mantener su calidad en nuestro país, pilar fundamental de la justicia preventiva, la seguridad jurídica y la paz social”.

En relación al tema de la inmediatez, incluye recomendaciones referidas, a la responsabilidad en el asesoramiento, configuración, calificación, redacción y autorización, - o sea en todo el proceso - de la que no puede eximirse al escribano, al documento notarial a distancia, la visión de la tecnología como herramienta, la identidad de la responsabilidad tanto en el campo analógico como en el virtual, la semejanza entre la escritura en soporte papel y la digital conforme a los arts. 286 a 288 CCC y art. 6° y 3° de la ley 25.506 ²⁵¹.

La Unión Internacional del Notariado se ha referido al concepto de “comparecencia en línea” de los requirentes ante notario. “Con esta expresión se viene a significar que la identificación y la prestación del consentimiento en un momento determinado en el tiempo a través de medios tecnológicos adecuados puede equivaler a la personación ante el Notario cuando éste no alberga dudas sobre la identidad del compareciente y el momento de prestación del consentimiento, pudiendo dar fe de ambos extremos” ²⁵².

²⁵¹ UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA. “*Actuación notarial a distancia. Decálogo para la actuación notarial a distancia. Primer documento.*” Instituto de informática notarial y sistemas proyecto de investigación en nuevas tecnología Óp. Cit. 205. “Entre algunas de sus recomendaciones referimos dos en función del tema: “Firma del documento en la audiencia notarial a distancia”: En la audiencia notarial a distancia, el compareciente deberá otorgar el documento notarial con su firma digital, de la misma manera el notario lo autorizará, todo ello conforme el art. 288 del CCCN. ... Capacitación permanente del notariado El desarrollo de las herramientas tecnológicas al servicio del notariado debe obligatoriamente ir acompañado de la capacitación continua de sus integrantes”.

²⁵² UIN. “*Decálogo de la UINL para las escrituras notariales con “comparecencia en línea*”. Adoptado por la Asamblea de Notariados Miembros el 03.12.2021. Recupero:

Por ahora, y hasta tanto existan las plataformas públicas apropiadas la posibilidad de la aplicación del principio de “*comparecencia directa en plataforma tecnológica*” o “*comparecencia en línea*” sólo es posible respecto de limitados actos notariales.

Es imprescindible abordar desde la doctrina notarial, la posibilidad de la *presencialidad virtual*, engarzada con el quehacer notarial de la individualización y conocimiento de los comparecientes. El “conocimiento”, por parte del escribano de quienes comparecen por plataforma tecnológica exigirá agudizar la percepción, el juicio y los medios de los que se valdrá el escribano para cumplir con las exigencias del artículo 306 del CCC.

Creemos que no es compatible con nuestro sistema jurídico fundar las modificaciones que el mundo digital nos propone, sólo en la responsabilidad del notario. Debemos contar con elementos objetivos, o materializaciones no personales - según el trialismo -, y no solo subjetivos. La prevención en vistas a la seguridad que se alcanza con la intervención notarial es consustancial con el sistema romano germánico. No se trata por lo tanto de sustituirla por una satisfacción económica - aunque ésta sea del escribano - sino de alcanzarla mediante el desarrollo de todo el proceso que describimos en esta tesis, y la obligación del notariado es lograr satisfacer la necesidad del bien buscado aún con las herramientas tecnológicas.

c. La firma de los requirentes

En este estadio, el requerimiento inicial, descrito en el Capítulo V. apartado 2.1.1, queda definitivamente expresado y manifiesto.

El artículo 305 del CCC prescribe que la escritura “debe contener la firma de los otorgantes ... y de los testigos si los hubiera”. Por su parte el artículo 288 determina la función de la firma: “prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde” y acepta la firma digital con idéntica función siempre “que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”. Deben

asegurarse ambas cosas: que quien lo firme sea el autor y que una vez firmado el instrumento no sea alterado.

El documento notarial, en tanto instrumento público, no sería tal sin la firma de quienes otorgan el acto jurídico o el requerimiento de actuación notarial. Respecto de la firma ológrafa hay consenso doctrinal en que la misma no es la escritura del nombre y apellido con letras alfabéticas como prescribía el CCiv. en el artículo 3633.

La firma ológrafa consiste en signos o trazos gráficos manuscritos por las personas humanas utilizados para manifestar autoría, voluntad o presencialidad respecto de determinados actos. Su nota más particular, y que la diferencia de la firma digital, es que es inescindible de la persona que la estampa.

Zannoni, ha distinguido “la existencia de un concepto subjetivo y otro objetivo de la firma. Subjetivamente la firma es el testimonio de la voluntad dado por escrito; y objetivamente es firma todo trazo inserto voluntariamente con ese fin. Quien así procede, aunque no estampe su firma habitual, si el trazo pretendió ser una firma, deberá atenerse a las consecuencias de la declaración de voluntad así suscripta. Quien simula o aparenta firmar está objetivamente firmando”²⁵³. La firma puesta por una persona ante escribano público no puede ser desconocida por el firmante.

Las nuevas tecnologías han atravesado el concepto de firma en forma muy aguda. Desde la sanción de la Ley 25506 en el año 2001, la normativa ha ido apuntalando los avances tecnológicos y su instauración efectiva. En materia penal se reformó el artículo 77 del Código Penal aceptando equiparar el concepto de firma con firma digital; la ley 26994, que aprobó el Código Civil y Comercial en 2014, consagró la normatización de la firma digital en el citado artículo 288, y la ley 27446 del año 2018 en su artículo 7, concede valor probatorio y eficacia suficiente a los documentos oficiales firmados digitalmente, de tal suerte, que no requieren legalización.

Al analizar el tema del documento digital hemos adelantado algunos de estos conceptos. Lamber afirma, como relata la cita N° 37, que “Son instrumentos públicos los autorizados o certificados por notario/a u oficial público competente con aplicación de su firma digital”.

²⁵³ ZANNONI, Eduardo. (s/fecha) “*Simulación o apariencia de la firma*” cit. por ABELLA Adriana en “*Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*”. (s/pág) Recupero. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/106/562>. (Último ingreso. 16/04/2022).

El cuestionamiento, en el tema, es si se pueden otorgar hoy escrituras públicas en la República Argentina firmadas digitalmente por los otorgantes. La respuesta es que aún no existe plataforma jurídica desarrollada al efecto, sin perjuicio de que puedan existir en un futuro no tan remoto. Sin embargo, hay que percibir que el asunto tiene dos perspectivas: 1º) la utilización de firma digital en presencia del escribano por quien es el titular de la misma y ha sido individualizado por el autorizante. 2º) la utilización de la firma digital en un acto desarrollado mediante “comparecencia en línea”. En el primer caso el notario sin duda percibirá la voluntad, la conciencia y la intención del otorgante y presenciara el acto de su firma digital. El segundo caso requiere de mayor rigurosidad en su análisis. Allí es donde el notariado está buscando herramientas jurídicas que sirvan para la individualización de las personas a distancia: validar mayor cantidad de datos, aumentar los estándares de valoración, ahondar en el juicio de conocimiento de los comparecientes a distancia. Quienes bregan por el avance en este sentido, respecto de las escrituras públicas y actas, afirman que deberá exigirse mayor validación de datos a los otorgantes tanto mayor sea la trascendencia del acto a otorgar.

El camino hacia las nuevas formas en plataformas virtuales es indefectible. Sin embargo, la realidad nos lleva a reconocer el hecho de que, por un tiempo, coexistirán ambos sistemas: analógico y virtual. Compartimos en este sentido lo expresado por los escribanos Coronel, Russo y Panero, en el sentido de que la digitalización ha dado lugar a la “aparición de un nuevo sector vulnerable”. Acceder al mundo digital requiere de infraestructura y aprehensión por parte del conjunto de los ciudadanos, del espacio virtual, necesidades que el Estado y la comunidad deberán atender para equilibrar las asimetrías que genera el acceso a ese mundo. El escribano debe contribuir a saldar las diferencias y desenvolverse en los dos mundos hasta tanto el equilibrio se alcance.

d. La fe pública

Este instituto ha sido analizado por la doctrina procesal, civil, penal, administrativa, política. Se ha tratado, por todos los medios y desde todas las ópticas, de diseccionarla de alguna forma

Couture a su respecto decía, casi como corolario de sus libros, después de haber diferenciado la fe pública formal de la fe pública sustancial, que “la eficacia sustancial

de la fe pública es, en último término consolidar el derecho poniéndolo fuera de la incertidumbre. Es una forma de la llamada "realización espontánea del derecho". El derecho se cumple por la adhesión natural de la conducta humana a sus previsiones hipotéticas. Sustancia y forma aparecen en este fenómeno ligadas en un propósito de estabilidad y de firmeza. Por ello, la función notarial viene a cumplir una verdadera magistratura de paz jurídica. El derecho se realiza espontáneamente en la paz”²⁵⁴. Concluye el acápite expresando “La fe pública es, en resumen, uno de los más preciosos instrumentos de la convivencia humana en el orden pacífico”.

ALTERINI por su parte ha afirmado que, por un lado, la "fe pública" es una creencia social. Aquí tiene el sentido de conjunto de creencias o confianza de numerosas personas. Muchas personas tienen confianza en alguien o en algo. Así, son muchos los que depositan su "fe pública" en un personaje de la ciencia, de la política o del deporte. “Esta fe no es impuesta por el Estado, es facultativa o voluntaria. Otra acepción hace de la "fe pública" una creencia obligatoria. Es la creencia o confianza que el Estado obliga a los ciudadanos a tener en alguien o en algo. Es necesario que el Estado nos imponga por ley creer, porque de lo contrario no estamos obligados a hacerlo, ...”²⁵⁵.

En esta instancia es esencial, en la producción del documento notarial, la inserción de la firma del notario. Es el instante en que el documento deviene en instrumento público con los alcances previstos en el art. 296 del CCC: hará a partir de este instante “plena fe”. Es la ley quien instituye el concepto de “fe” en relación al instrumento público. También es la ley la que instituye el oficial público específico para otorgar esos instrumentos. Pero, sin perjuicio de la ley, y tal como ya consignamos, la ley tiene una fuerte pretensión de verdad.

Hemos asimismo dicho que el legislador llega a la norma a través de la aplicación de conjeturas. Las personas y la comunidad requieren de certezas para determinados actos trascendentales en su vida, y con el fin de alcanzar seguridad y paz, es consagrada una fe pública colectiva.

²⁵⁴ COUTURE, Eduardo. (1954). “*EL concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*”. Montevideo. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo “. Pág.97.

²⁵⁵ ALTERINI Jorge Horacio. (2006).” *La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral*”. Buenos Aires. LA LEY2006-E, 1126.

La adveración que realiza el escribano cuando firma y sella el documento imponiéndole así la plena fe, está expresando: esto que vi, escuche, percibí, esto que para mí es evidente, es verdad. Allí reside la fuerza convictiva en sede social y judicial del documento notarial.

El escribano, autor del documento no tiene, a su respecto, fe del acto: él debe tener la evidencia, el conocimiento directo del mismo. El fenómeno evidenciado, por el escribano, *con las solemnidades - que en cada caso exige el acto a autenticarse -*, se materializa y se objetiviza en el soporte, con las formalidades extrínsecas que corresponda, y es averado por el escribano.

Esta adveración, expresada con la firma y sello, es la imposición de la fe pública que ejerce el agente por delegación del Estado. Cuando avera con su firma el escribano está expresando “esto es verdad”.

El proceso exige un momento de formalidades extraordinarias, un especial ritual. Estas formalidades devienen en solemnidades. Lo que busca la norma es la perdurabilidad: que la memoria no se desvanezca. *La solemnidad del acto contribuye a la reflexión, a que las personas adviertan la trascendencia que el acto que están protagonizando implicará en sus vidas, o en la de otros, o en la comunidad.*

2.4. Cuarta Etapa

2.4.1. Guarda y conservación de documentos notariales. El estado: titular de la fe pública originaria. Copias: fe pública derivada

Estas actividades obligatorias de guarda y conservación emergen del carácter representativo que posee el documento notarial, y de su fin mediato de ser medio y fuente de prueba de los derechos adjudicados o de potenciales derechos a ser adjudicados. Responde asimismo a la obligación del escribano de proteger los derechos de las personas.

Este es el gran valor de la matricidad, y del porqué, en principio, todo documento notarial debe gozar de matricidad. No gozan de ella los documentos extra protocolares, y en consecuencia su pérdida, deterioro o adulteración serán de difícil, cuando no

imposible, resolución. La prueba en este caso dejará de ser plena, y en muchos casos importará la inversión de la carga de la prueba.

El CCC ha dejado a las legislaciones locales la regulación del modo en que deban cumplirse estas obligaciones, y no ha legislado sobre el modo de reposición en caso de pérdida o deterioro del documento notarial. El artículo 300 determina que “corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación o archivo”.

Esto significa que el Estado le impone al escribano la facultad de otorgar instrumentos públicos y la obligación de protegerlos hasta que los mismos regresen en depósito al mismo Estado quien es el original y último responsable de la seguridad jurídica requerida.

En nuestra provincia la ley 3058, vigente antes del CCC, previó la situación en su artículo 20: “El notario es responsable de la conservación en buen estado de los protocolos que se hallen en su poder y de su entrega al Archivo Judicial antes de finalizar el año siguiente, con todos los folios sellados por el Inspector Notarial y la certificación de cierre hecha por éste”.

El notario podrá expedir las ulteriores copias si se cumplen los requisitos del artículo 308 del CCC, previstos en protección de intereses de terceros²⁵⁶. Una vez que, de conformidad al artículo 20 de la ley provincial, el protocolo sea entregado al Archivo Judicial de la Provincia - u órgano designado - para su conservación, la responsabilidad de guarda y reproducción es reasumida por el Estado provincial, o su delegatario, según la jurisdicción provincial. Sin perjuicio de ello el notario autorizante, su adscripto o sucesor, de conformidad al artículo 68 de la Ley 3058 de Mendoza, pueden expedir copias autorizadas, aunque el protocolo no se halle bajo su guarda, salvo las excepciones por el CCC en su artículo 308.

Hay jurisdicciones nacionales en las que la guarda está a cargo del Colegio Notarial respectivo. El Estado en este caso ha delegado las funciones de guarda y conservación en un ente público no estatal como lo son los colegios notariales. Es

²⁵⁶ Según el art. 308 del CCC si la escritura contiene la constancia de alguna “obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes” el escribano, previa la expedición debe requerir “la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico”.

destacable señalar que los solicitantes de las copias o testimonios deben acreditar interés legítimo al efecto. La guarda del protocolo conlleva el cumplimiento de obligaciones y protección de derechos de raigambre constitucional. El derecho al debido proceso, la defensa en juicio, el derecho a la intimidad, derecho de propiedad: ellos deben ser mensurados por el depositario del protocolo al momento de expedir ulteriores copias.

Respecto de la exhibición del protocolo el artículo 22 de la ley provincial prohíbe al notario la exhibición a terceros que no son parte del acto jurídico instrumentado, salvo que medie orden de juez competente o a “requerimiento de quien tenga interés legítimo y con relación a los respectivos documentos”. También en esta instancia la ley obliga al notario a actuar de manera tal que queden protegidas las garantías de los interesados.

Para los casos de pérdida de la matriz el CCiv. preveía en su artículo 1011 que, cuando alguna de las partes solicitare una nueva copia y se hubiera perdido el libro de protocolo, el juez podía ordenar la expedición de una copia nueva sobre la base de la que tenían las partes, previa audiencia con éstas. Esta norma no ha sido prevista en el nuevo Código, por lo que el modo para practicar la reproducción de un protocolo perdido o el reemplazo de una copia deteriorada ha quedado sujeto a la decisión de cada jurisdicción provincial, si estuviera previsto en la ley, o a la decisión judicial oportuna.

Lo que estimamos sustancial es incorporar, *como elemento central del principio de matricidad, la responsabilidad, del escribano, del Estado o de los colegios por delegación de éste, respecto de la guarda, conservación y exhibición* del protocolo. Los depositarios están obligados a dar ulteriores copias a solicitud de los interesados en las condiciones determinadas por la ley: estas copias son también instrumentos públicos de conformidad al artículo 289 del CCC. De allí la significación de la tarea: los depositarios de los protocolos extienden instrumentos públicos. Esto está comprendido en el artículo 289 inciso b) del CCC que, específicamente, prevé que las copias y testimonio de escrituras públicas son instrumentos públicos, y lo son tanto cuando los extienden los escribanos como otros funcionarios con los requisitos exigidos por las leyes: en el caso el funcionario del archivo judicial, o el colegio de escribanos, si lo fuere, serán quienes extiendan estos instrumentos públicos con la responsabilidad que de tales actuaciones deriva.

El depósito de los protocolos en manos del Estado o sus delegatarios significa que los instrumentos notariales producidos por los agentes del Estado designados al efecto producidos en sede notarial regresan al Estado como titular de la fe pública originaria.

2.4.2. Testimonios y copias en soporte digital

El artículo 289 del CCC en su inciso a) confiere carácter de instrumento público a las copias o testimonios de las escrituras matrices. Respecto de ellos ya no hay discusión en relación a que, los emitidos en soporte digital, alcanzan la misma eficacia probatoria que el documento notarial matriz existente en soporte papel nacido al tiempo de otorgado el acto y autorizado por el notario. El artículo 308 del CCC obliga al notario a dar testimonio del documento matriz a las partes, y permite que el testimonio y las copias, se obtengan por cualquier medio de reproducción conforme a las reglamentaciones locales. Estos instrumentos públicos siempre han sido un “traslado”- como los llamaba Vélez Sarsfield en la nota del artículo 997 - del contenido del documento original a otro soporte, hasta ahora papel, de características extrínsecas distintas a la matriz del protocolo. Son un reflejo del fenómeno notarial originalmente producido, con sus mismas características y efectos. Ese traslado era manuscrito en los tiempos de la pluma, era mecanografiado, en tiempos de máquinas de escribir, hoy es una fotocopia del original o copia electrónica plasmada en un soporte papel distinto al original. Una plataforma segura, permitiría hoy, que ese traslado se produjera en soporte digital con firma digital del notario.

A estos instrumentos no se les aplica el principio de inmediación, pues el hecho autenticado ya se produjo: son la reproducción del documento auténtico. Pero el agente público que los expida debe tener acceso inmediato o plena certeza de la existencia y contenido del documento original.

En las demarcaciones que lo regulen, cumpliendo con las disposiciones de la Ley de Firma Digital 25506 y sus modificatorias, estimamos que tanto los testimonios como las copias pueden ser emitidas en soporte digital por quien sea el depositario de la matriz al momento en que las mismas sean expedidas o, ser el autorizante del documento original y depositario de su copia digital al momento de expedir nuevas copias digitales.

Sin embargo, debe seguir siendo la prudencia la que prime en la actuación. Sostiene Pilar Rodríguez Aquarone²⁵⁷ que la tecnología del blockchain (aplicable a estos casos) se encuentra en estado *alfa - o sea a prueba* -, por tanto queda a verificar la fuerza ejecutoria y convictiva de estos documentos notariales digitales, que están dando sus primeros pasos.

2.4.3. El escribano: sus deberes con el Estado

La relación del escribano con el Estado es una relación de carácter público. Si bien esta relación, ya hemos dicho, se visualiza desde el momento de su investidura, y en relación al ejercicio efectivo, desde el momento que acepta el requerimiento, la tratamos dentro de la cuarta etapa del proceso para lograr una exposición más organizada y, porque muchos de los quehaceres que el escribano está obligado a realizar para con el Estado, se practican o se controlan una vez producido el documento notarial.

Sin perjuicio del carácter de función pública que ya hemos caracterizado, en servicio de los ciudadanos, el escribano ejerce también su función en servicio del Estado entendido como órgano. Esta tarea es esencial en la organización no solo de los registros publicitarios de inmuebles, muebles, personas jurídicas e incluso títulos valor, sino también de los catastros provinciales y municipales, de empresas prestadoras de servicios públicos y entes recaudadores, sin restar importancia a algunos organismos que, siendo solo entes privados, han conseguido que la ley imponga obligaciones funcionales al escribano.

Los organismos públicos recaudadores de impuestos provinciales y nacionales obligan al escribano como agente de información de operaciones, y percepción de impuestos. Está obligado, asimismo, como agente de información en relación a la prevención de lavado de dinero.

El calendario mensual de una escribanía está completo de recordatorios de vencimientos: de pagos, de presentación de declaraciones juradas, de ingreso de títulos, de información al municipio, de fechas de control de los órganos de

²⁵⁷ RODRIGUEZ AQUARONE, Pilar María. (2020) “*Los contratos inteligentes. Un desafío a la Seguridad Jurídica*” en “La Función Notarial”. Dir. ZAVALA Gastón A. Buenos Aires. Ed. La Ley. Pág. 339.

intendencia, de encuadernación de protocolos, de inspecciones notariales, impositivas, sin olvidar aquellas que se les exigen como empleador privado. Hay escribanos que reniegan de estas exigencias: es que no advierten que el Estado nos requiere porque le prestamos un servicio y porque cumplimos con un servicio público.

Ello no es óbice para que el notariado reclame eficiencia en el recurso humano y técnico que el propio estado –nacional, provincial o municipal- e incluso entes privados o públicos no estatales, deben proveer para poder cumplir con la misión impuesta. Muchas veces el exceso en las exigencias de estos organismos y sus propias ineficiencias atentan contra el verdadero sentido de la función notarial.

CAPITULO VI. Proceso Notarial y jurisdicción voluntaria.

Hemos alcanzado la convicción de que existe un proceso cuyas etapas hemos descrito, el que debe ser cumplido por el escribano desde que se incoa su intervención como oficial público, hasta que entrega el instrumento público en su matriz original al Estado como primer y último responsable de la “fidedatio”. Esta afirmación respecto del proceso notarial debe ser ligada conceptualmente con el tema tratado bajo el título “El notario documentador: el libre ejercicio del derecho de jurisdicción voluntaria” (Capítulo II 6.2).

A riesgo de parecer reiterativos no podemos evitar volver sobre este instituto, en este estadio de nuestro trabajo.

Gordillo, respecto de la jurisdicción voluntaria desarrollada por el poder judicial ha expresado: “Finalmente, es necesario referirse al problema planteado por ciertas actividades tradicionalmente consideradas administrativas: la jurisdicción voluntaria ejercida por los jueces, ...”. Respecto de aquélla el autor afirma que, los actos de que de la misma emergen, “no tienen intrínsecamente carácter jurisdiccional”, aunque propone asimilarlos, a los actos jurisdiccionales, por su íntima relación sustancial y formal con ellos...”²⁵⁸.

²⁵⁸ GORDILLO, Agustín. (2013). “*Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*”. Tomo 8. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. Pág. 99. Recupero: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf. (Última entrada 25 /05/ 2021).

Luqui se refiere a la jurisdicción voluntaria, indicando que la misma no presupone controversia alguna; “se trata de una especie deformada de la actividad jurisdiccional, a la cual se la denomina de ese modo sólo por la circunstancia de ejercerla órganos judiciales, aun cuando nada tenga de jurisdiccional”²⁵⁹.

En el ámbito civil se ha entendido que hay situaciones, respecto de hechos o personas, de las que el Estado debe responsabilizarse y para ello restringe las facultades dispositivas de los interesados: hay “... cierta clase de relaciones jurídicas, en las cuales existe un interés social comprometido, se impone la necesidad de que respecto de los procesos en que ellas se controvierten, prevalezcan los poderes del juez sobre las facultades dispositivas de las partes. Tal es lo que sucede con los procesos relativos al estado civil y a la capacidad de las personas (procesos matrimoniales, de interdicción, de suspensión o pérdida de la patria potestad), en los cuales no cabe el allanamiento, la transacción o la sumisión al juicio de árbitros o de amigables compondores”²⁶⁰.

Estas afirmaciones nos permiten reconfirmar lo ya dicho respecto de la jurisdicción voluntaria. En este acápite nos servimos de este instituto para sostener que *el acto notarial, o sea, la adveración del notario como tercero imparcial e imparcial, es un acto público y es un acto administrativo*. Si el acto del agente, oficial público, fuere simplemente un acto jurídico del propio agente, carente de carácter público ¿qué agrega tal acto al realizado por las partes, como no sea un simple testimonio?

La teleología y los efectos prácticos de la norma del artículo 296 del CCC responde a esa pregunta. El notario no solo no es un testigo, ni siquiera cualificado, sino que, de las obligaciones notariales previas, contemporáneas y posteriores al acto de adveración y de las exigencias impuestas tanto al agente como persona, como al

²⁵⁹ LUQUI, Roberto. E. (2005) “*Revisión judicial de la actividad administrativa*”. Buenos Aires. Ed. Astrea, tomo 1, p. 26.” Cit. por LAPLACETTE Carlos en ““*La jurisdicción voluntaria y el control de constitucionalidad*”. Pag.2 Recupero: <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/La-jurisdicci%C3%B3n-voluntaria-y-el-control-de-constitucionalidad-CARLOS-LAPLACETTE.pdf>. (Última entrada. 25 /05/ 2021).

²⁶⁰ AMPUERO Iván Hunter. (2010). ” *Estudios - derecho procesal: El principio dispositivo y los poderes del juez*”. Valparaíso. Universidad Austral de Chile. Revista de derecho (Valparaíso) versión On-line ISSN 0718-6851. [pp. 149 - 188]. Recupero: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005>. (Última entrada 2/07/2021).

proceso de producción y al documento como forma y cosa representativa, se concluye que el escribano es quien le transmite certeza pública, por orden del Estado.

Reimundín ha expresado que “proceso jurisdiccional en sentido estricto, es siempre una contraposición de intereses que pueden comprender no sólo toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha, sino también cualquier incertidumbre sobre la existencia de una relación jurídica, si esa incertidumbre ocasiona un perjuicio y las partes no tienen otro medio que el proceso para hacerla cesar y asimismo cuando sólo mediante la sentencia pueda obtenerse la constitución o modificación de un estado o relación” ²⁶¹.

Ha sido en la obra de Argentino Neri en la que hemos encontrado un análisis exhaustivo de la temática en tratamiento.

Nos enseña Neri que, para los romanos, *jus* era el derecho y *judicium* la instancia organizada. Siendo la magistratura suprema la del emperador, otros funcionarios ejercían imperio judicial, con jurisdicción contenciosa, en los temas en que había conflicto o contradicción y, los ediles o prefectos (más tarde tabeliones y notarios), quienes tenían “jurisdicción voluntaria” para los actos de la vida civil en los que no había contienda. Todos ellos, con limitaciones, estaban investidos de *imperium* por delegación. El autor menciona que, en paralelo, y en el campo alitigioso, se desarrollaba un juicio en el que no se dirimían diferencias: en esta estancia se ejercía un procedimiento *in iure*, a diferencia del *in iudici*, *uno en derecho otro en juicio*. Para darle ejecutividad a los créditos apareció más tarde *el confessus in iure*, y desde acá se fue avanzando hacia la carta de garantía redactada por el juez *in iure*, y este funcionario se convirtió en *iudex chartularii*. De esta práctica de procesos judiciales simulados se pasó a los instrumentos otorgados ante tabelión o notario, que resultó delegatario de la autoridad que otrora ejercía el juez, recién con la aparición del *iudex chartularii*: estos funcionarios comenzaron a operar en el campo del derecho con jurisdicción voluntaria. Este fue el nacimiento de una nueva función pública. “Se ve pues que, atento a esta

²⁶¹ REIMUNDÍN, Ricardo. (2016) “*El escribano y la jurisdicción voluntaria*”. Córdoba. Revista Notarial. Colegio Notarial de la provincia de Córdoba. Pág. 70. Recupero: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2016/02/RNCba-15-16-1967-68-06-Doctrina.pdf>. (Último ingreso: 13/03/2022).

realidad histórico política, la jurisdicción voluntaria de una postura netamente judicial paso a ser- en típica oposición - una jurisdicción de soberanía notarial”²⁶².

Esta lectura nos ha permitido verificar que existe una jurisdicción judicial litigiosa o contradictoria, una jurisdicción judicial cautelar y una jurisdicción voluntaria alitigiosa. Es ésta la que se ejerce en sede notarial. En los estrados judiciales hay jurisdicción respecto de asuntos en los que hay contraposición de intereses y asuntos en que tal contraposición no existe (procesos de restricción de capacidad, por ejemplo). Sin embargo, hay procesos judiciales en los que no hay contradicción, ni hay necesidad de una actividad tutelar especial: estos procesos tienen carácter netamente administrativo y no se justifica en ellos la restricción del poder dispositivo de las personas. En estos casos, incoar la vía judicial es tan innecesario como negativo. El Estado tiene funcionarios, en quienes delega la facultad fedante, capacitados para conducir esos procesos no contradictorios. La sede notarial es apta para eso pues, en ella, los intereses son concurrentes, o toda contraposición de intereses deviene en composición.

Existe la jurisdicción contenciosa o litigiosa en sede judicial, y habría una sede judicial a litigiosa ejercida por el poder judicial, cuyo fin es esencialmente cautelar.

Existe, entonces, la jurisdicción voluntaria por la que las partes resuelven ejercer sus derechos autónomamente, por la que los sujetos asumen sus deberes, por las que cambian sus situaciones jurídicas y constituyen o extinguen sus relaciones, y existen aquellas en las que, simple pero esencialmente, demuestran y asumen el derecho que la ley les otorga por encontrarse en una situación absolutamente reglada, con las protecciones de terceros siempre presentes en todo acto de derecho. Existe el derecho de decir el derecho y dar a cada uno lo suyo en la bio normalidad.

CAPITULO VII. El Derecho Notarial y los principios generales.

²⁶² NERI, Argentino. (1969). “Tratado de Teoría y Práctica de Derecho Notarial”. Volumen 1. Buenos Aires. Ed. Depalma. Pág. 433.

Debemos cerrar nuestra hipótesis refiriéndonos a los pilares que sirven de fundación a nuestra visión del proceso notarial. En el desarrollo descriptivo que hemos realizado del proceso notarial, están contenidos, los principios tradicionales del Derecho Notarial.

Los principios son soporte sustancial para la interpretación de las normas en un tiempo, en un lugar, en especiales circunstancias, y cuyo fin es obtener la mejor “orientación” en el caso, conforme lo expresado en el acápite “El escribano y la búsqueda de la justicia en sede notarial”.

Según García Collantes los principios del Derecho Notarial “... *eran los de rogación, control de legalidad, consejo y asesoramiento, redacción e intermediación*”²⁶³.

Otras formulaciones de principios refieren a los siguientes: 1. Principio de rogación. Prohibición de oficiosidad. 2. Principio de legalidad. 3. Principio de justificación del acto o de argumentación. 4. Principio de materialización o documentación. 5. Principio de intermediación. 6. Principio de informalismo y de formalismo.

Nos atrevemos a formular una enunciación, a la que llegamos por inducción del esquema que hemos propuesto y que nos pueden guiar en nuestro quehacer: 1. Principio pro homini. 2. Principio de juridicidad. 3. Principio de rogación. 4. Principio de legalidad. 5. Principio del debido proceso en sede notarial. 6. Principio de alitigiosidad. 7. Principio de justificación del acto o de argumentación. 8. Principio de intermediación o comparecencia. 9. Principio de materialización o documentación. 10. Principio de informalismo en el proceso. 11. Principio de formalismo en el acto público.

Estos principios nos permiten sostener que el Derecho Notarial reconoce intensamente en su material disponible normas sustanciales y normas adjetivas. A través de ellas, y de los hechos traídos a la sede del notario por los requirentes, se concretan más allá del intelecto, los valores buscados, en tanto y en cuanto el escribano cumpla con el estándar mínimo de la comprensión de certeza, seguridad, paz y justicia.

²⁶³ GARCIA COLLANTES, José Manuel. (2020). “ *Inmediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea*”. Buenos Aires. Revista del Notariado N° Especial. 2020. Recupero: https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2020/09/Revista-del-Notariado_numero-especial-CAR_-septiembre-2020_a-imprenta.pdf. Pág. 22.

1.El valor humanidad en sede notarial

Asiste razón a Mario Zinny cuando afirma que con los principios generales del derecho ocurre lo mismo que con los conceptos de derecho o norma jurídica: “la manera de concebirlos depende de la escuela, corriente o tendencia filosófica de cada uno”²⁶⁴. Zinny, expresa que Juan Bautista Valet de Goytisolo, sostiene que los “principios generales de derecho no son normas jurídicas. Constituyen las bases en las que descansan la organización jurídica tanto en lo permanente como en lo mudable, (De Castro) y son directrices históricamente condicionadas que determinan las valoraciones normativas sin agotarse en la norma (Betti) ... son ideas pautas que en virtud de su fuerza de convicción pueden justificar soluciones jurídicas”²⁶⁵.

Lico por su parte ha afirmado que: “Los principios generales del Derecho, son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea de principalidad, que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del Derecho. Se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza misma de las cosas. Por ello, se ha destacado que todo principio del Derecho lleva consigo la necesidad de su estricta observancia”²⁶⁶. Agrega: “Son reglas de carácter general, porque trascienden un precepto concreto y no se confunden, entonces, con apreciaciones singulares o particulares. Dicha cualidad permite que tales principios puedan acomodarse mejor a la realidad, que se presenta siempre como nueva y cambiante”.

²⁶⁴ ZINNY Mario. (2008). *“Instituciones de Derecho Privado”*. Buenos Aires Ed. Ad Hoc. 2008. Pág.70.

²⁶⁵ ZINNY Mario. Óp. cit. 264. Pág. 275.

²⁶⁶ LICO Miguel A.(s/fecha). *“Los principios generales del derecho, breve referencia conceptual. Breve estudio de los principios generales del derecho y de los principios generales del derecho aplicables y surgidos del derecho administrativo”*. Recupero: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/lico_f15.doc.Pág. 1-2- (Última entrada: 22/05/ 2021). En **primer lugar**, son “principios”, por cuanto constituyen los soportes primarios estructurantes del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido. En **segundo lugar**, “son reglas de carácter general”, porque trascienden un precepto concreto y no se confunden entonces con apreciaciones singulares o particulares. Dicha cualidad, permite que tales principios puedan acomodarse mejor a la realidad, que se presenta siempre como nueva y cambiante. En **tercer lugar**, los principios generales “son de Derecho”, ya que se trata de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas. A pesar de que no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla del Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal. ”

Sebastián Cosola, citando a Vigo, Del Vecchio, Cianciardi, Martínez Paz y Grajales, ha escrito en tiempos de pandemia Covid 19 (mayo 2020) que “..., la argumentación notarial del derecho se consolida en la teoría de los valores que se relacionan proyectando el contenido del documento, ... Para ello, se vuelve necesario ubicar a los principios como verdaderos elementos de la argumentación jurídica, porque son los antepuestos al ordenamiento jurídico positivo, ...”. El autor afirma que los principios del derecho son imprescindibles para la aplicación de la “compleja teoría de argumentación jurídica” ²⁶⁷.

Ciuro Caldani, desde su visión integrativista de la teoría trialista del mundo jurídico, sostiene como meta “También la justicia contribuye a la realización de los otros valores jurídicos... . Cuando el poder, la cooperación, etc., son justos, son más comprensibles y realizables. Como lo destacó Carlos Cossio, la justicia y los otros valores jurídicos se reclaman recíprocamente. Es más: según lo ya expuesto, todos los otros valores a nuestro alcance surgen del valor humanidad alimentándose “recíprocamente” con él.” ²⁶⁸.

Los escribanos argentinos Armella, Clusellas, Cosola, Moreyra, Salierno, Spina y Zito Fontán, en su trabajo premiado en el 29º Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Yakarta en 2019, han visibilizado desde el notariado los principios y al respecto han dicho: “Resulta que si los derechos fundamentales exigidos por el ser humano en sus intereses existenciales, no tuvieran todavía regulación normativa o principios generales, igual deberían tener favorable acogida a través de resoluciones judiciales basadas en la DIGNIDAD HUMANA ” ²⁶⁹.

²⁶⁷ COSOLA, Sebastián Justo. (2020) en “*Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. Subtítulo: La autenticidad, la fe pública y la seguridad jurídica e informática*”. Autores: ARMELLA, Cristina N. COSOLA, Sebastián J., ESPER, Mariano, GUARDIOLA, Juan J., LAMBER, Néstor D., MOREYRA, Javier H., OTERO, Esteban D., SABENE, Sebastián E. SALIERNO, Karina V, SCHMIDT, Walter C., ZAVALA, Gastón A. Buenos Aires. Página 9. Recupero: <http://www.escribanoschaco.com/chaco/images/2020/emergencia-pandemia-tecnologia-y-notariado.pdf>.

²⁶⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (1984). “Ubicación de la justicia en el mundo del valor. (El asalto al valor justicia)”. Rosario. Pág. 151. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/934/770>. [Nota del Editor: Reedición inalterada de la versión publicada en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. II, págs. 16/35] (Última entrada. 22/05/2021).

²⁶⁹ NOTARIUS DIGNITATIS AUCTOREM. (Seudónimo). (2019). “*El notario: ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables*”. ARMELLA, CLUSELLAS, COSOLA, MOREYRA, SALIERNO, SPINA y ZITO FONTÁN. Primer Premio de Investigación Jurídica sobre Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes, Infancia, Refugiados u otros grupos que se encuentren

CONCLUSIÓN

1. El proceso en el Código Civil y Comercial de la Nación

La tutela efectiva de los ciudadanos, el derecho de peticionar a las autoridades y el debido proceso, configuran derechos y garantías integrantes del bloque constitucional, por lo que su regulación por parte del Congreso Nacional no puede discutirse. Esto sin negar la competencia legislativa provincial, de tipo concurrente que complementa, sobre los estándares que determina aquel cuerpo legal, a las normas nacionales para alcanzar mayor protección y adecuación de conformidad a la realidad y necesidad de cada provincia.

El CCC, en cumplimiento de su gran vocación de constitucionalización del Derecho Privado ha incluido normas aparentemente adjetivas ²⁷⁰, en muchas materias: apreciaciones de la prueba, valores probatorios y cargas probatorias; medidas probatorias (arts. 721,722, 723); prescripción (art 2551 y art. 2459 relativo a la donación); valor de cosa juzgada para la transacción, (el art. 1642 establece que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial.); la acción preventiva del art. 1711 en relación al sistema de responsabilidad civil; la inembargabilidad de determinados bienes (ropa y muebles de uso indispensable para el deudor y su familia, instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión, arte u oficio, sepulcros afectados a su destino, derechos de usufructo, uso y habitación, etc.); en relación a las fuentes y medios de prueba, podemos referir el art. 314 (firma en instrumentos privados), 317 (fecha cierta del instrumento privado), 336 (prueba de la simulación), 492 (derecho a recompensa), 512 (prueba de la unión convivencial), 895 (prueba del pago), 1020 (prueba de los contratos formales), 1415 (prueba del contenido de la caja de seguridad).

en situación de vulnerabilidad. XXII Congreso Internacional del Notariado. Yakarta. Pag. 8-9-
Recupero: <http://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2019/11/PREMIO-UINL-Trabajo-de-investigacion.doc.pdf>. (última entrada 23/06/2020).

²⁷⁰ ROSALES CUELLO, Ramiro; MARINO, Tomás. (2014). “*Las normas procesales en el nuevo Código Civil y Comercial*”. SJA 2014/11/26-3; JA 2014-IV. Recupero: https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Rosales_Cuello_Las_normas_procesales.pdf. Pág. 3.

En lo que nos atañe, el Código Civil y Comercial, ha determinado, lo que hemos llamado proceso notarial, un funcionario a cargo, y el producto resultado del mismo: el documento notarial.

1. Regula los hechos y actos jurídicos en los artículos 257 y 259.

2. Enuncia en el artículo 289 cuáles son los instrumentos públicos, y atribuye ese carácter de modo, casi excluyente, a los documentos extendidos por los escribanos públicos.

3. Determina la “plena fe” probatoria del instrumento público en el artículo 296 y en el 297 la prohibición de testigos y oficial público de dañar o contradecir el instrumento.

4. Establece, con estrictez, en el artículo 290 los requisitos que deben cumplir los instrumentos públicos, y las obligaciones que debe cumplir el escribano.

5. Determina, en el artículo 291, las prohibiciones impuestas a su actuación en relación a determinadas personas.

6. Exige en el artículo 292 que el “funcionario público” esté en funciones, o sea que haya sido investido y mantenga la calidad de tal, para autorizar instrumentos públicos.

7. Define qué es la escritura pública y el protocolo, elemento material que le asigna al escribano público, en los artículos 299 y 300.

8. Prescribe que la escritura pública contiene actos jurídicos y las actas contienen hechos, en los artículos 299 y 310.

9. Ordena el cumplimiento de una serie concatenada de actos y requisitos que debe cumplir el escribano en el artículo 301.

10. Impone al notario el deber de calificar los presupuestos y elementos del acto en el artículo 305, y de configurarlo técnicamente, obligándolo a recurrir a la resolución del “caso” conforme a los artículos 1, 2, y 3 del CCC,

11. Obliga al notario a consignar los juicios de lógica, de ciencia, de percepción, de argumentación, que debe formular, según el artículo 305.

12. Establece el deber legal del escribano de justificar la identidad de los comparecientes, en el artículo 306.

12. Regula minuciosamente pautas respecto del idioma a utilizar, y la forma de consignar abreviaturas y números en las escrituras públicas, en los artículos 302 y 303.

13. Impone al escribano la obligación de realizar las operaciones materiales de leer lo editado en el protocolo, en el acto en que las partes formalizan el acto jurídico, así como la tarea manual de enmendar, salvar, o testar las correcciones hechas en la escritura de “puño y letra”, antes de la firma

14. Prevé la obligación de *hacer firmar en presencia* del escribano a los presentes el acto, y cómo hacer firmar a quien no sabe o no puede.

15. Remite a las legislaciones locales las previsiones contempladas en el artículo 300 respecto de formalidades extrínsecas y sobre la guarda y conservación de protocolo

Todas estas normas integradas al sistema conformado por los principios generales, al bloque de constitucionalidad, a las legislaciones locales y leyes especiales, constituyen materia del Derecho Notarial y permiten identificar la secuencia que hemos llamado proceso notarial, que es parte de esa materia.

2. Verificación de la hipótesis. El proceso: revelador de la justificación social, normativa y axiológica de la función notarial

Nuestra hipótesis fue planteada en estos términos: existe un “proceso notarial”, que permite el ejercicio de derechos constitucionales a las personas, en el que se revela la justificación social, normativa y axiológica de la función, y que, a través de la interpretación armónica del Código Civil y Comercial de la Nación con el resto del Derecho, ha quedado integrado al sistema jurídico notarial.

Creemos haber demostrado nuestro planteamiento original.

El Derecho Notarial incluye, en sus elementos fundantes, el proceso notarial. La referencia a las operaciones de ejercicio debe considerarse solo como un paso histórico, actualmente superado.

La constitucionalización del Derecho Privado obliga a respetar el derecho constitucional de peticionar a las autoridades, de generar debidos procesos para ejercer derechos, de proveer a la seguridad jurídica y a la paz en tanto solidaridad y vocación comunitaria.

Hemos verificado que existe una sede notarial en la que las personas formulan sus propias normas para una situación jurídica concreta, se adjudican derechos, reparten potencias e impotencias, adquieren certeza a través de la intervención del

notario, logran alcanzar el valor seguridad y tratan de realizar justicia dando a cada uno lo suyo en el ejercicio permanente y cotidiano de vivir conforme al Derecho.

La obligación de verificar las etapas del proceso es innegable.

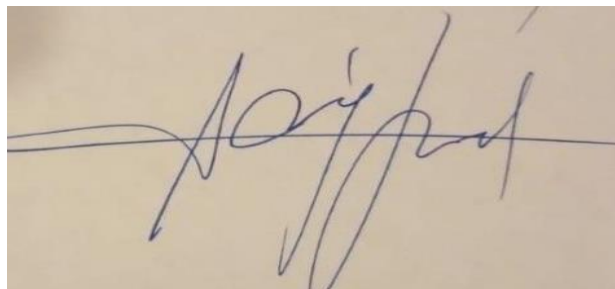
El debido proceso, es imperioso para el escribano en tanto ejerce una función pública para lo cual debe ser un buen jurista: el derecho de las partes de peticionar a las autoridades tiene el correlativo deber de respuesta del funcionario para satisfacer el bien que buscan alcanzar.

Para que el documento notarial alcance el bien jurídico para el que está destinado, *es imprescindible que la función notarial, y cada acto que el oficial despliegue, alcance su justificación social, normativa y axiológica*. Esta justificación se hace visible en el cumplimiento de las etapas de ese proceso y queda debidamente plasmada en el acto notarial mediante la adveración: “esto es verdad”.

El desarrollo de ese proceso es, con la sutileza que cada documento requiere, el que garantiza el ejercicio permanente de la jurisdicción voluntaria tomada ésta, tal como hemos desarrollado en este trabajo, en el sentido de la biología del Derecho en la normalidad.

Entendemos haber verificado nuestra hipótesis, y anhelamos que nuestro trabajo sea recibido por la comunidad jurídico notarial como un aporte al Derecho Notarial: que sirva para la crítica y de ella obtenga la posibilidad de ser adaptado y acumulado al conocimiento como construcción colectiva.

Anahi Carrascosa de Granata

A photograph of a handwritten signature in blue ink on a light-colored surface. The signature is stylized and appears to read 'Anahi Carrascosa de Granata'.

BIBLIOGRAFIA

- ABELLA, Adriana. (2005). “*Derecho Notarial, derecho notarial - responsabilidad notarial*”. Buenos Aires. Ed. Zavalía.
- ARMELLA, Cristina. (1998). “*Tratado de derecho notarial registral inmobiliario*”. Buenos Aires. Ed. Ad-hoc.
- BALIERO DE BURUNDAREN Ángeles. (2015).” *Código Civil y Comercial Comentado*”. Dir. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso. Buenos Aires. Ed. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. SAJJ. Recupero: www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado.Tomo_I”.
- BELLUSCIO Augusto. (Dir.) (1988). “*Código Civil y leyes complementarias*”. Tomo 4. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- BETTI, Emilio. (1959) “*Teoría General del Negocio Jurídico*”. Madrid. Revista de Derecho Privado. 2º Edición. Recupero: https://kupdf.net/download/betti-emilio-teoria-general-del-negocio-jur-iacute-dico-1-ordf-parte_5af7a6d7e2b6f5f15e342272_pdf
- BUERES, Alberto. (1998). “*Objeto del negocio jurídico*”. Buenos Aires. Ed. Hammurabi”.
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. (2006). “*Teoría General del acto notarial y otros títulos*”. Entre Ríos. Edición del autor. Dos tomos
- CARNELUTTI Francesco. (1979). “*La Prueba Civil*”. Buenos Aires Ed. Depalma.
- CLUSELLAS Eduardo D. (coordinador). (2015) “*Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado. Modelos de Redacción sugeridos*”. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- COSOLA Sebastián J. (2013). “*Fundamentos del Derecho Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc.
- COSOLA Sebastián - SMITH Walter. (2021). “*El derecho y la tecnología*” Buenos Aires. Ed. La Ley.
- COSOLA, Sebastián Justo. (2020) “*El documento Notarial en el Código Civil y Comercial*”. Buenos Aires. Bogotá. Porto Alegre Ed. Astrea. FEN.
- COUTURE, Eduardo J. (1978). “*Estudios de Derecho Procesal Civil*”. Buenos Aires. Ed. Depalma. 2da. Edición.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1970). *“Teoría General de la prueba”*. Bogotá. Ed. Víctor de Zavalía. Tomo I. https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro- LAMBER Rubén Augusto. (2010). *“Función Notarial”*. Derecho Civil Aplicado. Buenos Aires. Astrea.
- FALBO Santiago- DI CASTELNUOVO Franco. (2019). *“Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial”*. Buenos Aires. Ed Di Lalla- FEN Editora Notarial.
- GALGANO, Francesco (2005) *“La globalización en el espejo del Derecho”*. Santa Fe. Argentina. Rubinzal Culzoni.
- GATTARI, Carlos Nicolás. (1986). *“Práctica Notarial 3”*. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- GORDILLO, Agustín. (2013) *“Tratado de Derecho Administrativo 2”*. Buenos Aires. Recupero [https:// www. gordillo. com/ pdf_tomo8/ capitulo03. Pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo03.Pdf). Ed. Fundación Derecho Administrativo.
- GORDILLO, Agustín. (2013). *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 8. Teoría General del Derecho Administrativo”*. Recupero: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf.
- HERRERA Marisa Dir.- CAMELO Gustavo - Picasso Sebastián. *“Código Civil y Comercial Comentado”*. Ed. SAIJ. [www.saij.gob.ar/ docs-f/ codigo-comentado/ CCyC_Comentado. Tomo_I](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado.Tomo_I)”.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (2015). *“La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- LAMBER Augusto Rubén. (2003/2006). *“La escritura Pública”*. Buenos Aires. Ed. FEN.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. (2015). *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni.
- NERI, Argentino I., (1969/1980^{1a} ed., 2^a tda) *“Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”*. Buenos Aires, Depalma.
- ORELLE José María. (2008). *“Actos e instrumentos notariales”*. Buenos Aires Ed. La Ley
- PELOSI Carlos A. en *“El documento notarial”*. Ed. Astrea, 3^o reimpresión. Buenos Aires. 1997.
- RAUEK DE YANZON, Inés. (2016). *“Derecho Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza. Perspectivas actuales”*. Buenos Aires. Ed. La Ley.
- RIVERA, Julio, MEDINA Graciela. (2016). *“Código Civil y Comercial Comentado”*. Buenos Aires. Ed. La Ley.

- TRANCHINI Marcela. (dir.) (2005). “*Estudios de Derecho Notarial y Registral*”. Buenos Aires. Ed. FEN.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., (1985). “*La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública, en Estudios sobre derecho de cosas*”, Madrid. 2ª ed. T. I. Ed. Montecorvo.
- ZAVALA, Gastón Augusto. (dir). (2020). “*La función notarial*”. Buenos Aires. Ed. La Ley.
- ZINNY, Mario. (1990). “*El acto Notarial*”. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- ZINNY Mario. (2008) “*Instituciones de Derecho Privado*”. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc.

ARTICULOS DE DOCTRINA

- ABELLA, Adriana. (2015). *"Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina"* Puebla. Méjico. Revista IUS. Vol. 9. N°36. ISSN 1870-2147.- Recupero: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=S1870-21472015000200359>.
- ALLENDE, Ignacio M. (1969). *"Institución notarial y el derecho"*. Buenos Aires. URL. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/42145.pdf>. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. s/pág.
- AMPUERO Iván Hunter. (2010). *"Estudios - derecho procesal: El principio dispositivo y los poderes del juez"*. Valparaíso. Universidad Austral de Chile. Revista de derecho (Valparaíso) versión On-line ISSN 0718-6851.
- ARMELLA, Cristina N., COSOLA, Sebastián J., ESPER, Mariano, GUARDIOLA, Juan J., LAMBER, Néstor D., MOREYRA, Javier H., OTERO, Esteban D., SABENE, Sebastián E., SALIERNO, Karina V., SCHMIDT, Walter C., ZAVALA, Gastón A. (2020). *"Emergencia, pandemia, tecnología y notariado"*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni. Recupero: RC D 2091/2020.
- ARMELLA, Cristina N, CLUSELLAS Eduardo G, COSOLA Sebastián J., MOREIRA, Javier H., SALIERNO, Karina V., SPINA, Marcela V. y ZITO FONTAN, Otilia del C. (2019) *"El notario: ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables"*. Universidad Notarial Argentina. <http://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2019/11/PREMIO-UINL-Trabajo-de-investigacion.doc.pdf>
- BALIERO DE BURUNDARENA Ángeles. (2016). *"Comentario al artículo 290"*. *"Código Civil y Comercial Comentado"*. Dir. HERRERA Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián. Ed., SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recupero: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.
- BRAVO, Juan Andrés. (2019). *"Primeros pasos hacia una nueva era. Procedimiento técnico notarial ante documentación habilitante digital"*. Buenos Aires. Recupero:

<http://www.jnb.org.ar/41/images/41-trabajos/tema-1/1-BRAVO-Juan-Andres.pdf>.

- BENSEÑOR, Norberto Rafael. (2015). "*Prohibiciones del artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas*". Buenos Aires. Ed. Revista del Notariado N° 919. Colegio Escribanos Ciudad de Buenos Aires.
- BARRIOS FERNÁNDEZ Plácido. (2022). "*De escribanos a notarios: breve recorrido histórico*". Recupero: <https://www.elnotario.es/panorama/8638-de-escribanos-a-notarios-breve-recorrido-historico>.
- BENAVENTE, María Isabel. (2014). "*Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación*". Buenos Aires. Publicado en: Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial.). Cita Online: AR/DOC/3875/2014.
- BIANCIOTTO, Octavio. (2020). "*El documento notarial*". Revista Notarial No. 937. Buenos Aires. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
- BORDENAVE, Leonardo. (2018). "*EL artículo 296, Inc. A, del Código Civil y Comercial: A propósito de la privación al juez del trabajo de la posibilidad de declarar eficazmente la falsedad de un instrumento público presentado en juicio laboral*". Córdoba. Revista de Derecho de Córdoba, Número 2. Abril. <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3670-articulo-296-inc-del-codigo-civil-y-comercial-proposito-privacion-juez>.
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. (1973). "*Teoría General del Acto Notarial*". Ed. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Buenos Aires. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/42675.pdf>.
- CARMINIO CATAGANO, José Carlos. (2016). "*Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial*". Buenos Aires. Revista del Notariado 924. Recupero: <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/algunas-omisiones-en-el-codigo-civil-y-comercial/>.
- CARNELUTTI, Francisco. (1950) "*La Figura Jurídica del Notario*." Disertación en el Colegio Matritense del Notariado". Madrid. Recupero: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/008-08-5809-CARNELUTTI.pdf

- CARRASCOSA de GRANATA, Anahí y GALIGNARES, Beatriz. (2004). "La contribución del notariado a la prevención de la litigiosidad". Ponencia: XXVII Jornada Notarial Argentina. 2º Premio. Obra no publicada.
- CARRASCOSA DE GRANATA Anahí. (2003). "*Capacitación permanente obligatoria*". Revista Notarial Número 946. Buenos Aires. Universidad Notarial Argentina.
- CARRICA Pablo Alejandro. (1999). "*La Fe Pública*" - Revista Notarial Número 932. Buenos Aires. Ed. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Pág. 81-104.
- CURSAK, Eduardo. (2000). "*La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal*". Sesión pública de la Academia Nacional del Notariado del 7 de agosto 2000. Buenos Aires. Revista del Notariado Número 865. Recupero: [http://www.cfna.org.ar/biblioteca_virtual/doc/la impugnación de falsedad de la escritura pública en-sede civil o penal.pdf](http://www.cfna.org.ar/biblioteca_virtual/doc/la_impugnacion_de_falsedad_de_la_escritura_publica_en-sede_civil_o_penal.pdf).
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2000). "*Metodología Jurídica (emblema)*". Rosario. Argentina. Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Primera edición. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2005). "*Lecciones de Teoría General del Derecho*". Rosario. Cartapacio de Derecho. Ed. Revista Investigación y Docencia del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. UNICEN Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/207/568>.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2016). "*Entrevista sobre el Código Civil y Comercial de la Nación y Notas sobre el Título Preliminar del cuerpo normativo*". Rosario. Cartapacio de Derecho". V. 29. Ed. Revista Investigación y Docencia del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. UNICEN, Recupero. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1493/1939>.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2016) "*La dimensión sociológica de la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial*". La Plata. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 – 2016.

Recupero: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/4026/3845/1-100171026.pdf>

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2000). "*La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas -metodología jurídica*". (Emblema) Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario. Recupero: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794> Introducción 5.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. (2006). "*Mundo jurídico y "creatividad"*". ISSN 1841-2844. Investigación y Docencia N° 39. Universidad de Rosario. Recupero: [www.centrodefilosofia.org.ar/Investigación y Docencia N° 39. Pág. 69 a 84.](http://www.centrodefilosofia.org.ar/Investigación_y_Docencia_Nº_39_Pág._69_a_84)

XXII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO. (1998). "*Conclusiones Tema I*". Buenos Aires. <https://www.colescba.org.ar/portal/images/recursos/jornadas/Congreso-Internacional-del-Notariado/XXII-Argentina-1998/conclusiones-tema-I.pdf>.

COSOLA, Sebastián. (2017). "*Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes*". Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho. Buenos Aires. Recupero: https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/658/COSOLASEBASTIAN_Tesis.pdf.

COSOLA, Sebastián Justo. (2016). "*La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código Civil y Comercial de La Nación)*". Ponencia en la 32 Jornada Notarial Argentina. Buenos Aires. Recupero: <http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/09-Capacidad-minoridad-y-razonabilidad-notarial-Cosola.pdf>.

COSOLA, Sebastián Justo. (2010). "*Proyección del derecho notarial dentro de la estructura de los principios de la Unión Internacional del Notariado (una perspectiva iusnaturalista)*". Buenos Aires. Recupero: <http://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN966-2010-dc-cosola.pdf>.

COSOLA, Sebastián Justo. (2016) "*Hacia una consolidación de la Teoría General del Derecho Notarial justo*". La Plata. Revista. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social. Año 13. N° 46. Recupero:

http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58161/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf.

- COSOLA, Sebastián Justo. (2017). "*Evolución académica y colegial del notariado en la República Argentina (a propósito de la conmemoración del centenario del primer Congreso notarial argentino 1917-2017)*". La Plata. Revista: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Año 15. Número 48. ISSN: 0075-7411 Pág.: 451-482. Recupero: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/73754>
- COSOLA, Sebastián. FRONTINI - Elba María de los Ángeles. (2017). "Cuestiones en torno a la interpretación del artículo 291". Ponencia presentada en Jornadas de Derecho Civil". Recupero: "Jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Frontini-Elba-María-de-los-Ángeles-y-Cosola-Sebastián-Justo-Comisión-10".
- COSOLA Sebastián Justo. (2010). "*Proyección del derecho notarial dentro de la estructura de los principios de la Unión Internacional del Notariado (una perspectiva iusnaturalista)*". Buenos Aires. Revista Notarial Número: 966. Recupero: <http://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN966-2010-dc-cosola.pdf>. Págs. 866-894.
- COSSIO, Carlos. (1948) "*Panorama de la teoría egológica del Derecho*". Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna. Recupero: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1948_panorama.pdf.
- D"ALESSIO, Carlos. Coord. (2002). Antoniazzi; Bonfanti; Goldstein, Herrero de Pratesi; Lenza; Riatti, Mauro; Solari, y Speroni. "*La Función Notarial: garantía del equilibrio contractual*". Buenos Aires. Revista del Notariado N° 870. Recupero: https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/rdnrepertorio/rep_2002.pdf. Pág. 45
- ECHAIDE, María. (2020). "*Competencia material y territorial del escribano a través de la historia*". Revista Notarial. N° 937. Colegio Notarial de la Provincia de Buenos Aires. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/75089.pdf>
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA. (2020). "*Teoría egológica del derecho*". Ed. Buenos Aires 2020. Recupero: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/teoria-egologica-del-derecho/htm>.

- DI CASTELNUOVO, Franco. (2017). *"La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral"*. Córdoba Ed. Revista Notarial Colegio de Escribanos de Córdoba. Año 16. Número 94. <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Funcion-notarial.-Di-Castelnuovo.-RNCba-94.pdf>.
- FALBO Santiago. (2017). *"Protocolo digital. Nuevas Tecnologías y función notarial. Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial"*. Córdoba. Revista Notarial Número 95. Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba. Recupero: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2018/01/RNCba-95-2017-03-Doctrina.pdf>.
- GAGGIAMO, Esteban. (2020). *"Sobre la emergencia, el aislamiento y la función notarial en la Argentina"*. Cita: RC D 1638/2020.
- GARCIA COLLANTES, José Manuel. (2020). *"Inmediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea"*. Revista del Notariado No. Especial. Recupero: revista-notariado.org.ar/2020/06/inmediacion-notarial-y-nuevas-tecnologias-una-vision-europea/#4-el-principio-de-inmediacion-notarial-y-las-nuevas-tecnologias.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R. (2017) *"Perspectivas actuales del derecho. Bio política y bio-juridicidad. incidencia en el estudio y aplicación del Derecho Administrativo"*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Vol.21. Recupero: Esta es la memoria caché de Google de <https://revistas.udc.es/index.php/afd/article/view/afdudc.2017.21.0.3273/pdf>
- GATTI, Mariela. (2014). *"El artículo 291 del Código Civil y Comercial de la Nación"*. Ed. Revista Notarial N°978. Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires. P. 894. https://www.colescba.org.ar/comunicaciones/epub/imagenes/Revista_Notarial978- Colegio_de_Escribano. pdf.
- GOLDSCHMIDT Werner. (1950). *"La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad)"*. Madrid. Recupero: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf.

- GONZALEZ PALOMINO, José. (1950). Salutación a Carnelutti en su disertación "*La Figura Jurídica del Notario*". Disertación en el Colegio Matritense del Notariado. Madrid. Ed. Anales de la Academia Matritense del Notariado, ISSN 0210-3249, Tomo 8, 1954. Revista Internacional del Notariado. Francisco CARNELUTTI, La figura jurídica del notariado, Colección Biblioteca Notarial I, Lima, 2.011, p. 131. Recupero: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/008-08-5809-CARNELUTTI.pdf
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2020). "*Seguridad y valor probatorio del certificado notarial remoto*". Revista del Notariado. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires. Revista: N° Especial CAR 2020-1. Recupero: <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/rama/parte-general/page/3/>
- GOZAINI. Osvaldo Alfredo. (2021). "EL desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones (sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año LIV. Número 61. Recupero: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3359/3887>.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena. (1990). En simposio sobre "*Valor probatorio del documento notarial*" organizado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias y Jurídicas y Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/3417.pdf>
- JUNYENT BAS, Francisco A. (2015). "*El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial*". Buenos Aires. Publicado en: LA LEY 27/04/2015, 27/04/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/1360/2015
- KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida. (2016). "*La responsabilidad del escribano en la jurisprudencia del siglo XXI*". Ed. Lecciones y Ensayos, Nro. Extraordinario - 60 años de Lecciones y Ensayos. Buenos Aires. Recupero: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/numero-extraordinario-60-aniversario/la-responsabilidad-del-escribano-en-la-jurisprudencia-del-siglo-xxi.pdf>.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. (2009). *"El Derecho Registral y la seguridad jurídica como valor constitucional"*. Publicación académica en homenaje al Prof. Atilio Aníbal Alterini. Recupero: biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-analiticas.pl?id2=14069. Pág. 119-131.
- LAPLACETTE Carlos José. (2016) " *La jurisdicción voluntaria y el control de constitucionalidad*". Buenos Aires. Ed. BdeF. Recupero: <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/La-jurisdiccion-voluntaria-y-el-control-de-constitucionalidad-CARLOS-LAPLACETTE.Pdf>.
- LAMBER, Néstor Daniel. (2020). *"Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización"*. Revista del Notariado N° 937. Ed. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Pág.153-172.
- LICO Miguel A. (2013: año publicación) *"Los principios generales del derecho, breve referencia conceptual. Breve estudio de los principios generales del derecho y de los principios generales del derecho aplicables y surgidos del derecho administrativo"*. Recupero: <https://www.buenosaires.gob.ar/procuracion-general/breve-estudio-de-los-principios-generales-del-derecho-y-de-los-principios>. Otro: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-siglo-21/seminario-de-actualizacion-contador/breve-estudio-de-los-principios-generales-del-derecho/20274297>
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F.J. (1983). *"Curso Introductorio al Derecho Registral"* Tucumán. Colegio de Escribanos de la provincia de Tucumán. Ed. Víctor de Zavallía.
- MARIÑO GALASSO, Augusto P., SALIERNO, Karina Vanesa. (2019). *"Teoría de la invalidez. De la teoría de la confrontación a la ampliación del aspecto positivo de la invalidez y de la ineficacia"*. Buenos Aires. Revista del Notariado. 935. Pág. 162-190.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Luis, LEYVA ARELLANO María E., FÉLIX ARELLANO, Luisa F., CECENAS TORRERO Paula, ONTIVEROS HERNÁNDEZ Elvira V. (2014). *"Virtualidad, ciberespacio y comunidades virtuales"*. México. Ed. Red Durango de Investigadores Educativos, A. C. Recupero: [www. http://www.upd.edu.mx/PDF/Libros/Ciberespacio.pdf](http://www.upd.edu.mx/PDF/Libros/Ciberespacio.pdf)
- MASCITTI Matías. (2020). *"La función conjetural del Derecho reforzada por los algoritmos en la era de big data"*. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires

- (UBA)0000-0002-3942-8069.- Recupero: IUS ET SCIENTIA, 6(2), 162–185.
<https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.11><https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13358>
- MEROI Andrea. (2005). "*El Derecho procesal y su inserción en la teoría general del Derecho*". Recupero: www.cartapacio.edu págs. 1293 a 1311 del anuario.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532. Pág 49 -68
- NUÑEZ LAGOS, Rafael. (1950) "*Hechos y derechos en el documento público*". Madrid. Ed. Anuario del Derecho Civil. 1293-1311. Recupero: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1950-40129301311: Pág.
- PALACIOS María Cristina. (2003). "*La eficacia judicial y extrajudicial del documento notarial*". Trabajo presentado en la X Jornada Notarial Iberoamericana. Valencia. España. Revista Notarial No. 946. Colegio Notarial de la Provincia de Buenos Aires. Recupero: <http://biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=67617#.YrCHS3bMLIU>. Pág. 541-627.
- PELOSI, Carlos A." *Técnica de la redacción escrituraria*". Cuaderno Notarial 15. Ed. Universidad Notarial Argentina. Buenos Aires. 1965
- PEREZ LOZANO, Néstor. (2016) "*Los contratos asociativos*". La Plata. Revista Notarial N° 982. Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires. Pág. 849-916.
- PÉREZ LOZANO Néstor O. (2002). "*La función notarial creadora de derecho*". Grecia. Congreso Internacional del Notariado Latino. Recupero: [https://www.uinl.org/documents/20181/72808/XXIII+CONGRES+-+CONCLUSIONS+THEME+II+-+NOT.+GUASTIES - acd9-4ddd-9c50 - d0bdaa12b208 -Colegio_de_Escribanos.pdf](https://www.uinl.org/documents/20181/72808/XXIII+CONGRES+-+CONCLUSIONS+THEME+II+-+NOT.+GUASTIES+-+acd9-4ddd-9c50-d0bdaa12b208-Colegio_de_Escribanos.pdf)
- PISI DE CATALANI, Marta. (2021). "*La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale*". Ed. Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras. Instituto de Filosofía. Vol 89 Recupero: <https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos digitales/4185/catalinicuyo89.pdf>. Pág. 54.-90.
- PONCE DE LEON ARMENTA, Luis. (2009). "*El método de la investigación científica del Derecho*". México. Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recupero:

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf>. (Última entrada: 5/03/2022). Pág. 66.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín. (2007). "*EL derecho a la prueba como garantía constitucional*". Azul. Recupero:

http://www.academiadederecho.org/biblioteca/biblio_display_cont.cgi?wid_persona=67

QUEVEDO MENDOZA Efraín I. (2008). "*Organización judicial y proceso (interferencias y complementación). Poder judicial, gobierno y administración*". Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho. Año 2008 Numero 14. Recupero: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7354507> ". <http://www.cartapacio.edu.ar/ctp/article/download>. Pág. 2-20

RAMÍREZ SANTIBAÑEZ, Ana María Estela. (2010). "*La enseñanza del Derecho en el sistema romano germánico y en el common law*". Puebla. Universidad Iberoamericana Puebla. Repositorio Institucional. Recupero: <http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>.

RODRIGUEZ ANDRAOS, Antonio. (2021). "*Principios Notariales. El Principio de Rogación*". El Notario del siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid. Madrid.. N° 103. Recupero: <https://www.elnotario.es/132-hemeroteca/revistas/revista-7/2970-principios-notariales-0-7845801196848788>.

RUSSO, Martín L. (2022). "*El documento digital como soporte de los testimonios de las escrituras matrices y documentos extraprotocolares*" - LA LEY 23/02/2022, 23/02/2022, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/688/2022.

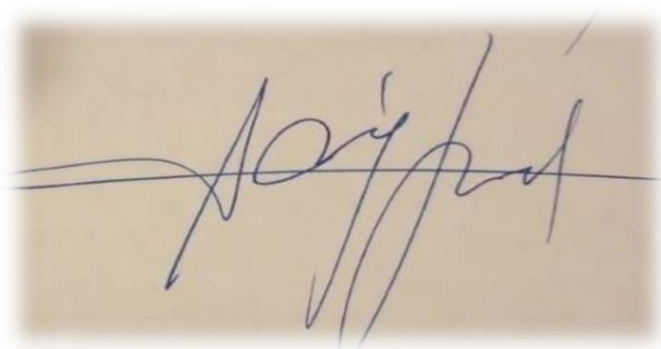
ROSSI Jorge, Oscar (2007). "*Documento y firma digital*". Buenos Aires. SAIJ. Recupero: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080089-rossi-documento_firma_digital_para.htm.

RUSSO, Martín L. (2022). "*El documento digital como soporte de los testimonios de las escrituras matrices y documentos extraprotocolares*". Buenos Aires. TR LALEY AR/DOC/688/2022. 2022.

SCHMIDT, Walter (2022). "El documento notarial digital y la actuación notarial remota o a distancia". Buenos Aires. Ponencia en las 42 Jornadas Notariales Bonaerenses. Recupero. <http://www.jnb.org.ar/42/images/42-trabajos/tema-1/1-SCHMIDT.pdf>

- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. (2021). "*Decálogo para las escrituras notariales a distancia*". Buenos Aires. Ed. Comisión de Trabajo para las Nuevas Tecnologías. UINL. Recupero: <https://onpi.org.ar/biblioteca-virtual/>
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. (2004-2005). "*Deontología y Reglas de Organización del Notariado*". Roma. UINL Recupero: <https://www.uinl.org/organizacion-de-la-funcion>
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. "*Principios Fundamentales del Sistema de Notariado tipo Latino*": "Función Notarial: El Notario y la función notarial". Recupero: <https://www.uinl.org/F>:
- UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA. (2021). "*Decálogo actuación a distancia*". Buenos Aires. UNA. Recupero: http://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2021/05/N0321_DECALOGO_ACTUACION_A_DISTANCIA2.pdf.
- URBANEJA, Marcelo Eduardo. (2020). "*La publicidad cartular en los derechos reales inmobiliarios: su existencia, gravitación y vínculo con la publicidad posesoria y la publicidad*". DSpace-CRIS @ UCA Facultad de Derecho. Recupero: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11121>.
- VAZZANO, Florencia. (2015). "*La Teoría General del Derecho como la asignatura que aporta la visión de síntesis del mundo jurídico*". Revista de educación y derecho = Education and law review, ISSN 2013-584X, N°. 12. págs. 114-128 Recupero: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5276232>.
- VILLALBA WELSH Alberto. (1945). "*El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional*". Buenos Aires. Revista del Notariado. Pág.626. (En Sala Colegio Escribanos Mendoza antes Pandemia COVID 19)
- VILLALBA WELSH, Alberto. (1964). "*Incompetencia en razón de las personas. Extensión recíproca dentro del registro notarial*". La Plata. Buenos Aires. Revista Notarial 757. Sección: Instituto Argentino de Cultura Notarial. Colegio Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Pág.2063.
- VENTURA, Gabriel. (2008). "*Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino*". Córdoba. Revista Notarial del Colegio Notarial de la provincia de Córdoba. Vol. 1. Número 89. <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-89-2008-02-Doctrina.pdf>. Pag.19-27

- VENTURA, Gabriel B. (2015). "*El valor probatorio de los instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial*". Córdoba. 2015. Recupero: <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/el-valor-probatorio-de-los-instrumentos-publicos-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>. Pág. 1-25
- ZAVALA, Gastón. (2002). "*La forma notarial*". La Plata. Revista Notarial N° 942. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Recupero: <http://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN942-2002-doc-zavala.pdf>. Pág. 396-245.
- ZINNY, Mario Antonio. (sin datos fecha) "*Negocio jurídico y función notarial*." Revista del Notariado. Buenos Aires Ed. Colegio Escribanos Capital Federal. Recupero: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/42705.pdf>. (835). Pág.1-22.
- ZINNY, Mario Antonio. (sin datos fecha) "*Instrumentos Públicos*". Revista del Notariado N 901. Buenos Aires Ed. Colegio Escribanos Capital Federal. Recupero <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/55892.pdf>. Pág. 26-42.

A handwritten signature in blue ink on a light brown background. The signature is stylized and appears to be a name, possibly 'Gastón', written in a cursive script. The ink is dark blue and the background is a solid light brown color.