

Contribución al Estudio de la Existencia y Límites del Derecho Notarial en Formación

Ponencia presentada por CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ,
Notario de Lanús, Rep. Argentina, al III Congreso In-
ternacional del Notariado Latino celebrado en París.

SUMARIO

- I — **Ideas Generales.** Etapa actual o de la investigación científica. El Congreso Internacional del Notariado Latino. Posición Argentina. Concepto de Derecho Notarial.
- II — **El Derecho Notarial Contemporáneo.** Fuentes. La ley escrita. Costumbre. Doctrina. Jurisprudencia. Tradición. Conclusión. **Otros fundamentos que justifican su existencia.** Es una necesidad social.
Cumple una función cierta. Unidad de conceptos. Organos propios. Principios propios. Autonomía didáctica: cátedras. Es garantía y seguridad de las relaciones jurídicas. Evolución progresiva. Diversidad de Materia y normatividad típica. Sistema adecuado.
- III — **Objeto y límites del Derecho Notarial.**
 - A) La teoría general del instrumento público.
 - 1) Concepto.
 - 2) Clasificación.
 - 3) Teoría de la forma instrumental.
 - 4) Estructura jurídica: la configuración del instrumento en si. Las partes intervinientes. El escribano autorizante.
 - 5) Las anomalías instrumentales.
 - 6) Valor probatorio.
 - 7) Protocolo.
 - 8) Copias y testimonios.
 - B) La organización notarial.
 - 1) Función Notarial.
 - 2) Organización del Notariado. Palabras finales.
- IV — **Conclusiones.**

I

IDEAS GENERALES

La etapa del estudio de lo notarial en base a la redacción eficiente del instrumento público, sus fórmulas y formularios, ha terminado. Aquellos viejos libros que traían una "introducción" y luego centenares de formularios con toda clase de escrituras conteniendo los más diversos actos o negocios jurídicos pertenecientes al derecho civil, comercial, administrativo, etc., llenaron su cometido a su hora. Anteriormente las "fórmulas visigotorum", Rainieri de Perugia y Rolandino que adviene con su AURORA en el siglo XIII, para marcar un jalón decisivo en la historia de nuestro derecho. Quiere disipar las sombras de la ignorancia nocturna en el arte notarial (1) y los esplendores de su luz meridiana abren amplios horizontes doctrinales a los que se consagran a su estudio desde un principio. Con sus propias palabras diremos que le llama SUMA para dar a entender que abarca y contiene el compendio abreviado del arte notarial.

Después las monumentales SIETE PARTIDAS de Alfonso el Sabio contribuyen en nuestro derecho progenitor a dar una orientación primaria de la institución notarial, que será puntal para el perfeccionamiento posterior. —Muchos son los autores — especialmente españoles— que hasta los primeros años de este siglo, caracterizan este período del notariado más como arte de redacción que como ciencia de investigación con objeto preciso y concreto. Los comentaristas mezclan la escritura con su contenido y las obras publicadas son recopilaciones de múltiples contratos preferentemente, adicionándose la jurisprudencia habida para el caso y la legislación positiva. Sin embargo, esa labor fué útil para el derecho y para la corporación notarial y así el primero se favoreció con aportes beneficiosos. (Ej. obsérvese cuantas cláusulas, condiciones, estipulaciones son creación del escribano en los contratos de sociedad). El notariado, ganó a su vez en su cultura o nivel general y miles de notarios de antaño, prácticos o vacacionales, sin título universitario y escasos conocimientos de derecho, aunque con ejemplar sentido de la función notarial y de la más pura ética profesional, encontraron en aquellos libros una fuente fecunda de información, consejo o solución a los heterogéneos planteos que se suscitan en el diario que hacer.

Lo mismo ocurre en el derecho comparado.

~~~~~

(1) Rolandino Passaggeri "Aurora" Ed. I. Colegio Notarial de Madrid Trad. de Victor Vicente Vela y Rafael Núñez Lagos. pág. 4. Madrid 1950.

Francia iluminó al mundo notarial con su ley del 25 Ventoso año XI marcando el mojón donde de ahí en adelante la forma instrumental adquiere las características actuales. Sus expositores inician la etapa que se proyecta hasta el presente, los grandes exégetas del Código Napoleón brindan en voluminosas obras aportes de gran valía y al imitarse la ley en otros países, el notariado latino progresa y va perfilando su gran futuro jurídico-institucional. (2)

En Italia Anselmo Anselmi, Vladimiro Pappafava, G. B. Curti Passini y muchos más. Es homenaje a los continuadores de la Escuela de Bolonia y la Roma inmortal, imposible dejar de mencionarlos en cualquier monografía —aunque sinóptica— sobre derecho notarial (3).

Donde el desarrollo de la investigación notarial adquiere amplio volumen, es en España. La famosa Ley Orgánica del Notariado sancionada por Isabel II, el 28 de mayo de 1862, marca un nuevo jalón al dar una legislación notarial especial que en sucesivas reformas constituyen poderosa fuente de inspiración y ejemplo, particularmente, para el derecho ibero-americano. Numerosos tratadistas comentan esa legislación destacándose José Gonzalo de las Casas, J. E. Ruiz Gómez, Joaquín Costa, Novoa Seoane, V. Sancho Tello y como obra cumbre de este periodo se destaca el "Tratado de Notaria" de Miguel Fernández Casado, sin olvidar a Monasterio y Galí y Rafael Azpitarte. (4)

En la Argentina el Código Civil de 1871, obra excelsa de Dalmacio Vélez Sarsfield, aún en eficiente vigencia, trae en los títulos "Instrumentos públicos" y "Escrituras Públicas" (Obligaciones. Hechos y actos jurídicos) las normas de fondo inspiradas preferentemente en el derecho hispánico tal como las Partidas y la Nueva y Novísima Recopilación, cuerpos de leyes que imperaron desde la época de la colonización hasta la independencia de los países de América (5). La reglamentación del Código y la organización del notariado queda a cargo de las leyes provinciales que complementan el sistema legislativo notarial argentino.

Toda esta doctrina y legislación configuran lo que denominaremos la primera gran etapa del derecho notarial. Muy escuetamente, su evo-

(2) Confr Carlos Emérito González "TEORIA GENERAL DEL INSTRUMENTO PÚBLICO Introducción al derecho notarial argentino y comparado" pág. 25 y 32 y en el comentario de numerosos capítulos en que se estudia y unde culto al derecho francés cuya expansión por el mundo, singularmente latino, ha sido fuente de permanente inspiración e imitación. Ed. EDIAR, S. A de Editores. Buenos Aires. 1953.

(3) Idcm, pág. 25, 32, 48, 49, etc., etc.

(4) Para una completa exposición comentada de la Bibliografía española, véase José Ma. Mengual y Mengual. "Elementos de Derecho Notarial" Tomo II, vol. II, pág. 637. Ed. Bosh. Barcelona 1933.

(5) Carlos Emérito González. "El Notariado argentino y su raigambre hispánica". Conferencia en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia. Curso de conferencias 1948. pág. 179 y sigs. con referencia a las raíces españolas en nuestra legislación. Ed. I. Colegio Not. de Valencia.

lución histórica nos demuestra por un lado las concepciones de autores que se dedican más al arte notarial, que a la profundización de sus fuentes, causas, orígenes institucionales, ubicación o encuadramiento en diferentes clasificaciones del derecho. No hay un cuerpo de doctrina ordenado y sistematizado en base a principios específicos como rama particular del saber. Por otro lado, la legislación comienza su alborear con caracteres propios aunque permanece —muy ligada al derecho de fondo.

## ETAPA ACTUAL O DE LA INVESTIGACION CIENTIFICA

Hace poco más de dos décadas que el derecho notarial viene investigándose con justeza sobre distintos aspectos en que se intenta basar su contenido y fijar los primeros principios que darán algún día su concreción definitiva. Es el esfuerzo aislado de varios autores, que esperaba una canalización. Pappafava, Bellver Cano y Azpeitia, se ocupan del derecho notarial comparado. Pero el momento culminante llega cuando una idea genial se materializa: el **Congreso Internacional del Notariado Latino**. Su creador y ejecutor es un escribano argentino que sabe mucho del estudio del derecho y de la organización notarial: don José A. Negri, varias veces presidente del Colegio de Escribanos de Buenos Aires, comentarista enjundioso y propiciador permanente de leyes, reglamentos y disposiciones —notariales en constante avanzada de mejoramiento—. Hoy preside la Unión Internacional del Notariado Latino.

Buenos Aires es escenario en 1948 del acontecimiento inicial de esta etapa que llamamos de la investigación científica. Se reúne el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino y estudiosos de 19 países de América y Europa tratan un temario en que se destaca lo relativo a la "Formación del derecho notarial y elementos esenciales del mismo" y el "Establecimiento del carácter y alcance de la función notarial. Medio centenar de monografías demuestran la inquietud analizadora del momento y algunas ya van concretando los lineamientos de nuestro tema. (6)

En el segundo Congreso de 1950 en Madrid, aumentan los países participantes —son 26— y los trabajos también, pese a que cada delegación selecciona los suyos circunscribiéndolos al temario aprobado. Es sin lugar a dudas, el más grande esfuerzo científico del notariado contemporáneo realizado hasta este momento. Se abordan como puntos centrales los dos que precisamente consideramos algunos como la

(6) Las deliberaciones en versión taquigráfica, monografías, ponencias, discursos e información completa, puede verse en los 3 tomos editados por el Colegio de Escribanos de Buenos Aires (Capital Federal) Imp. Fanetti 1949. Los estudios, entre otros, sobre conceptos y principios del derecho notarial de José Ma. Mustapich, Roberto M. Arata., José A. Negri, Angel Olavarria Téllez, Henri Maigrét, Luis Carral, y Francisco Lozano Noriega aportan sugerencias de indudable interés.

esencia del derecho notarial: la ORGANIZACION NOTARIAL Y EL DOCUMENTO NOTARIAL (Instrumento público notarial). Su resultado, el más halagador que pueda esperarse porque se profundiza, v. gr. sobre la fe de conocimiento, la unidad de acto, el valor de las actas y el juicio de capacidad, es decir, lo atinente a la configuración del instrumento tomado ya como manifestación de las voluntades vinculantes de las partes intervinientes, separadamente del negocio jurídico que contenga. De entre los valiosos trabajos que llenan 4 amplios volúmenes editados, se destaca para esta sinopsis "Los esquemas conceptuales del instrumento público" del erudito notario español y presidente de la Delegación de la Madre Patria, Rafael Núñez Lagos. Sostenedor de la autonomía del derecho notarial, sus proposiciones substanciaosas las comentaremos oportunamente. (7)

El esfuerzo de los estudiosos del derecho notarial es constante y el ansia de superación en el camino emprendido también. Queda mucho por hacer, mucho por auscultar, mucho por conversar para buscar ideas que fijen lineamientos principales hallando concordancias y coincidencias, descartando otras, siguiendo métodos más o menos propios hasta que una vez hecho sólidamente el armazón de este nuevo derecho que pregonamos, se vaya perfilando y entre, con autonomía plena en el campo del derecho en general al lado de otros que como el procesal, aeronáutico, agrario o laboral, se desprendieron en su mayoría de edad nada más que para actuar como especialidad más eficientemente al servicio de lo justo y de la sociedad.

Para eso ha de ser el Tercer Congreso de París de 1954, —Y será otra vez Francia cuna ubérrima del derecho civil moderno y de la primera gran ley notarial, quien nos acoja para tratar sobre el tema que adquiere la severidad de un nuevo alumbramiento jurídico. LA EXISTENCIA Y LIMITES DEL DERECHO NOTARIAL EN FORMACION COMO ARMA PARTICULAR DEL DERECHO.

Los dos puntos en que se subdivide el tema principal dan carácter de disyuntiva a considerar y resolver: o el derecho notarial es el derecho autónomo de la forma con objeto y límites definidos y hasta con pretensiones de codificarse (creemos que todavía no es el momento) no se debe concebir como simple conjunto de normas que rigen la función notarial. En esto último estarían nada más que las leyes que reglamentan la organización del cuerpo notarial —mal llamado por muchos, gremio con sus responsabilidades y funciones propias, pero sin el aná-

-----  
 (7) Véase la obra completa de este importantísimo Congreso, en la publicación de la Junta Directiva del I. Colegio Notarial de Madrid, como Comisión Organizadora a nombre del notariado de España a quien se debe esta fundamental contribución. Madrid 1950. 4 vol.

lisis de la obra que el notario precisamente construye y que es producto exclusivo de su sabiduría, como intérprete del querer de los intervinientes en el negocio y que él transforma en derecho: **el instrumento público.**

No obstante la posición que tomamos, ya que desde ya adelantamos en la primera, dejaremos sentado que el temario es un acierto porque permitirá la confrontación de los dos pareceres y las lógicas consecuencias que se obtengan servirán de mucho en posteriores investigaciones. Incluso para los partidarios de admitirlo como simple conjunto de normas será utilísimo, porque cuando escudriñan, v. gr. la práctica notarial como creadora de normas de derecho, verán que son normas muy propias, que no encajan en el civil o comercial o lo que fuere, sino que son perfectamente individualizadas, personalísimas, exclusivas, y tendrán que llamarles entonces normas notariales. Admitirlas en estas condiciones es admitir la existencia de ese derecho nuevo que llamamos notarial.

A nuestra vez el temario nos resulta completo porque en la primera concepción de derecho autónomo (punto I) absorbemos el conjunto de reglas que reglamentan la función notarial. **Teoría general del instrumento público función notarial a derecho notarial.**

## POSICION ARGENTINA

Los notarialistas argentinos no han quedado rezagados en esta tarea constructiva de pretensión sistematizadora y luego de algunas publicaciones en base a la autenticidad como la de Mustapich o a la conducta del notario como la de Villalba Welsh (8) entre otros ensayos, la materia en cuestión fué ampliamente examinada en las Sextas Jornadas Notariales Argentinas reunidas en la ciudad Eva Perón (ex La Plata) capital de la Provincia de Buenos Aires, en junio de 1953, y cuya comisión organizadora tuviéramos el honor de presidir. En el temario de estas jornadas se incluyó como punto 40. el temario de París, para dar lugar a la presentación de monografías y ponencias sobre el mismo, a fin de ir formando el criterio que deberá sostener la delegación argentina.

Además de las mencionadas en el párrafo anterior se estudiaron

-----  
(8) Véase en I Congreso: José M. Mustapich "Concepto del derecho notarial" Tomo II, pág. 267 y Alberto Villalba Welsh en revista Internacional del Notariado. No. 11. pág. 199 "El derecho notarial a la luz de la teoría egológica" Buenos Aires 1951.

otras proposiciones (9) redactándose una resolución —aprobada finalmente por la Federación Argentina de Colegios de Escribanos— del tenor siguiente:

- “1o.—Que existen normas legislativas y principios jurídicos y doctrinarios que demuestran la existencia de un derecho notarial, como rama autónoma o particular del derecho.
- “2o.—Que con respecto a su objeto, contenido, extensión y fundamentación científica, aconseja la designación por parte de la Federación como órgano representativo de los Colegios de Escribanos de la República de una comisión de notarialistas, a la que se encomendará la realización de los estudios necesarios a esos fines y “que sirvan además, para precisar la posición argentina ante el Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino...”.

La comisión de notarialistas a que hace referencia el apartado 2o.) sesionó en varias oportunidades y produjo un despacho que merece sintetizarse, firmado por sus integrantes José F. Sosa Quinteros, Omar A. Iassaga, Julio M. Laffitte, J. Hiram Pozzo, Roberto M. Arata, Julio A. Pérez y Carlos Emérito González.

Ha utilizado como guía orientadora el estudio de José Castán Tobeñas “Hacia la constitución científica del derecho notarial (notas para un esquema doctrinal)” aparecido en la nueva Revista de Derecho

- 
- (9) **Julio A. Pérez:** “Ambito de la función notarial”. **José F. Sosa Quinteros:** “Recomendación de rumbos, bases y unidad de la actuación argentina en el “Congreso de París”. **Félix A. Ramela:** “Lo extrajudicial en la función notarial”. **Jorge A. Bollini:** “Jurisdicción voluntaria”. Negando su existencia como rama autónoma; **Ignacio M. Allende:** “El derecho notarial, realidad o aspiración científica”.

En la sesión de Jornadas en que se debatía el dictamen tuvimos oportunidad de exponer nuestros puntos de vista con cierta extensión, como podrá verse en las versiones taquigráficas actualmente en prensa y cuyos originales encuéntrase en la biblioteca del Colegio de Escribanos de la Pcia. de Buenos Aires. Sos-tuvimos que existe un ordenamiento jurídico, que hay abundante doctrina y jurisprudencia y que no debe confundirse el continente (instrumento) con el contenido (negocio o acto jurídico) siguiendo la distinción que comenzara Carnelutti. Que se cumplen las condiciones para su consideración autonómica y que hay que ir reuniendo los elementos dispares para pulir o delimitar esta realidad jurídica.

Al producir informe en la monografía de Bollini sobre Jurisdicción Voluntaria, nos adherimos a la idea de que ésta entra en la esfera notarial y que es uno de los tantos planteos a estudiar minuciosamente por el nuevo derecho notarial. (Versión taq. orig. pág. 128).

Notarial (10) que fija las principales direcciones que se han seguido en torno a la conceptualización del derecho notarial. En cuanto a la síntesis del pensamiento contemporáneo tomó muy en cuenta el informe —estudio de los escribanos Lassaga y Sosa Quinteros "Aporte a la fundamentación científica del derecho notarial con mira al servicio de la posición conceptual del notariado patrio".

## Concepto de Derecho Notarial

Comparte en lo fundamental la concepción funcionalista instrumentalista en la que González Palomino, Núñez Lagos, y Giménez Arnau son principalmente sus intérpretes, para concluir "que el derecho notarial está constituido y debe considerarse como el conjunto de normas legislativas y principios jurídicos que tienen por objeto el instrumento público notarial, en cuanto el mismo sirve a la exteriorización de la voluntad que lo condiciona y le da nacimiento, y la organización de la institución notarial, es decir, el notario en su persona, deberes, obligaciones, facultades, competencia, responsabilidad, organización".

En esto ha de estar el gran campo de investigación notarial. Normas y principios por un lado con un objeto fijo: el instrumento público, como forma exteriorizada de la voluntad, sin interesar el contenido, y por el otro, la organización notarial al servicio del derecho.

En ideas generales así lo hemos expuesto en nuestra "TEORIA GENERAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO, editada recientemente, primera parte que sirve de introducción al estudio completo del derecho notarial que deberá complementarse con la organización del notariado. Su esquema, sintéticamente referido, irá en el Capítulo III, como contenido del derecho notarial.

-----

- (10) **Revista de Derecho Notarial:** pág. 25, Año I-II, 1953. Publicación de los Colegios Notariales de España. El prominente jurista Castán, presidente del Tribunal Supremo hispano y estudioso ferviente del Derecho notarial, manifiesta que no es tarea fácil señalar y agrupar las orientaciones existentes a propósito de la formulación del concepto de esta incipiente rama de la ciencia jurídica. Que aun no se han formado verdaderas escuelas pero que haya algunos puntos de vista, un tanto definidos, que pueden servir de criterios para una primera diferenciación de doctrinas (pág. 28). Separa una concepción de tipo legalista enciclopédico, una concepción administrativista, una concepción de base u orientación procesal (que tiene, a su vez, dos variedades, según se apoye en la noción de jurisdicción o en la de relación notarial) y una concepción funcionalista o instrumental que aspira a caracterizar con elementos propios —no tomados de otras disciplinas— la función notarial. Esta última orientación tiene determinados matices que parecen marcar otras tantas variantes no siempre de fácil deslinde. Agreguemos por nuestra parte la necesidad de estar muy atentos a la propagación de la "administrativista" para no convertir a la función notarial en una mera tarea de la administración pública, que desvirtúa el sentido de la fe pública notarial con su profundo contenido de responsabilidad personal tan raro y de tanta seguridad para el público actuante.



## II

## EL DERECHO NOTARIAL CONTEMPORANEO

## FUENTES

Las ideas que conceptúan el derecho notarial han sido expuestas. Veamos ahora, sin entrar en mayores disquisiciones respecto del problema de las fuentes del derecho positivo en las modernas teorías, cuales son esas fuentes que nos servirán para demostrar que en cada una de ellas el notarial tiene sus antecedentes, sus cultores, sus propias bases que, distintas o no a las de otros, lo van configurando de manera especial.

Tampoco interesará la filosofía jurídica, que en un estudio superior de las investigaciones al quedar perfectamente perfilado el notarial, será sin duda de provecho indudable. Trabajemos solo con el derecho positivo y concretémonos a analizar el diario que hacer del notario en cualquier país con derecho de "tipo latino". Hagámoslo palpable, accesible a la inmediata comprensión de todos recordando una vez más aquello de Ihering de que la simplicidad es la manifestación suprema del arte, en el derecho. Digamos de nuevo que notario e instrumento son la realidad diaria y también el campo de investigación, cuanto le rodee ajeno a esto, complicará el estudio y hará propicia la crítica de sus negadores.

Si Mengual por ejemplo, no hubiera pretendido abarcar para el derecho notarial el negocio jurídico contenido (la titular; derecho notarial contractual subjetivo y objetivo) y se hubiese limitado al formal (instrumento y organización) su obra constituiría el más grande aporte moderno a la consolidación científica de nuestro derecho. Pero excedió el campo y la investigación y se le criticó por pretender invadir el civil y hacer del notarial un derecho casi madre de otros que en cambio lo son del notarial.

Nuestras fuentes, como que lo son del derecho privado, cuentan con una abundantísima bibliografía. Yendo a lo clásico, Geny nos servirá para este encasillamiento aplicándolas al derecho notarial. a) La Ley escrita y su interpretación. b) La costumbre. c) Doctrina, d) Jurisprudencia. e) Tradición (La doctrina y la jurisprudencia agrupadas bajo la denominación genérica de **autoridad** y cuando esa autoridad está revestida de un sello de antigüedad que le da a la vez el prestigio y la veneración de su origen remoto (11).

a) **LA LEY ESCRITA**. La ley notarial propiamente dicha existe en todas las legislaciones del tipo latino único que nos interesa pues descartamos los sistemas sajón, germánico, soviético, cuantos otros pudieran encontrarse en la conocida clasificación de Bellver Cano. En la

(11) Francisco Geny: "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo" pág. 444. Ed. Reus 2ª edic. Madrid, 1925.

Argentina cada provincia y la Capital Federal tiene su ley orgánica del notariado que completa las normas del Código Civil en cuanto a la escritura pública y legisla sobre la corporación notarial adjetivamente.

En España el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de 1944, más parece un código que una ley, destacándose el título cuarto que da las normas sustantivas del instrumento público.

En Francia, el acto auténtico se legisla más que en el art. 1317 y siguientes del Código Civil (prueba de las obligaciones) en la recordada ley del 16 de marzo de 1803, y sus posteriores modificaciones de 1843, del 12 de agosto de 1902 y otras leyes y decretos, todas ellas relativos a la sustancial estructuración del derecho notarial francés. (12)

Igual ocurre en Italia. El acto público tiene mucha más extensión de tratamiento en la ley notarial que en el articulado que comienza en el 2699. del Código Civil.

Con igual criterio podríamos continuar la enunciación en el derecho ibero-americano, portugués y belga.

A esa ley es a la que principalmente debe ajustarse el escribano porque es fuente especializada para su función.

b) **LA COSTUMBRE:** No ha quedado relegada pese a las codificaciones sino que va imperando, al decir de Spota (13), sea por la jurisprudencia, sea por razón de las prácticas y usos que se van formando y que en la esfera contractual singularmente, actúan con todo el vigor de estar frente a una necesidad de orden legal.

Con o sin fuerza obligatoria, muchas estipulaciones de los contratos son creación del derecho consuetudinario notarial. Va formándose de a poco y acaban por ser en el futuro norma legislativa.

El notario es quien las transforma en cláusula cuando las partes se la exponen. Cierta que son los otorgantes, —los interesados en la regulación de sus conductas—, dice Otero y Valentin (14), pero el notario puede redactar y concretar la norma que surge de la vida real, depurarla y propagarla en cláusula instrumental.

Equívocada postura la de Clavarría Téllez que sólo ve una cuestión teórica y cree difícil que una costumbre colme una laguna legislativa (15). —Olvida que en su patria— las Sociedades de Responsabilidad Limitada, son creación notarial anterior a la ley. (16)

(12) Para su enumeración puede consultarse Cód. Civil. Petits Codes Dalloz pág. 463 Paris 1949.

(13) Alberto G. Spota "Tratado de derecho civil". Tomo I, Vol. I, pág. 391. Buenos Aires, 1947.

(14) J. Otero y Valentin. "Sistema de la función notarial" pág. 431. Igualada Barcelona 1933.

(15) A. Olavarría Téllez. "Contenido y fuentes del derecho notarial" en Primer Congreso Int. del Not. Lat. Tomo II, pág. 136 Buenos Aires, 1948.

(16) Véase el completo estudio de Enrique Taulet y Rodríguez Lusso: "Sociedades de responsabilidad limitada", pág. 15. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949, conteniendo la conferencia pronunciada en el I. Colegio Notarial de Barcelona en 1947.

c) **LA DOCTRINA:** Su misión es la de exponer, analizar y sintetizar el derecho positivo para buscar principios y corolarios salidos de toda la vida jurídica.

Esta fuente es la más fecunda actualmente en derecho notarial. Madre de las demás, es donde se plasman las sugerencias más cautivantes para la superación de lo notarial. Muchos son sus cultores. Una simple relación de sus más conocidos será suficiente.

A los ya nombrados agreguemos a José M<sup>a</sup> Sanahuja y Soler con su enjundioso "TRATADO DE DERECHO NOTARIAL" (17). Enrique Giménez Arnau "INTRODUCCION AL DERECHO NOTARIAL" con modernas ideas sobre el contenido de nuestro derecho.—José González Palomino, "INSTITUCIONES DE DERECHO NOTARIAL" varias conferencias y "NEGOCIO JURIDICO Y DOCUMENTO".—Rafael Núñez Lagos, "HECHOS Y DERECHOS EN EL DOCUMENTO PUBLICO" profundizado análisis del instrumento público con múltiples sugerencias. "EL DOCUMENTO MEDIEVAL Y ROLANDINO" "ESTUDIOS SOBRE EL VALOR JURIDICO DEL DOCUMENTO NOTARIAL" y diversas publicaciones más. De los trabajos de Castán Tobeñas destaquemos "FUNCION NOTARIAL Y ELABORACION NOTARIAL DEL DERECHO". G. Doná "ELEMENTI DI DIRITTO NOTARILE.—Prieto Carusi "IL NEGOZIO GIURIDICO NOTARILI".—Eduardo J. Couture en su importante estudio sobre la fe pública. Adhemar H. Carambula y Carlos A. Pelosi, sobre derecho tributario notarial. René Dechamps, Henri Maigret, Eduardo López Palop, Aquiles Yorio, Fausto Navarro Azeitia, Francisco Martínez Segovia, Germán Pérez Olivares y Gavira, José Máximo Paz, Carlos A. Petracchi, Alfredo Arce Castro, Manuel Amorós, F. Tavares de Carvalho, Alejandro Guasti, Andrea Giuliani, L. M. Boffi Boggero, J. Allende Iriarte, y Pascual Quaqliata, además de los mencionados anteriormente, sólo forman una parte de los notarialistas que en estos últimos años, dictaron conferencias, escribieron folletos o volúmenes y aportaron variosamente a la profundización del nuevo derecho notarial. (18)

**Esta copiosa doctrina especializada acaba de obtener carta de ciudadanía en el derecho comparado, al incluirse el derecho comparado, al incluirse el derecho notarial en el amplísimo apéndice de bibliografía de la obra del eximio profesor de Derecho civil comparado de la Uni-**

-----  
 (17) Véase nuestra "Nota Bibliográfica Crítica" comentando esta gran obra, si bien no compartimos sus fuertes inclinaciones procesalistas, en REVISTA NOTARIAL. La Plata. Sep. 1949.

(18) Véase para completar el panorama doctrinal del Índice Bibliográfico de Carlos Emérito González. Ob. cit.

versidad de París, RENE DAVID, titulada "Tratado de derecho civil comparado" (19).

La doctrina en las revistas y publicaciones jurídicas notariales. A las obras de los autores deberán adicionarse las innumerables contribuciones de las revistas especializadas y Cursos de Conferencias compilados periódicamente, donde encontramos sazonados estudios, memorias y ensayos sobre tópicos determinados.

Ocupan el primer lugar los "Anales de la Academia Matritense del Notariado" conteniendo centenares de conferencias y monografías sobre la especialidad escritas por los más reputados notarialistas contemporáneos. Los cursos de conferencias del Colegio Notarial de Valencia. La "Revista Internacional del Notariado", órgano de la Unión Internacional del Notariado Latino dirigida por Carlos A. Petracchi "Revista del Notariado", "Revista Notarial". "Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos", como principales de las publicadas en la Argentina, "La Notaria" de Barcelona, la comentada "Revista de Derecho Notarial de Madrid y "Nuestra Revista" de la misma Capital.

En Italia: "Le Massime del Registro, Notariato ed Ipoteche", "Revista del Notariato", "Rolandino", "Vita Notarile", "Il Notaro".

En Francia: "Bulletin du Conseil Supérieur du Notariat", "Journal des Notaires et des Avocats", "Revue du Notariat et de l'Enregistrement", "Répertoire Général Pratique du Notariat et de l'Enregistrement", "Conférence Générale des Notaires".

En Bélgica: "Annales du Notariat et de l'Enregistrement", "Revue Pratique du Notariat Belge", "Travaux du Comité d'Etudes de la Fédération des Notaires de Belgique". (20)

En Uruguay la "Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay y el medular INFORMATIVO DE O.N.P.I., que preside Adhemar H. Carambula.

Esta nómina incompleta confirma la existencia de una especialización doctrinal concreta, fecunda y de eficiente valor científico.

d) **LA JURISPRUDENCIA:** En los repertorios de jurisprudencia es fácil hallar agrupadas las sentencias de nuestro interés, en las voces derecho notarial, notariado, instrumentos públicos, escrituras públicas o escribano. Es decir, que sea por su nombre correcto o por los elementos básicos integrantes del nuevo derecho, se individualiza fácilmente lo notarial. Esto para los repertorios o revistas generales. En cuanto a los de nuestro género, nos remitimos a las revistas notariales

(19) El flamante TRATADO de René David, está traducido al castellano para la Editorial Revista de Derecho Privado que lo publicó en Madrid en 1953. v. pág. 462 es un estudio de los derechos extranjeros y del método comparativo. Expone los sistemas contemporáneos del derecho y da buena cantidad de informes prácticos para los estudios de derecho comparado. Ante tan feliz acontecimiento para el derecho notarial es de esperar que la UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO compile por intermedio de la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (O.N.P.I.) todo lo relativo a nuestro material a fin de su aparición en nuevas obras de derecho comparado.

(20) Revista Internacional del Notariado". Buenos Aires.

mencionadas en el título anterior, con una sección —casi todas ellas— de jurisprudencia particularizada, proveniente de los tribunales judiciales o notariales como ocurre en la Provincia de Buenos Aires en que el Juzgado Notarial y el Tribunal Notarial de Apelación sólo emiten sentencias sobre esta especialidad.

e) **LA TRADICION:** Se prestigia para Geny, por su origen remoto. Las cláusulas de las escrituras cuando se reiteran en el tiempo pasan a ser “fórmulas” o maneras permanentes de decir. Son las conocidas cláusulas de estilo que aparecen invariablemente en los documentos. Tienen por objeto, para González Palomino, (21) “sustituir una norma de derecho dispositivo, por una norma convencional, llenar una laguna de la Ley, desplazar una presunción de derecho o rectificar una interpretación de jurisprudencia. Su finalidad es formar una convicción jurídica general, un uso de tráfico, una costumbre, una jurisprudencia o hasta una norma legal nuevecita en que instalen su domicilio” Ejemplo: lo de evicción y saneamiento o aquello de que “este testamento revoca a cualquier otro anterior...”

También por lo que vemos, es buena fuente del derecho notarial.

## Conclusión

El derecho notarial tiene fuentes apropiadas en qué exteriorizarse. Hay normas jurídicas que le son peculiares. El derecho consuetudinario notarial es creador de derecho. Una doctrina considerable forja y delimita constantemente su contenido, ya admitida en el Derecho comparado del sistema latino. Tiene jurisprudencia especializada. Hay tradición en sus partes e instituciones.

## OTROS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN SU EXISTENCIA

**Es una necesidad social.**—En la lucha diaria el hombre se ve abocado a problemas económicos, con intervención de la ética casi siempre, que necesita encauzar o resolver. Recurre al depositario de la fe pública no sólo para que transforme algún hecho en derecho sino para que le oriente, aconseje o ilustre. Necesita de él, como necesita del sacerdote para que le guíe. Y el notario tiene o debe tener conciencia “que no es sólo un consultor jurídico sino en más alto grado, un consultor moral”, según feliz expresión de Francisco Carnelutti. Custodio o guardián del derecho es por tanto el verdadero “forjador” del instrumento público y el intérprete único de la voluntad de sus requirentes. Por eso agrega el ilustre maestro italiano, que se puede afirmar sin rodeos una antítesis fundamental entre el juez y el notario: **cuanto más notario, tanto menos juez: cuanto más consejo del notario, cuanta más conciencia del notario, cuanta más cultura del notario, tanto menos**

(21) J. González Palomino, “Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar” en Anales Academia Matritense del Notariado. Tomo II, pág. 594, 1944.

**posibilidad de litis y cuanta menos posibilidad de litis, tanto menos posibilidad de juez. (22)**

De ahí que se le llame a la función notarial, magistratura de la paz.

Otra vez hombre y función (escribano y notariado) integrantes del derecho notarial, al servicio de la comunidad.

### **Cumple una función cierta**

No hay dudas o ambigüedades sobre su cometido.

No se confunde con la judicial, porque ésta aplica el derecho pero no aconseja. No atiende el notario pleito de una parte, sino transforma el querer **voluntario** de cada interviniente en un instrumento que valdrá para y ante todo el **mundo**.

No defiende a otorgantes, sino que hace de mediador en la **audiencia** que ante él y bajo su dirección celebran aquéllos.

### **Unidad de conceptos**

Al comentar la actual etapa de investigación científica vislumbramos una mayor concreción en los conceptos, lo que ha de llevarnos a breve plazo, a una unidad aún no lograda completamente.

### **Organos propios**

El derecho notarial tiene órganos propios. Lo es v. gr. la magistratura notarial, en forma de Juzgado, Tribunal Notarial o de Superintendencia, comentada anteriormente. Hay Colegios que agrupan obligatoriamente, vigilan la función y sancionan a los trasgresores. La ley los ha creado porque la vida social exige ser jurídicamente bien tutelada.

### **Principios propios**

El de la autenticidad al que Navarro Azpeitia asigna trascendental importancia. El de fe pública que según Couture es el mismo que se tenga del derecho notarial. (23). El concepto o taría de la forma instrumental esencia del derecho notarial, etc. . .

### **Autonomía didáctica**

La cátedra Notarial es una realidad desde hace varios años en la Universidad de Eva Perón (ex La Plata), y por una reciente resolución se dictará a partir del presente año en todas las Facultades de Derecho

(22) Francisco Carnelutti. "La figura jurídica del notario". Conf. en la Academia Matritense del Notariado, mayo 1950.

(23) Eduardo J. Couture. "Concepto de la fe pública" en Revista del Notariado. Enero 1947.

de la Argentina. Su aprobación será obligatoria juntamente con dos cursos de práctica notarial, para la obtención del título universitario y el posterior ejercicio profesional. Lógrase así en nuestro país, un viejo anhelo internacional.

En consecuencia nosotros podemos afirmar que el derecho notarial adquirió personería (24) universitaria.

Se da con esto a la elaboración científica del derecho notarial, facilidades y estímulos —al decir de Castán— para que en esas cátedras “la dogmática y la sistemática de esta nueva disciplina encuentren su ambiente y sus medios apropiados”. Coincidimos con este autorizado autor en la apremiante necesidad de crearlas en la península y en todos los demás países, con notariado de “tipo latino”, como la mejor cristalización científica del derecho notarial ya tan preparada por el esfuerzo de muchos juristas y organismos, precedentemente citados, para que con este impulso definitivo de “una manera orgánica y de conjunto, se abarque el panorama de la materia notarial y pueda irse perfilando su estructuración en una unitaria concepción jurídica. (25)

**Es garantía y seguridad de las relaciones jurídicas.** La aplicación de sus normas por parte del Escribano autorizante da a los particulares la más cierta garantía de firmeza respecto de las convenciones celebradas y asegura para ellos y para terceros la irrevocabilidad de las mismas. El documento o instrumento público en que constan, constituirá una inmejorable prueba de las mismas.

### **Evolución progresiva**

El derecho estancado muere, pues para ser realidad jurídica viva, se necesita que evolucione mejorándose hacia derroteros que satisfagan mejor las necesidades humanas. El Derecho Notarial lleva ya muchos lustros de evolución y superación prueba de ello la preeminencia del factor asesoramiento consejo del notario sobre la redacción del instrumento en sí. El escribano de hoy ha dejado de ser mero redactor de formas para convertirse en el asesor jurídico de las partes intervinientes y he aquí precisamente donde reside su prestancia y jerarquía del presente y el futuro.

**Diversidad de materia y normatividad típica.** Para Mustapich, la materia propia del Derecho Notarial es diversa a la del derecho sustancial, ya que sirve a las necesidades de éste. El Derecho sustancial

(24) En oportunidad de la presentación de nuestra tesis doctoral a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que versaba sobre un tema notarial el tribunal calificador hizo una mención especial a su mérito por contener “valiosos aportes para el estudio del **derecho notarial** Libro de Actas pág. 109. Diciembre 19 de 1952. Dicho Tribunal estaba constituido por profesores titulares de Derecho Civil los Dres. Jesús H. Paz (h), Arturo García López, Manuel Arauz Castex, Javier López y Guillermo A. Borda, lo que no impidió esta nueva ratificación de existencia del **derecho notarial**.

(25) José Castán. “Función notarial y elaboración notarial del derecho”, pág. 179, Ed. Reus Madrid 1946.

estudia la exteriorización de la voluntad jurídica y determina de acuerdo a la gravedad de las relaciones jurídicas, al adelanto cultural y económico y a las necesidades sociales en general, cuando esas exteriorizaciones deben concretarse en estructuras pre-determinadas y la sanción de su incumplimiento o en inscripciones registrales, pero el régimen particular de dichas estructuras o registros, aún cuando se legislen en el mismo cuerpo son de orden instrumental y no material. "El derecho notarial, derecho de la autenticidad, sirve en los amplios fines del derecho, al organizar y regular eficientemente el instrumento público o los registros de inscripción de derecho". (26)

Hay materia diversa y las normas de aplicabilidad le son típicas con relación sobre todo a su segunda parte de o de organización.

### Sistema adecuado

Entre las numerosas fundamentaciones que podrían citarse para acreditar su existencia agregaremos en último término esta de tener un sistema adecuado y que mereciera de J. Otero y Valentín la dedicación plena de su obra en la que expone la justificación de la función notarial, su desarrollo, fundamentos, factores, (Magistrado autorizante - actuantes - testigos), las normas y la organización de esa función a la que nos remitimos por razones de brevedad (27).

\*  
\* \* \*

## OBJETO Y LIMITES DEL DERECHO NOTARIAL

El objeto como materia de conocimiento o fin a que se dirige o encamina el Derecho Notarial es la **Institución notarial** en la que se encuentran comprendidas dos instituciones que son:

a) **la teoría general del instrumento público** y b) **la organización notarial**. Esta última se subdivide en función notarial y organización del notariado.

Precisado el objeto veamos cuáles son sus límites, entendidos como términos o confines hasta donde llega cada institución, tratando de delimitarlos con exactitud, para circunscribir el campo investigativo.

En el esquema que presentamos, sólo se pretende ensayar una sistematización sin mayor análisis de cada uno de los puntos, porque ello excedería la razonable extensión de una monografía de esta naturaleza (28).

(26) José María Mustapich "Concepto del Derecho Notarial" ob. cit. pág. 270.

(27) J. Otero y Valentín. "Sistema de la función Notarial". Igualada, Barcelona, 1933.

(28) Véase nuestra citada "Teoría General del Instrumento Público" donde se comenta con mayor extensión la materia. Ed. Ediar Buenos Aires, 1953.



— A —

## LA TEORIA GENERAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO

### 1) Concepto de instrumento público:

Aparecido hace muchos siglos asume los caracteres de un elemento vital para la historia de la sociedad. Fué primero el escrito auténtico en que se consignaban hechos o títulos conforme a las leyes y después al agregársele la actividad del notario que es su autor, hacedor o constructor su valor se convierte en el primer medio de prueba pre-constituída que inspira más confianza según Bonnier, porque es obra de un oficial público que tiene derecho de actuar en el lugar que se le ha asignado.

En él se consignan bajo la fe del escribano y conforme a la ley, los negocios jurídicos de las partes intervinientes o bien los actos o hechos que sin ser negocio, quiera dárseles fecha cierta, eficacia, o notoriedad. Su autorización por el notario y su preparación conforme a las formalidades prescriptas en la ley, son los factores esenciales para constituir o hacer nacer una relación jurídica válida.

Su gran fin es el de dar forma legal al contrato verbal que los particulares celebran ante el notario, quien lo estructura jurídicamente y le da vida y existencia.

Anteriormente se creyó que su fin primordial, casi exclusivo, era pre-constituir prueba, pero hoy se ha llegado a la conclusión que tiene más valor formar el negocio al tiempo de su nacimiento, que probarlo después.

Sus caracteres más sobresalientes son los de ser garantía para el cumplimiento de los convenios y adquiere una neta superioridad sobre el instrumento privado, porque a éste nadie lo cree hasta convencerse de la autenticidad de las firmas que lleva. En público, se exhibe y vale para todos, porque la autenticidad la tiene desde el momento en que fué autorizado por notario. Es inmovible desde el comienzo de su preparación hasta el final de su vida y sólo la querrela de falsedad puede destruirlo.

Para Sanahuja (29), trae anexa la ejecutoriedad o sea la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor puede obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza.

### 2) Clasificación general de los instrumentos públicos:

#### Notariales

Son los investidos de fe pública notarial, dada por el escribano autorizante delegado del Estado, con poder de dar fe y plena auten-

(29) José María Sanahuja y Soler "Tratado de Derecho Notarial", tomo 1, pág. 69.

ticidad. Se subdividen en principales por ir en el protocolo como condición de validez y comprenden exclusivamente las escrituras públicas (documento notarial - acto público - acto auténtico), sean matriz o testimonio-copia.

Precisamente la escritura pública o instrumento público como le llamamos genéricamente, constituye el objeto principal del derecho notarial.

Diremos secundarios los que pueden ir o no en el protocolo notarial pero hechos igualmente por el escribano público. Son los inventarios, las actas de notoriedad, de referencias, de sorteos, de protestas, etc. . . ., las certificaciones de autenticidad de firmas o vigencia de documentos y las notas asentadas en los protocolos o escritos judiciales.

## Judiciales

Son las actas judiciales y sus copias, hechas por escribanos pero no en el ejercicio de la fe pública notarial sino judicial.

## Administrativos

En el derecho privado las actas del registro del estado civil. En el derecho público las cédulas de identidad, certificados administrativos, etc. . .

### 3) Teoría de la forma instrumental:

Para que las declaraciones de voluntad generadas en el interior de cada individuo adquieran valor ante todo el mundo, hay que darles forma, volcándolas en un molde que preparará el Perito en derecho y dador de autenticidad llamado escribano y entonces las relaciones jurídicas que se entablen nacerán a la vida en forma de escritura pública.

La teoría de la forma instrumental es pilar —ya lo dijimos— para la sistematización de esta nueva disciplina jurídica. Es la forma y sólo la forma lo que da vida al acto, según Bonnacase (30).

Como condición de existencia la forma cumple su más importante función.

Podemos decir que es la conjunción de numerosos elementos psíquicos y materiales que tienen sentido, unidad y fin y entran en un todo cuyos límites va delineando el sujeto instrumentador que hace las veces del artista que con líneas, dibujos, colores, las combinaciones de éstos y el fruto de su saber, produce su obra, así amalgama aquél las declaraciones de voluntad vinculatorias en la forma instrumental.

La forma tiene por finalidad además de dar existencia plena al negocio jurídico que contiene, fijar el carácter jurídico de las relacio-

(30) Julien Bonnacase "Elementos de Derecho Civil" trad. J. M. Cajica, tomo II, pág. 239, Mexico, 1945.

nes que se contraen, concretar los límites de la voluntad y hacer perdurable los actos jurídicos al incorporarse al protocolo.

Acceptándose o no la vieja división en formas *ad-solem nitatem* y *ad-probationem*, la clasificación legal en nuestro país es que: a) hay libertad de formas o b) hay forma instrumental notarial o c) privada.

En cuanto a sus clases se ha teorizado mucho últimamente pero el concepto de mayor interés en esta hermenéutica es la **separación de la forma y el negocio jurídico**.

Al derecho notarial, sólo le interesa el valor jurídico de la forma instrumental o instrumento en sí o estructura jurídica pero no lo interno, que es el negocio que contiene. La figura exterior sí, el supuesto hecho interior, contenido, **no**. Por eso es que aconsejamos llamar a uno instrumento o continente y negocio al contenido. El primero se refiere a la cosa (lo que docet-muestra, según Carnelutti). Otras expresiones —como acto auténtico o público dan lugar a confusión.

#### 4) Estructura jurídica del instrumento público:

Tres puntos básicos deben analizarse para comprender los requisitos legales impuestos para una eficiente estructuración jurídica de la escritura pública. Ellos son:

- a) La configuración del instrumento en sí,
- b) Las partes intervinientes,
- c) El escribano autorizante.

En la configuración habrá que estudiar la redacción, sus caracteres, lenguaje, cláusulas, idioma a emplearse, orden cronológico y salvedades.

En la transcripción de documentos habilitantes propiciamos la supresión a fin de no distinguir o retacer la fe pública, en distintas clases de escrituras. (Ej.: no se transcribe el título de compra venta anterior y sin embargo debemos transcribir el testimonio del mandato que nos presente v. gr. una de las partes).

Las partes en que se divide la escritura: encabezamiento, comparencia, exposición, estipulación, otorgamiento y autorización. Diremos de esta última que no es solo la firma del escribano inserta en la escritura, sino el cierre del proceso escriturario con la dación de fe, lectura y asentamiento final de los intervinientes que en su labor configuradora cumple y concluye el notario que autoriza.

Sobre el debatido tema de la unidad de acto, nuestro punto de vista definitivo es de que debe disminuirse tan sacramentales normas y confiar más en la función y en las garantías que la misma ofrece, para dar al acto las seguridades de su existencia y eficacia.

b) **Las partes intervinientes**. Serán las partes otorgantes, concurrentes, y comparecientes. Su actividad será la de presentarse al escribano, exhibir la documentación y finalmente requerir la instrumentación.

La expresión de su consentimiento acarrea el problema de conocer si es único o se reitera. Es la conocida teoría presentada en nuestro derecho por Núñez Lagos de la "Renovatio Contractus".

La firma, su finalidad es justificar la presencia de los comparecientes, al igual que los sustitutivos de la misma: la firma a ruego, la impresión digital. Los efectos de su ausencia convierte al instrumento en inexistente.

Respecto de los testigos, habrá que afirmar que su intervención en el instrumento es innecesaria y hasta perjudicial para el feliz desempeño del configurador de la escritura pública. La fe pública, única e indivisible, está a cargo del notario. No hay ni se necesitan otras personas que la compartan, ni siquiera en los testamentos, porque justificarla para este tipo de escritura pública, es como sostener que la moralidad y eficacia del escribano admite graduaciones por uno u otro acto jurídico.

Afortunadamente en nuestro país, el Instituto del Derecho Civil de la Dirección General de Institutos Jurídicos, estudia un proyecto que elevará el Poder Ejecutivo, al Congreso, suprimiendo los testigos.

c) **El escribano autorizante.** Su obra es el instrumento público y para ello el Estado le confirió la fe pública, él dirá a su nombre, que todo cuanto pasa en su presencia, es cierto, es verdad, debe ser creíble.

En la construcción del documento empleará su ciencia, su conciencia y su sentido de lo justo y lo moral.

Hablar del notario, su concepto, su competencia, su capacidad, sus cualidades, su función calificadora del acto y sus clases, es tema que abarca una extensión vastísima, pero digamos solamente que en la fe de conocimiento o identificación del documento y su constancia radica una de las esencias más firmes del derecho notarial. El clásico doy fe, su consabida responsabilidad, los medios de que se vale para la formación del conocimiento, encumbran su tarea al grado de piedra angular y elemento vital de lo notarial.

## 5) Las anomalías instrumentales:

Concluida la teoría sobre la validez formal de la escritura pública, corresponde indagar en la doctrina de las anomalías conocida también por doctrina de nulidad instrumental.

Sostenemos que la imputabilidad de la anomalía instrumental debe hacerse al escribano y no al instrumento, para que éste no se perjudique y queden sin efecto jurídico las voluntades que le dieron existencia.

La mayor parte de las irregularidades pueden subsanarse mediante la confirmación, salvo en los casos de carencia de autorización o de firma de los otorgantes, porque el instrumento es inexistente y nada podrá hacerse con él. Pero la inobservancia de requisitos secundarios sólo hará observable al título, aplicándose una sanción al escribano, graduada en relación a la transgresión cometida.

## 6) Valor probatorio:

Se presenta el tema bajo dos aspectos: a) autenticidad, que es la certeza, validez, plena fe del instrumento y que solo se destruye por la redargución de falsedad y b) veracidad o legitimación, o legalidad de ciertos hechos no cumplidos por el notario, sino por las partes, y cuya exactitud no protege mayormente el notario ni se impugna por la querrela de falsedad.

La prueba admite graduaciones porque unos hechos son cumplidos por el notario (solo se atacan por la querrela de falsedad). Otros hechos son relatados por las partes, y los demás son simples enunciaciones. Los efectos que produce la argución de falsedad del instrumento público, deben entrar en juego, según nuestro concepto, al momento de la sentencia. La interposición de la demanda solamente no debe traer consecuencias.

## 7) El protocolo:

Es el conjunto de escrituras públicas matrices hechas durante un año, en orden cronológico y en la forma que las leyes notariales prescriben. Deberán excluirse del mismo los certificados, informes, declaraciones y cualquier otro agregado que no sean las fojas de la escritura matriz. Sus clases, la propiedad de los mismos, custodia y depósito, su formación y contenido concluyen —con su evolución histórica— este enfoque panorámico.

## 8) Copias y testimonios:

Son reproducciones fieles del instrumento público originario. Su expedición, clase y valor probatorio cierran el ciclo, con los problemas de la pérdida o destrucción del protocolo, de esta primera parte del derecho notarial, cuyo objeto es el instrumento o escritura pública en los límites —que la investigación permita, de todos los puntos enunciados.

— B —

## LA ORGANIZACION NOTARIAL

### 1) Función notarial:

Está íntimamente relacionada con la teoría general del instrumento público y con el titular de esa función: el escribano público.

La más antigua y clásica doctrina sobre la función notarial, afirma González Palomino, es la que la centra en el concepto de fe pública. "La función del notario es la de dar fe de ciertos actos, y el va-

lor del instrumento el de **hacer fe** de su existencia y de todo o parte de su contenido" (31).

Instrumento y fe pública son inseparables, indisolubles, indivisibles, porque no puede haber instrumento público —sin fe pública y no puede haber fe pública sin instrumento— en que se manifieste. Por eso *siendo los dos integrantes de un todo que es el derecho notarial* hemos partido del primero para la conceptualización general de la materia. Hasta dividimos o clasificamos los instrumentos públicos en base a la fe pública (notarial-judicial-administrativa).

Calificamos como problema de fe pública notarial, el de la transcripción de documentos habilitantes. Criticamos la innecesaria presencia de los testigos como un retaceo de aquella fe, que ha de ser **única e indivisible**. Establecemos las clases de escribanos también en base a la misma fe pública notarial.

Fe pública notarial es entonces, asentimiento, certeza, verdad que se presta a la manifestación del funcionario que la reviste por delegación del poder público. Es la autoridad atribuida al escribano para que las escrituras por él autorizadas sean auténticas y sus respectivos contenidos sean tenidos por ciertos.

El ejercicio de esa fe pública por parte del notario es función notarial.

## 2) Organización del notariado:

Justificamos su inclusión en el derecho notarial por razones de método, de facilidad investigativa, de homogeneidad conceptual, y hasta de más fácil comprensión orgánica. Cuanto menos se disgregue una ciencia determinada y precisa como lo es el derecho notarial, más se aprovechará del esfuerzo de cada estudioso para la concreción de las ideas.

Si dejamos parte del notarial en otro u otros derechos rompemos la unidad orgánica que anhelamos se logre pronto y bien en toda su extensión. Incluyamos para perfeccionar —hay normas que para algunos son administrativas— lo que tenga atinencia con el instrumento, su hacedor y su función, hasta que llegue el día en que en un voluminoso tratado, el notario conozca, analice y estudie lo científico y técnico de su profesión, pero fundamentalmente del derecho específico que la genera, conduce y consolida.

Dentro de la organización notarial habrá que estudiar al notariado como cuerpo, sus leyes orgánicas, Colegios y matriculación obligatoria con sus respectivos regímenes, atribuciones y ejercicio profesional, las cualidades e incompatibilidades del notario, sus responsabilidades, y se debatirá el problema de si son o no funcionarios públicos, jurisperitos, asesores, profesores de derecho, etc. . .

En otro aspecto de sumo interés para la Argentina por ejemplo, habrá que resolver si puede o no dictarse una ley con vigencia en to-

(31) J. González Palomino "Instituciones. . ." pág. 60.

da la nación que organice y reglamente el notariado o si se seguirá entendiendo erróneamente que esto es cuestión de cada provincia por aquello de que refiriéndose a la prueba el instrumento y ser esta materia adjetiva procesal de forma, compete su reglamentación a cada Estado provincial. Sobre este particular, dijimos en otra oportunidad que el instrumento es ante todo FORMA, es existencia, nacimiento del negocio jurídico al exteriorizarse, constitutivo, previo y vital a cualquier otro valor y mucho más importante que prueba preconstituida. Luego si es FORMA y después (aunque no siempre) prueba, y es la forma materia del derecho sustantivo o de fondo, no puede legislarse más que en este y no en el adjetivo. Separemos finalmente la organización notarial del poder judicial y de las leyes que reglamentan los tribunales, porque el derecho notarial no está ya en plan de auxiliar de la justicia, sino por el contrario es altigioso, de paz, sin pleito de partes, al servicio del derecho por el camino de la mutua comprensión, regulada, dirigida, configurada válidamente por el depositario de la fe pública, el consejero, el asesor: el ESCRIBANO PUBLICO.

## PALABRAS FINALES

**EN SINTESIS:** Ciérrase aquí el ciclo que comenzado con la evolución conceptual del derecho notarial, su consolidación en estos brillantes Congresos internacionales y Jornadas Notariales Nacionales, se siguió con la demostración de sus fuentes en que se manifiesta y los fundamentos que justifican su existencia como rama autónoma del derecho en vías de una pronta completa formación.

Su objeto y sus límites están en la teoría general del instrumento público y la organización notarial. Múltiples matices lo individualizan y van perfeccionando. Llegará hasta donde sea necesario para cumplir la alta finalidad social que el Estado, el derecho y la colectividad, le tienen asignado, que triunfe lo justo, lo verdadero, que haya seguridad en las relaciones jurídicas privadas, que sea tutelaje permanente de la buena convivencia humana, que sus titulares sigan siendo en épocas convulsionadas los mismos **HOMBRES LIBRES Y CRISTIANOS DE BUENA FAMA, PORQUE EL PRO QUE NACE DE ELLOS ES MUY GRANDE CUANDO HACEN SU OFICIO BIEN Y LEALMENTE.**

Distintuir si el Derecho Notarial es sustantivo o adjetivo no interesa mayormente para la teorización sobre el mismo. En cuanto a su agrupamiento entre el Derecho Público o Privado, será punto a resolver sin mayor prisa, pues caracterizado o no de esta manera, lo cierto es que tiene normas que pertenecen a uno u otro sector.

Otro concepto que conviene aclarar es el de **autonomía**. No ha de entenderse como independencia absoluta sino en la medida en que todas y cada una de las instituciones de derecho, pueden serlo con sus naturales interdependencias y relaciones de las unas con las otras. Así como el Municipio o Provincia goza de autonomía pero está sometido a la ley fundamental y a las normas de fondo, igualmente el derecho

notarial tiene una legislación madre que es el derecho civil y de donde han salido y salen aún, las principales normas jurídicas de aplicación en nuestro derecho. Esto nos ha hecho decir a su momento, que toda la teoría general del instrumento público es derecho civil, en el sentido de estar contenida actualmente en el derecho civil. Una mayor investigación nos lleva a conclusiones más terminantes: puede ya entresacarse lo notarial de lo civil y construir, repitámoslo nuevamente, el derecho notarial nuevo con la conexión de eso que hoy es en la Argentina derecho de fondo por estar expuesto en el Código Civil, con el conjunto de normas que rigen la función notarial, hoy ley adjetiva.

El momento es propicio para la construcción científica del derecho notarial. Es tan luego el civil quien ha desarrollado la teoría del negocio jurídico que sienta en notarial el extraordinario principio, casi diríamos un hallazgo, de la diferenciación entre la forma y el fondo o continente y contenido a la manera de Carnelutti, o negocio jurídico y documento para los notarialistas españoles.

En el derecho procesal se desarrolló especialmente la teoría de la relación jurídica procesal que algunos han trasplantado, como Sanahuja, a nuestra ciencia. También en el derecho administrativo se plantea la problemática de la función o funcionario público dentro o fuera (así lo entendemos) de la administración pública.

Pero esto no significa en manera alguna disminución de su personalidad o autonomía sino simplemente interdependencia lógica, necesaria desde luego entre las diversas ramas del derecho.

Los principios básicos abundan y las teorías se van consolidando en un haz armonioso delimitado, preciso, concreto contenido que desputa con vida propia y solo espera seguir adquiriendo personería en la manera que lo hemos expuesto, al igual, v. gr. que el derecho laboral casi desconocido o por lo menos olvidado en el siglo pasado, y que hoy todos reconocemos como rama particular.

\* \* \*

#### IV

### CONCLUSIONES

1.—En líneas generales diremos que la etapa del arte notarial como estudio de la redacción del instrumento público, ha terminado. La orientación primaria de la Escuela de Bolonia, de las Siete partidas, de la primitiva ley del 25 Ventoso del año XI, de la ley española de 1862, y como consecuencia de éstas, las teorías instrumentales en los Códigos civiles del derecho de tipo latino, ha sido superada.

2.—La etapa actual puede llamarse de la investigación científica y el momento culminante en que se inicia con amplitud en el derecho comparado es cuando se reúne el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino.



3.—El temario del Segundo Congreso, sus estudios y sus conclusiones ya nos hablan del documento notarial (instrumento público notarial y de la organización notarial). En el de 1954, en París, el derecho notarial adquirirá merced a las elucubraciones de sus cultores, existencia sería y se fijarán su objeto y sus límites, amén de otras sustanciales concepciones.

4.—La posición argentina respecto de su existencia y contenido ha sido precisada concisamente en las Sextas Jornadas Notariales Argentinas. Existen normas legislativas y principios jurídicos y doctrinarios que demuestran su existencia como rama particular. Su objeto es el instrumento público notarial en cuanto el mismo sirve a la exteriorización de la voluntad que lo condiciona y le da nacimiento y la organización de la institución notarial.

5.—En cualquiera de las fuentes del derecho privado que queramos indagar, encontraremos antecedentes, causas, elementos de derecho notarial. Hay leyes notariales propiamente dichas. La costumbre es tomada por el notario que la extrae de la vida real y la propaga en una cláusula instrumental. La doctrina es su fuente más fecunda por sus sugerencias cautivantes en permanente superación. Centenares de notarialistas, así lo demuestran.

6.—En los tratados de derecho comparado, ya está figurando el derecho notarial como rama especializada. Profusa cantidad de revistas y publicaciones aportan enjundiosas monografías.

7.—También tiene una jurisprudencia individualizada que se observa en las revistas generales o en las especiales.

8.—La tradición hace derecho y va formando una convicción jurídica. Hay fuentes pues en qué exteriorizarse.

9.—Su existencia se justifica además por ser una necesidad social. Uno de sus pilares, el notario, es consejero, guardián del derecho, forjador del instrumento e intérprete imparcial de las voluntades negociables ajenas.

10.—Cumple una función cierta. No defiende a las partes sino que es mediador en la audiencia que ante él y bajo su dirección, aquéllas celebran.

11.—Hay unidad de conceptos. Tiene órganos propios que como los colegios son hoy —por ejemplo en la Argentina— las organizaciones más completas y consolidadas de la ciencia-profesión.

12.—Principios peculiares como el de la autenticidad y de la fe pública son únicos del derecho notarial.

13.—Hay autonomía didáctica. Las cátedras de derecho notarial son una realidad. Tiene adquirida personería universitaria.

14.—Es garantía y seguridad de las relaciones jurídicas y hay en él una evolución progresiva desde que el notario se ha convertido en asesor jurídico y consultor moral. La diversidad de materia y la normatividad típica también lo fundamentan.

15.—Su objeto es la **institución notarial** que se descompone a su vez en: a) Teoría general del instrumento público y b) Organización notarial, subdividiéndose esta última en función notarial y organización del notariado.

16.—En la teoría general del instrumento público debe analizarse en primer término su concepto, su gran fin es el de dar forma legal y su carácter más sobresaliente el de ser garantía para el cumplimiento de los convenios.

17.—En la clasificación general de instrumentos públicos (instrumento en sentido genérico y escritura pública en el específico) sólo nos interesan los notariales o documento notarial para España, acto auténtico para Francia, acto público para Italia. Los instrumentos públicos notariales secundarios son las actas de notoriedad, los inventarios y certificaciones entre otros.

18.—La forma como condición de existencia del instrumento público es la médula de todo nuestro razonamiento.

19.—La separación de la forma como exteriorización de la voluntad del negocio jurídico o contenido de esa forma es pilar básico para la nueva conceptualización.

20.—En la estructura jurídica del instrumento intervienen tres factores: **la configuración** del instrumento en sí con sus problemas de redacción, lenguaje, transcripciones, partes en que se divide la escritura, unidad de acto y fe de conocimiento entre varios más, **las partes intervinientes** y sus respectivos consentimientos, y el escribano autorizante que empleará su ciencia, su conciencia y todos sus sentidos para la estructuración jurídica del acto o negocio que le presenten.

21.—Después de teorizar sobre la validez formal de la escritura pública corresponde profundizar en la doctrina de las anomalías. Si son graves, responderá el notario pero no ha de sufrir perjuicio el documento y podrán subsanarse mediante confirmación a excepción de los actos inexistentes (falta de autorización del notario o de firmas de los otorgantes). Si son leves interesa más hacer prevalecer la voluntad de los otorgantes que sancionar las transgresiones cometidas.

22.—La prueba es secundaria como idea de derecho notarial. En cuanto a su valor probatorio ha de ser total sin más impugnación que la querrela de falsedad cuando se trate de hechos cumplidos por el notario. Sólo la sentencia debe producir efectos en el instrumento y nunca la sola presentación de la demanda.

23.—En el protocolo no han de haber más que escrituras matrices. Nada de certificados ni otros agregados que no hacen ni al contenido ni a la formación de la escritura.

24.—La función notarial está íntimamente relacionada con el instrumento público y su titular el escribano autorizante, su doctrina se centra en la fe pública.

25.—La organización del notariado como cuerpo y el conjunto de normas sobre sus distintos regímenes, atribuciones, ejercicio profesional y cualidades del notario, está justificada como parte integrante de un derecho notarial total, homogéneo, comprensible y de facilidad investigativa.

26.—Las distinciones sobre su carácter sustantivo o adjetivo público o privado no hacen al problema vital de su existencia y de sus límites.

27.—La autonomía del derecho notarial no ha de entenderse como independencia absoluta sino como razonable interdependencia entre los distintos derechos que contribuyen juntos a la formulación de teorías, doctrinas e ideas generales que interesan al DERECHO total y único. Es más autonomía didáctica, de investigación, que tajante división del derecho privado.

Esforzarnos en propender a su progreso, será nuestra misión.