

Los principios del derecho notarial*

Carlos A. Pelosi

INTRODUCCIÓN

El tema que vamos a desarrollar tiene una problemática tan vasta, que torna quizás difícil su examen dentro del límite de tiempo propio de esta exposición.

Es mi propósito no hacer dialéctica respecto de sus presupuestos. Sin embargo, a manera de prolegómeno, tendremos que considerar la influencia de los principios en la sistematización orgánica de una rama del derecho; los principios notariales están bien definidos o perfilados, en qué consisten y en qué medida se ha trabajado sobre el plexo de las cuestiones que debían ser objeto de investigación.

No traemos ideas novedosas porque en el derecho no existe el invento. Seguiremos las huellas de calificados autores para llevar a ustedes, las opiniones más autorizadas. En cuanto a las propias, admitimos desde ya la crítica, pues los enfoques en esta materia pueden hacerse con distintos criterios.

Damos por cierta la configuración autónoma del derecho notarial, respaldados por la afirmación hecha en el Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en París, el año 1954, en declaración aprobada por todos los Delegados de los países adheridos a la Unión, con la única disidencia de Italia, país en el cual los especialistas del saber notarial revelan una seria inquietud tendiente a reevaluar la tesis negativa o a justificarla con argumentos más sólidos.

* Conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción, el 16 de setiembre de 1960.

Doctrina

La actitud casi decisiva del eminente jurista CARNELUTTI que ha expuesto su pensamiento en el conocido trabajo *Diritto o arte notarile?*¹, ha merecido reservas, en cuanto no reconoce concreta consistencia al conjunto de normas que regulan la función del notario. D'ORAZI FLAVONI en un prolijo análisis de los argumentos esgrimidos en la polémica internacional sobre la autonomía de nuestra disciplina, publicado en "Rivista del Notariato", mayo-junio 1957, y del cual aparece una completa recensión en la Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, enero-junio 1959, rebate aquella conclusión, oponiéndole la relevancia cuantitativa del ordenamiento italiano, formado por la ley de febrero 16 de 1913, el reglamento y la serie de disposiciones dictadas con posterioridad.

También nuestro colega ARATA ha señalado algunos errores de la tesis de CARNELUTTI, en una Conferencia pronunciada en Bahía Blanca, el mes de abril último con motivo de realizarse en dicha ciudad las IV Jornadas Notariales Bonaerenses.

CONTENIDO Y AUTONOMÍA DEL DERECHO NOTARIAL

Colocados en distintas vertientes conceptuales, muchos y prestigiosos notarialistas han realizado notables estudios para explicar y fundar el contenido de la función notarial y como se organiza el sistema del derecho notarial, aportando ingredientes y elaborando la doctrina destinada a mostrar la dimensión de su objeto propio, de sus conceptos e institutos, su método, su técnica y la aplicación orgánica de una masa homogénea de normas plasmadas según peculiares exigencias.

Como lo señalara OLAVARRÍA TELLEZ en "*Contenido y fuentes del Derecho Notarial*", presentado al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, el contenido del derecho notarial se ha venido perfilando mediante un fenómeno de triple expresión doctrinaria. *Por eliminación* de institutos ajenos a la disciplina pero que, en cierto momento, se entendió le pertenecían. *Por integración*, incorporándole otros institutos cuyo estudio le corresponde de modo preponderante aunque no siempre de manera exclusiva. Y *por construcción*, mediante la sistematización de sus normas, organizando los institutos que lo integran y analizando sus principios rectores².

Así fueron surgiendo, sobre la praxis del antiguo empirismo que hacía de la notaría un arte y de las fórmulas un culto, los intentos de pura interpretación

1 En "Vita Natarile", Palermo, Italia, año 1954, pág. 209.

2 OLAVARRÍA TELLEZ, Ángel. *Contenido y fuentes del derecho notarial*, en Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires 1948, t. III, pág. 131.

jurídica, que crearon diversas filiaciones para descubrir fundamentos racionales, desentrañar directivas científicas y articular las condiciones de su objeto propio y de su conocimiento ordenado. CASTÁN TOBEÑAS ha clasificado esas diferentes concepciones o ideas, denominándolas legalista o enciclopédica, administrativista, procesalista, funcionalista, de la relación jurídica notarial, de la legitimación, justicia reguladora, seguridad jurídica, de autenticación y de la forma jurídica, hasta llegar a la teoría instrumentalista, construida sobre la base de los enjundiosos aportes de NÚÑEZ LAGOS, para quien el derecho notarial es el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulan el instrumento notarial y la actividad documental del notario³.

Si bien en el derecho notarial pueden comprenderse otras materias, como las referidas al agente o protagonista) y a la organización del cuerpo, según lo entienden, entre otros, GIMÉNEZ ARNAU, sin dejar de acentuar la prevalente importancia de la teoría formal del instrumento⁴, cuenta hoy con el beneplácito general el criterio de que la flecha lanzada en busca de la verdad, objeto esencial de la ciencia, ha detenido su vuelo, y por encima de las discrepancias lógicas respecto de los elementos formativos del derecho notarial, domina la tesis de que la producción del documento notarial es su objeto principal. El documento, como la cosa en el derecho real, sostiene NÚÑEZ LAGOS, es objeto esencial, principal y final del derecho notarial⁵.

Pero como no se produce el documento notarial por la mera intervención del notario, sino mediante el cumplimiento de un rito jurídico, de un procedimiento especial o conjunto de solemnidades, ese procedimiento instrumental, que regla la actividad de las partes y del notario, está dado por normas y principios con fisonomía propia y características diferenciales, que regulan los medios técnicos necesarios para dotar de eficacia al documento notarial.

Adviértase que, sin ánimo de soslayar el examen de las fuentes del derecho notarial, hemos mencionado junto a las normas, los principios.

De la autonomía del derecho notarial se ha hecho muchas veces un problema de definición o de repertorio de imágenes fieles y completas de su objeto. Enclavados en esta orientación literal, las divergencias han de perdurar.

“Aún buscan los juristas una definición de su concepto del derecho” dice una conocida sentencia de KANT y no puede afirmarse, comenta DEL VECHIO, que

3 CASTÁN TOBEÑAS, José. “Hacia la constitución científica del derecho notarial. Notas para un esquema doctrinal”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, Nros. 1-2, julio-diciembre 1953, pág. 25, y en *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, 1946, págs. 15 y sgts.

4 GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. *Introducción al derecho notarial*, Madrid, 1944, págs. 13 y sgts.

5 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El derecho notarial*, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, julio-diciembre 1953, pág. 212.

Doctrina

con el tiempo hayan perdido valor estas palabras. Y agrega: “Una definición, acaso, en vez de añadirle claridad, se la quitaría”⁶.

Será útil meditar si no ha ocurrido algo similar con nuestra disciplina. Pretender una definición comprensiva de las materias involucradas en el objeto del derecho notarial es quedar suspendido en el péndulo de las vacilaciones y de las dificultades insalvables. Aunque se cumplan las reglas lógicas necesarias o se empleen cualquiera de los procedimientos posibles, no se logrará nunca delimitar con rigor el objeto a través de una fórmula unitaria. Anota MARTÍNEZ PAZ que no pueden resumirse en una expresión los caracteres de un objeto que se presenta en la realidad bajo aspectos diferentes⁷. Es bien sabido además que las definiciones responden a la posición o ideas del autor.

LA AUTONOMÍA REQUIERE PRINCIPIOS PROPIOS

Para atribuir a una disciplina autonomía, sea didáctica, lógica, científica, jurídica, estructural o dogmática, ha de comprobarse la presencia de condiciones determinadas. Los juristas no coinciden en su especificación.

Para ALFREDO ROCCO es necesario y suficiente: 1º) Un cuerpo de doctrina bastante amplio para merecer un estudio expreso y especial. 2º) Que sea homogénea y dominada por conceptos generales y distintos de los conceptos informadores de otras disciplinas. 3º) Que tenga un método propio, es decir, que utilice procedimientos especiales para el conocimiento de las verdades que constituyen el objeto de sus investigaciones⁸.

Considera ARCÁNGELI que el carácter de autonomía lo da la existencia de principios generales comunes a toda la materia o especiales de la misma, que sirven para conferirle una unidad propia y diferenciada de las otras materias⁹. En el mismo sentido se pronuncia ZANOBINI observando que solo puede hablarse de autonomía si la materia presenta principios propios y especiales que valgan para distinguirla de las otras ramas del derecho¹⁰.

JARACH incluye en el concepto de autonomía tanto la estructural como la dogmática. La primera consiste para él en la configuración formal de los insti-

6 DEL VECCHIO, Jorge. *Los supuestos filósofos de la noción de derecho*. Trad. de Mariano Castaño, Madrid, 1908, pág. 26.

7 MARTÍNEZ PAZ, Enrique. *Filosofía del derecho*, Córdoba, Argentina, 1951, pág. 323.

8 ROCCO, Alfredo. *Principios de derecho comercial*. Trad. del italiano por J. Gallignes, Madrid, 1931, pág. 16.

9 ARCÁNGELI, Argeo. *Nozioni generali sul diritto agrario*, en *Rivista di Diritto Agrario*, año 1935, pág. 1.

10 ZANOBINI, Guido. *Il problema dell'autonomia del diritto agrario*, en *Rivista di Diritto Agrario*, año 1928, pág. 197.

tutos en diferente estructura de los institutos de otras ramas. Si un conjunto de normas jurídicas que tenga objeto unitario forma institutos jurídicos con estructura propia, uniforme, apta para caracterizarlos, se puede afirmar que constituye una rama del derecho estructuralmente autónoma. Si, además, esta rama elabora conceptos propios que sirven solamente a ella, posee también autonomía dogmática¹¹.

LARRAUD en un trabajo de vigorosa penetración titulado *"Introducción al estudio del Derecho Notarial"*, expresa que la noción de autonomía se caracteriza por dos elementos. En el estructural implica un conjunto sistemático de normas, definido en su objeto común y organizado por medio de institutos y doctrinas. Y en el aspecto dogmático, es necesario que el sistema comprenda principios propios que sirvan exclusivamente a la disciplina en examen o que, por lo menos, tengan un sentido particular que los distinga nítidamente de los principios manejados por otras ramas del Derecho. Estos principios exclusivos deben servir no sólo cuando el texto legal es expreso sino también cuando es oscuro o falta en absoluto. Agrega que un conjunto de institutos y doctrinas muy típicas, organizados en un verdadero sistema, sin la existencia de leyes o principios propios, es anodino e inoperante, porque faltaría uno de los elementos indispensables. Por consiguiente, la individualización de los institutos característicos (el notariado, la escritura pública, las actas de notoriedad, etc.) no demuestra por sí sola que también existen principios propios¹².

La autonomía jurídica sin principios exclusivos es la llamada autonomía lógica, objetiva o didáctica, que consiste, según BIELSA, en un todo orgánico, distinto de otras ramas del Derecho, cuya sistematización es útil para fines de investigación o docencia. Opina además BIELSA que lo primero que debe determinarse cuando se habla de la autonomía de una rama del derecho es su posición respecto de las demás, sobre todo en la aplicación de los principios¹³.

A juicio de MUSTÁPICH los factores que autorizan científicamente la individualización y autonomía de una rama del derecho son: a) Diversidad de materia, b) normatividad típica, c) principios propios¹⁴.

Sin utilizar otras citas podemos comprender la importancia que reviste el estudio y determinación de los principios del derecho notarial y la necesidad de rastrear en este tema con igualo mayor empeño que el lucido en otros aspectos, para demostrar su existencia como rama autónoma del derecho.

11 JARACH, Dino. *El hecho imponible*, Buenos Aires, 1943, pág. 25.

12 LARRAUD, Rufino. *Introducción al estudio del derecho notarial*, en Revista de Derecho Notarial, Madrid, abril-junio 1957, pág. 37.

13 BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho público*, t. II, "Derecho Fiscal", Buenos Aires, 1951, pág. 31.

14 MUSTÁPICH, José María. *Tratado de derecho notarial*, Buenos Aires, 1955, t. I, pág. 48.

Doctrina

Es tan significativa la contrastación y el nexo del contenido del derecho notarial con sus principios autónomos, que el notario de Génova, SCIELLO, no obstante negar el derecho notarial, entendido en las distintas hipótesis que describe, acepta un derecho del documento notarial como ciencia jurídica que estudia, ordenándola en sistema, las reglas y principios relativos al documento notarial, siempre que se encuentren tales principios, con características especiales, a los cuales, más que por integración analógica, pueda acudir para completar la regulación jurídica sobre la materia. Para cada ciencia jurídica esa tarea ha sido lenta y fatigosa. Bastaría recordar que los principios del derecho tributario todavía se prestan a discusiones¹⁵.

Por su parte D'ORAZI FLAVONI admite como contenido del derecho notarial la investigación) coordinación sistemática de los principios deducibles de un determinado ordenamiento positivo en cuanto concierne a la función notarial, en sus múltiples aspectos¹⁶.

Entre nosotros LASSAGA en su prometida obra sobre *"Genética del Derecho Notarial"*, se propone "el estudio, identificación, ordenamiento y diferenciación de los elementos jurídicos que constituyen el "abstractum" del Derecho Notarial para construir con ellos un edificio jurídico, que con caracteres propios específicos, diferenciados y autónomos reclama un lugar en la Ciencia del Derecho. Siguiendo a DU PASQUIER debemos agregar que los pilares de tal edificio son los principios¹⁷.

CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ, en su comunicación al Tercer Congreso Internacional denominada *"Existencia y límites del derecho notarial en formación"*, invoca, entre los fundamentos de su existencia como rama autónoma del derecho en vías de una pronta completa formación, la circunstancia de comprobarse principios peculiares¹⁸.

La Comisión de Notarialistas encargada de precisar la posición argentina ante el mencionado Congreso, se constituyó como consecuencia de una resolución adoptada en las V Jornadas Notariales que, en su primer párrafo declaró: "Que existen normas legislativas y *principios* jurídicos y doctrinarios que demuestran la existencia de un derecho notarial como rama autónoma o particular del derecho".

15 SCIELLO, Giacomo. *Il diritto notarile. Appunti e considerazioni*, en *Rivista del Notariato*, 1954, pág. 523.

16 D'ORAZI-FLAVONI, Mario. *L' autonomia del diritto notarile*, en *Rivista del Notariato*, Milán, 1957, pág. 191.

17 DU PÁSQUIER, Claude. *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica*, trad. de Juan Bautista de Levalle, Lima, 1944, pág. 151.

18 GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Existencia y límites del derecho notarial en formación*, en *Revista Internacional del Notariado*, 1954, pág. 71.

En las conclusiones de su informe, producido en diciembre de 1953 sostenía 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 y organización”.

Opinamos entonces, en conversaciones privadas mantenidas con algunos de los calificados integrantes de la Comisión y dentro del trato afectuoso que nos vincula, que el trabajo denotaba un vacío, porque la misión esencial que le estaba asignada era el hallazgo de fundamentos. Tanto con relación al conjunto de normas legislativas como respecto de los principios, era menester formular una amplia explicación de todos los postulados que se agitan en el fenómeno de la autonomía.

De idéntica manera se pronunció contemporáneamente RAMELLA en su artículo “*Existencia y límites del Derecho Notarial*”, aduciendo que la simple manifestación que asegure la existencia del derecho notarial, fundado ello en indicios o datos no del todo claros, no es suficiente argumento y para hallar los principios o bases que lo configuran propugnaba la designación de una Comisión especial de calificados notarialistas dentro del mundo latino para que, con el aporte de los medios con que se cuenta en la actualidad (bibliografía, publicaciones especializadas en la materia, jurisprudencia de carácter notarial, conclusiones arribadas en los distintos Congresos realizados, planos de enseñanza implantados en las escuelas, facultades e institutos de las universidades de los países donde rige el notariado de tipo latino, etc.) elaboren un cuerpo orgánico y sistemático de la ciencia del Derecho Notarial¹⁹.

El Congreso de París definió el Derecho Notarial como “el conjunto de disposiciones legislativas, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”. No aludió a los principios, aunque puede considerarse implícita su inclusión. En cualquier modo, carece de importancia, porque las definiciones juegan un rol secundario.

D’ORAZI FLAVONI la critica, interpretando que no reúne las exigencias necesarias por cuanto menciona las fuentes, que varían de un ordenamiento a otro y pone en igual plano fuentes de producción y de cognición de la norma y en razón, además, de que otros elementos reflejan la elaboración hermenéutica o la indagación científica o técnica sobre el derecho notarial²⁰.

19 RAMELLA, Félix. *Existencia y límites del derecho notarial*, en Revista del Notariado, Buenos Aires, 1956, pág. 107.

20 D’ORAZI FLAVONI, Mario. Loc. cit.

Doctrina

El talón de Aquiles de la declaración de París se descubre para algunos en el segundo punto de la Ponencia aprobada, por cuanto se recomienda que “este Derecho existente en los países adheridos, debe ser objeto de investigaciones científicas” con lo que se dió argumento valedero para que la Delegación italiana objetara la ausencia de un concepto de derecho considerado en su significado francamente admitido por la sistemática jurídica puesto que la investigación es justamente el presupuesto necesario del cual habría debido nacer precisamente, como resultante última, la afirmación de la existencia del Derecho Notarial.

Es indudable que la construcción de un sistema debe realizarse mediante la coordinación de preceptos y conceptos, en base a principios fundamentales, pues, como enseña IHERING, el sistema, en materia de derecho, como en cualquier otra debe proceder del fondo mismo del objeto.

Los esquemas conceptuales de las instituciones jurídicas están enmarcados en principios generales que permiten, mediante procesos lógicos, reducir a sistema un ordenamiento o llegar a una formulación concreta de normas. Así, la obra de DOMAT, desarrollando pensamientos fundamentales y reglas de derecho, incluyó de manera extraordinaria en la técnica y en la sistemática del Código de Napoleón, echando por tierra el gran reparo de SAVIGNY, que se oponía a la codificación por estimar que no se había logrado aún la madurez sistemática necesaria.

No obstante los aportes magníficos y esclarecedores que han aparecido después del año 1954, seguimos pensando que falta todavía la obra cumbre que difícilmente pueda producir un solo autor, pero que se logrará en la progresiva intensificación y coordinación de síntesis, para demostrar científicamente la existencia del derecho notarial. El itinerario para conseguirlo no puede ser otro, a mi juicio, que concentrar el estudio en la determinación precisa y categórica de sus principios, que no se identifican con las reglas del documento notarial, aunque hay en esta materia campo fértil para la teórica. Por lo mismo, pensamos que es un gran acierto su inclusión en el temario del Sexto Congreso a realizarse en Canadá el año próximo, como indicio de una tarea de abstracción, en orden a su naturaleza específica, para alcanzar lo que GENY denomina “la idealización sintética de lo real²¹”.

CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ, en su recordado trabajo, resume el valor de esa avidez, afirmando que el gran campo de investigación notarial debe recaer en las normas y principios, con un objeto fijo: el instrumento público como forma exteriorizada de voluntad y la organización notarial al servicio del derecho²².

21 GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif*, París, t. III, pág. 192.

22 GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Loc. cit.*

¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRINCIPIOS?

He aquí otro problema de ardua solución, que ofrece tema para varias disertaciones. Recuérdese cuanto se ha escrito sobre los principios generales del derecho como fuente supletoria y el criterio de valoración adoptado por las distintas escuelas que se han ocupado de explicar su naturaleza y de mostrar o negar su existencia.

El término principio no tiene un significado unívoco. Sería necesario hacer la distinción entre elemento y principio y entre principio y causa. Sin entrar en la especulación filosófica, debemos tomar sin embargo de la filosofía la acepción aplicable a la ciencia jurídica.

En el vocablo filosófico corriente, principio es una proposición de tal índole que constituye el punto de partida de una cadena o edificio sistemáticos. El principio, para WOOD, no es ni una cosa ni un enunciado arbitrario, sino una proposición no fáctica básica para un sistema de proposiciones que sirve como primera premisa del sistema o como regla de acuerdo con la cual el sistema puede ser elaborado²³.

En la terminología jurídica el vocablo "principio" es de acuñación moderna, aunque se recuerda su empleo por CÍCERÓN aplicándola al derecho.

Los principios jurídicos pueden ser formales, es decir, conceptos ideales, abstractos, apriorísticos, puramente lógicos, referidos a la teoría o ciencia; o materiales, de contenido institucional, que se manifiestan en formaciones jurídicas en proporciones del derecho positivo en la técnica o el arte del derecho. Empero, la diferencia no es tajante, pues tanto unos como otros pueden caer bajo el dominio de la razón pura o de la razón práctica.

Las propiedades de los principios consisten para MANS PUIGARNAU, "en su valor intrínseco o «*per se*»; su virtualidad propia e imparticipada; su imperio efectivo o fuerza de inducción a su observancia; su poder de persuasión y dominio de la conciencia jurídica; su transmisibilidad tradicional; su estabilidad y persistencia; su fecundidad para sucesivos desdoblamientos, en cuanto son normas de normas o leyes de leyes; su propensión a la glosa y al comentario; su resistencia a la sofisticación y finalmente su especial capacidad para su formulación en las locuciones breves, sobrias y concisas que se denominan reglas de derecho"²⁴.

De esto último surge la diferencia con la regla de derecho, que sirve de expresión al principio jurídico y tiene su sentido eminentemente técnico.

23 WOOD, Ledger. *The analysis of knowledge*, 1950, pág. 184.

24 MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Los principios generales del derecho*, Barcelona, 1947, "Introducción", pág. XXIX.

Doctrina

VIVANCO en un meditado trabajo relativo a la autonomía del derecho agrario, apunta que "Principio propio no puede ser otro que el fundamento jurídico capaz de explicar la motivación de un conjunto de normas jurídicas referidas a un objeto propio y bien diferenciado"²⁵.

Podríamos decir, en prieta síntesis y sin cuidar la pureza técnica de las expresiones, que los principios tienen un contenido de formación histórica, que se extraen inicialmente de la casuística y por medio de la abstracción se obtiene la generalidad capaz de dominar la variedad de matices y crear el caso típico, alcanzando sentido jurídico y alejándose de este modo de su manifestación embrionaria. Responden a la naturaleza de las cosas y son portadores de los rasgos distintivos que acuerdan independencia y fisonomía particular a una rama del derecho.

Los principios pueden informar tanto el derecho positivo como la doctrina, la especulación científica y la realización práctica del derecho. Para DE CASTRO y BRAVO manifiestan su eficacia ora como fuerza ordenadora, ora como fuente inagotable de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre²⁶.

Constituyen por tanto los presupuestos lógicos de los que debe partirse para explicar una norma legal, para adoptar determinada regla jurídica o para formular el derecho positivo. Dotados de universalidad y permanencia, se erigen en criterios o ideas dominantes, o en fórmulas supremas, o en verdades primeras que caracterizan una disciplina jurídica y que, sistemáticamente, permiten la interpretación de normas aisladas, la integración de las nociones que vertebran sus instituciones y la aplicación y comprensión científica de las reglas jurídicas que rigen la materia que constituyen su objeto. Son fuente del complejo proceso jurídico normativo y basamento indispensable de toda ciencia.

Con referencia al derecho notarial no será fácil lograr acuerdo acerca de cuáles son sus principios, porque ello dependerá en grado sumo del concepto que tenga cada autor de su contenido.

Para unos podrán constituir las razones fundamentales o rectoras que determinan la actividad del notario, a modo de verdades primeras de las cuales se derivan por extensión otras verdades particulares, ya que los principios ocupan siempre una jerarquía superior y representan el punto de arranque implícito o explícito para interpretar y ordenar. Para otros, esos postulados básicos, que

25 VIVANCO, Antonio C. *La autonomía del derecho agrario*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1952, pág. 1213.

26 DE CASTRO y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. "Parte General", Madrid. 1949, pág. 427.

producen consecuencias en una serie indefinida de corolarios, integradas en sus resultados, estarán enraizadas en el fundamento del notariado o en sus fines, en la producción del documento notarial o en el procedimiento instrumental, en la organización del cuerpo o el régimen jurídico del agente, o en todas o algunas de esas típicas y tradicionales manifestaciones, que han acumulado caracteres de razón vital, o permiten construir una teoría fundada en la especialidad, con modalidades independientes, sea con sentido limitado al sistema legal vigente o al rico acervo que proporciona la realidad social en la que debe nutrirse el derecho.

¿SE HAN CONCRETADO LOS PRINCIPIOS DE DERECHO NOTARIAL?

Personalmente entendemos que se han construido los cimientos conceptuales necesarios, pero no la aptitud plena que autorice a poner énfasis, certeza y densidad de contenido para disipar toda duda.

NÚÑEZ LAGOS, en su memoria presentada al Tercer Congreso Internacional, argumenta que el principal problema del derecho notarial científico no es la falta de materia sino de su organización en un sistema. Tenemos una masa de normas de derecho positivo notarial que manejar, que analizar para clasificar, que comparar para agrupar, ordenar e inducir; que generalizar para abstraer un principio o una hipótesis.

¿En torno a qué principios?, se pregunta. Y responde: el derecho notarial lo puede y lo debe encontrar en torno a la actividad del notario. Sin afanes exhaustivos ni pretensiones de valor absoluto, apunta los siguientes principios: de la forma, de intermediación, de la notoriedad, de la unidad de acto formal, de matricidad o protocolo, de legalidad, de consentimiento, de la literalidad, fe pública o autenticidad y de la comunicación del instrumento público²⁷.

Según MUSTÁPICH, los principios que jerarquizan el derecho notarial consisten en la fe pública, el de la prestación obligatoria de la función notarial y el de la autenticidad en el derecho inmobiliario²⁸.

En su trabajo antes mencionado GONZÁLEZ enumera en forma simplemente enunciativa el de la autenticidad, el de la fe pública y la teoría de la forma instrumental²⁹.

El notario de Barcelona RIERA AISA, en artículo publicado en el N° 42/43 de "Revista Internacional del Notariado", anota como principios y notas caracte-

27 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El derecho notarial*, loc. cit.

28 MUSTÁPICH, José María. Op. cit., pág. 49.

29 RIERA AISA, Luis. "Principios y notas del derecho notarial", en *Revista Internacional del Notariado*, números 42-43, pág. 171.

Doctrina

rísticas del Derecho Notarial: La intermediación, la rogación, la legalidad, la comunicación, el consentimiento, la seguridad jurídica, el protocolo, la autenticación, el formalismo y la instrumentabilidad.

LARRAUD encuentra ciertos principios generales en las atribuciones, las obligaciones y la responsabilidad del notario; otros que regulan la fe pública o determinan las formas del documento notarial; y algunos más que se refieren a la adscripción del agente o relacionados con los requisitos de su desinvestidura. Aunque no los examina con detención, se advierte en su enfoque una perspectiva más amplia, referida a toda la legislación notarial del tipo latino. Se inclina por la búsqueda de la autonomía en el campo de la responsabilidad notarial mejor que en el de la forma documental o en el de la relación funcional. Estima que sólo podemos admitir cierta especialidad de nuestra disciplina y la existencia de algunos institutos organizados muy típicamente, pero no de leyes propias y exclusivas que permitan aseverar su autonomía³⁰.

Tales enunciaciones, en cierto modo condicionadas al derecho positivo, que no siempre alcanzan el rango de evidencia axiomática, que no se armonizan en la tesis de los autores, abre una fisura para la observación de que no estamos frente a una indubitable y concreta formulación de los principios del derecho notarial.

El saber científico es eminentemente conceptual y no intuitivo y por lo mismo de validez universal y transferible. Requiere una fundamentación metódica y una certeza constrictiva, es decir, que muestre su razón suficiente o su pretensión de verdad para imponerla a los demás³¹.

Al derecho notarial le está faltando la savia de sus principios, no por carecer de ellos, sino porque se halla inmadura una valuación exacta y un esclarecimiento decisivo.

Las tentativas para enumerar o explicar las notas, caracteres o principios que tipifican su contenido no han alcanzado la profundidad acorde con el ideario perseguido. Ello obedece, sin duda, como lo señala RIERA AISA, a la circunstancia de que su estudio equivaldría a realizar una exposición de todo el Derecho Notarial y los especialistas se han limitado a presentar en forma esquemática y sencilla las características más acusadas de esta rama jurídica y las nociones generales de aquellos principios que constituyen directrices de tipo genérico que se desenvuelven a través de las diferentes facetas del Derecho Notarial³².

30 LARRAUD, Rufino. Loc. cit.

31 Ver AFTALIÓN, Enrique F. *Crítica del saber de los juristas*, La Plata, 1951, pág. 147.

32 RIERA AISA, Luis. Loc. cit.

EXAMEN DE ALGUNOS PRINCIPIOS

Vamos a referirnos ahora, sucintamente, porque el tiempo no permite hacerla de otra manera, a algunos de los principios del derecho notarial que aparecen consagrados por la doctrina con mayor persuasión. Sin tomar partido sobre las ideas que los polarizan expondremos la síntesis de las mismas y de las realidades e instituciones que comprenden con algunas breves acotaciones.

1. Autenticación

Si hay algo que puede afirmarse sin hesitaciones es que la función notarial consiste esencialmente en autenticar hechos.

NÚÑEZ LAGOS denomina también a este principio de la literalidad o fe pública y lo desarrolla en *Los Esquemas Conceptuales del Instrumento Público*. Divide las autenticidades en: *Esenciales*. Son aquellas que vienen exigidas como mínimo para que el instrumento sea público y cuya omisión total o parcial producen la nulidad de forma del instrumento (lugar, fecha, notario autorizante, comparecientes, testigos en ciertos casos, etc.). *Naturales*, que acompañan normalmente al instrumento. Verbigracia: fe de conocimiento o identidad de los comparecientes. Y *accidentales*: Son los hechos narrados de "visu" por el notario: entrega de dinero, de títulos o cosas a presencia y control del notario³³.

Para RIERA AISA la autenticación es la función notarial que parece comprenderlas a todas. Sin ella el documento carecería de credibilidad. Es el fundamento de todo el armazón jurídico que justifica la existencia del Derecho Notarial³⁴.

OLAVARRÍA TELLEZ pone de resalto su carácter permanente en la actuación notarial. Es la única que en la pluralidad de las funciones que, en general, corresponden al notario latino, se da en todos y cada uno de los documentos públicos en que el notario como tal, interviene. Su resultado es un documento con significación peculiar: el documento notarial, con efectos probatorios, ejecutivos, de forma del negocio jurídico y que en algunos casos da vida y legalidad a dicho negocio³⁵.

Esta función autenticadora o dación de fe o fe pública es la más antigua y clásica doctrina sobre la función notarial, dice GONZÁLEZ PALOMINO y puede tomarse de cualquier libro sin que sufra alteración de unos a otros autores³⁶.

33 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid, 1953.

34 RIERA AISA, Luis. Loc. cit.

35 OLAVARRÍA TELLEZ, Ángel. Loc. cit.

36 GONZÁLEZ PALOMINO, José. *Instituciones del derecho notarial*, Madrid, 1946, t. 1, pág. 60.

Doctrina

VÁZQUEZ CAMPO, FERNÁNDEZ CASADO, BELLVER CANO, NÚÑEZ y MORENO y TORRES AGUILAR se han ocupado detenidamente del tema.

En su más reciente trabajo *Documento auténtico en la Casación Civil*, NÚÑEZ LAGOS profundiza de manera insuperada la teoría legal de la autenticidad, señala las diferencias entre autenticidad interna y externa del documento público y el ámbito de la fuerza probante en uno y otro caso, los actos que comprenden las declaraciones y menciones del funcionario y el valor de las declaraciones de los particulares que se autentican, según sean declaraciones de voluntad o de verdad³⁷.

NAVARRO AZPEITÍA ha hecho un fino análisis en *Teoría de la autenticación notarial*. El autenticante ha de estar investido de autoridad por el Poder Supremo del Estado, que es el encargado de establecerla, delimitarla y regularla. El órgano autenticador por antonomasia es el notario. Describe cuánto puede ser materia de autenticación, la forma en que interviene el notariado en estas funciones y estudia las exigencias y responsabilidad que emanan de las mismas, sus efectos y aprovechamientos sociales. Define la autenticación como "acción de autorizar o legalizar, por parte de un profesional moral, jurista, responsable e investido de autoridad, previa rogación de los interesados, hechos, actos y contratos, produciendo, conservando y reproduciendo para formal constancia y prueba solemne de los mismos, documentos públicos, los cuales, salvo declaración judicial reglada de nulidad o falsedad, harán fe con arreglo a derecho, tendrán presunción privilegiada de veracidad y gozarán de imposición, coactiva para su cumplimiento"³⁸.

Las ideas de este autor y las de SANAHUJA y SOLER, contenidas en el primer tomo de su *Tratado de Derecho Notarial*, las hemos utilizado para fundamentar nuestra tesis respecto del alcance y validez de las notas en el protocolo³⁹. Han servido de fuente además para incorporar a la nueva ley notarial 6191, que rige en la Provincia de Buenos Aires desde el 1º de enero de este año, una serie de disposiciones en esa materia que permiten, como lo veníamos sosteniendo, organizar el derecho notarial de una manera peculiar, facilitando la aplicación de sus principios.

Han sido recogidos también en el art. 46 de la mencionada ley que versa sobre la competencia funcional del escribano. Dispone que le compete, en su carácter de funcionario público depositario de la fe pública, la autenticación de

37 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Documento auténtico en la casación civil*, Madrid, 1960.

38 NAVARRO AZPEITÍA, T. *Teoría de la autenticación notarial*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942, pág. 677.

39 PELOSI, Carlos A. *Adiciones al tema: Las notas en el protocolo*, en *Revista del Notariado*, 1959, pág. 159.

todas las realidades físicas susceptibles de percepción sensorial, de hechos que le consten de ciencia propia por ser notorios y la atribución de estados y actos concretos a determinadas personas. Inspira asimismo la enumeración que dicho artículo hace de las funciones fedatarias y de los documentos que el escribano puede producir en su intervención protocolar y extraprotocolar, mejorando y completando las disposiciones de la Ley 5015, con las cuales se había quebrado el antiguo y erróneo concepto imperante en nuestro país respecto del contenido de la fe notarial.

Aunque el escribano no es el único depositario de la fe pública y consecuencia de ello es que existen otros instrumentos públicos que no son notariales con igual eficacia "erga omnes" en los términos de los arts. 993 a 995 del Código Civil, en el derecho científico se reconoce categoría de principio a la atribución de fe por excelencia a la notarial, y de tal modo se constituye en una fluencia de ideas directrices que lo conforman.

En el derecho institucional es esencia de toda la legislación que regula el notariado. La ley francesa de 25 de Ventoso del año XI, vertiente creadora de todo el moderno derecho positivo notarial, en su artículo 1º, atribuye a los notarios, entre otras funciones, la de recibir todos los actos y contratos a que las partes deben o quieran dar el carácter de autenticidad propio de los públicos. La ley española de 1862 dispone que el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. La italiana de 1913 y todos los ordenamientos que rigen el notariado del mundo latino están inspirados en el mismo principio.

La primera ley de organización notarial que se dictó en nuestro país, sancionada por el Congreso Nacional, en su carácter de legislatura local, fue la 1144, sustituida al poco tiempo por otra análoga que lleva el número 1893. El art. 169 adopta, casi a la letra, la definición que contiene la ley española y en términos similares fue repetida en las demás leyes de organización de los poderes judiciales que sucesivamente se fueron dictando en las provincias, para ser reemplazadas en su casi totalidad, por las actuales leyes notariales.

2. Principios de intermediación y notoriedad

Intimamente vinculados al principio de autenticidad o fe pública se hallan los de intermediación y notoriedad, integrando las cualidades representativas de la fe notarial y ampliando el ámbito de la certeza jurídica del documento autorizado por notario.

La autenticación notarial típica se efectúa por percepción directa de los hechos, de "visu et auditu sui sensibus", lo que supone relación directa o contacto con lo que ha de ser objeto de autenticación. En esto consiste la intermediación, es decir, documentación coetánea o próxima al hecho.

Doctrina

RIERA AISA admite que siendo clásico del derecho notarial no le es exclusivo⁴⁰. Para NÚÑEZ LAGOS se manifiesta principalmente en esta disciplina y declara: “La presencia física, directa, inmediata de las personas -comparecencia- y de las cosas -exhibición- es la base del derecho notarial”⁴¹.

Pertenece también a la esfera judicial, pero se ha desdibujado ALSINA reconoce que el principio de inmediación está vinculado con la oralidad y que mal se aviene con nuestro sistema escrito, en el que el Juez ni conoce a las partes ni recibe la prueba sino excepcionalmente porque la ley permite en muchos casos delegar su recepción⁴². El notariado quedaría vacío si no se empeña en mantenerlo inalterable, evitando desvirtuaciones. Será siempre necesario recordar que nuestra función, como dice OTERO y VALENTÍN, tiene como especialidad ser unipersonal⁴³ que ha de cuidarse escrupulosamente en el texto documental la exactitud de lo que se ve, oye o percibe, porque según observa FLORIÁN, toda percepción va acompañada de un juicio que la colora, la define, la individualiza y la utiliza a los efectos de la comunicación⁴⁴.

Los actos de oído, referidos a las declaraciones y los de vista, respecto de las entregas y daciones se desarrollan en la esfera de los hechos, pertenecen al mundo físico y son perceptibles directamente por los sentidos del hombre o comprobables sensorialmente y el escribano sólo podrá presenciar, ver, oír y percibir en contacto directo con las personas o cosas, tanto para que le sean evidentes como para interpretar la voluntad jurídica de los contratantes y existir plena concordancia y adecuación perfecta entre lo dado y lo narrado en el documento.

El principio de inmediación se traduce en diversas reglas que disciplinan la actividad y deberes de los intervinientes y del notario en la producción del documento notarial. La fórmula “ante mí” es la expresión apodíctica del principio.

Es interesante recordar la sentencia del Tribunal de Milán de 3 de diciembre de 1958, publicada en el Boletín N° 1, tomo IV, de O.N.P.I. al resolver que no constituye delito de falsedad ideológica la declaración del notario como realizado en su presencia un hecho que se halla en condiciones de controlar y seguir atentamente. De tal modo interpretó el concepto de presencia excluyendo la idea de que el notario debe estar físicamente en contacto con las partes, siendo suficiente que se halle en condiciones de ver, sentir y controlar cuanto se está haciendo.

40 RIERA AISA, Luis. Loc. cit.

41 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El derecho notarial*, loc. cit.

42 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1941, t. 1, pág. 267.

43 OTERO y VALENTÍN, J. *Sistema de la función notarial*, Barcelona, 1933, pág. 30.

44 FLORIÁN, Eugenio. *Delle prove penali*, Milán, 1921, t. 1, pág. 56.

La autenticación puede extenderse también a ciertos hechos que el notario no presencia pero le constan de ciencia propia o por declaraciones u otras pruebas. En estos supuestos nos hallamos ante el principio de notoriedad.

Se alude generalmente a este principio ciñendo su manifestación dentro del procedimiento previsto para las actas de notoriedad. Disentimos con tal criterio, pues en alguna medida aparece igualmente en otros géneros instrumentales. Las escrituras contienen también juicios del escribano, amparados por la fe pública, ya explícitos, como en la fe de conocimiento o implícitos como en el juicio de capacidad de los otorgantes, de licitud del acto, etc., aunque rechazan esa protección GONZÁLEZ PALOMINO y CARUSI⁴⁵. Razón tiene HONORIO GARCÍA GARCÍA al sostener que desde el punto de vista técnico-notarial la escritura es la resultante de una acertada combinación de distintas clases de actas⁴⁶. Por lo menos desde la Constitución de Maximiliano, la función autenticadora se ha extendido más allá del campo de la percepción sensorial.

GONZÁLEZ PALOMINO explica claramente la diferencia que existe entre los hechos que para el notario son directamente evidentes, asumiendo la responsabilidad de su exactitud; y los que no le son y en los cuales presta crédito a las afirmaciones ajenas o declara que le constan los hechos sin evidencia de ellos⁴⁷.

Una de las realidades más corrientes susceptibles de autenticación y que escapa en parte a la apreciación de los sentidos, manifiesta SANAHUJA y SOLER, es la atribución de actos concretos a determinadas personas. Verbigracia: que una firma es propia de tal individuo. También es objeto de autenticación la atribución de estados a determinadas personas, ya refiriéndola a un estado subjetivo (soltero o casado o conocido por tal nombre) o bien a un estado objetivo (tener tal cargo, poseer tal finca)⁴⁸.

Estos principios de intermediación y notoriedad han tenido aplicación en el nuevo Reglamento Notarial de la Provincia de Buenos Aires redactado como consecuencia de la sanción de la Ley 6191 antes recordada.

Establece dicho Reglamento que la autenticación de las realidades físicas susceptibles de percepción se realizará en contacto directo con las personas o cosas. La notoriedad de hechos y la atribución de estados y actos concretos a determinadas personas se fundará en el conocimiento propio del escribano o

45 GONZÁLEZ PALOMINO, José. *Negocio jurídico y documento*, Valencia, 1951, pág. 167. Carusi, Pietro José. *Il negozio giuridico notarile*, Milán, 1947. pág. 59.

46 GARCÍA GARCÍA, Honorio. *El reglamento y la distribución de las escrituras y los testamentos*, en *Revista de Derecho Notarial*. Madrid, julio-diciembre 1954, pág. 389.

47 GONZÁLEZ PALOMINO, José. *Instituciones...*, pág. 85.

48 SANAHUJA y SOLER, José María. *Tratado de derecho notarial*, Barcelona, 1945, t. 1, pág. 29.

Doctrina

en la declaración de testigos. Se expresará en el instrumento si la certeza de los hechos le consta directamente al escribano o fue aseverada por testigos.

Al disciplinar las actuaciones extraprotocolares dispone que, según corresponda, se establecerán en el instrumento las circunstancias relacionadas con las situaciones, cosas y personas objeto de atestación y si los hechos le constan al escribano por percepción directa o de otra manera. Si la evidencia se funda en documentos se expresará si le han sido exhibidos y los datos tendientes a su identificación, y, en su caso, a determinar el lugar donde se encuentran.

Estatuye asimismo que las actas de notoriedad se basarán en declaraciones de testigos, hechas bajo juramento y responsabilidades de ley. Cuando se trate de hechos cuya certeza conste directamente al escribano bastará la afirmación de éste que el hecho es cierto y le consta de ciencia propia.

3. Principio de la forma

La actividad del notario es esencialmente documental, pero no subyace en el formalismo.

Autenticidad, intermediación y notoriedad no tendrían singularidad propia en el derecho notarial si no se concretaran en un producto también particular como es la forma notarial. Esta especial categoría de forma, que no se confunde con la teoría de las formas y que más bien constituye un neoformalismo, se halla regulada en nuestro Código Civil en los art. 997 al 1011.

Dentro del concepto de derecho notarial se halla incardinado, con todas las diversificaciones conceptuales, técnicas y prácticas que admite el principio, la idea instrumentalista que se condensa magistralmente en la frase de GIMÉNEZ ARNAU: "La función notarial tiene como lugar geométrico de todos sus aspectos y caracteres, el instrumento público"⁴⁹.

Nos referimos pues a esa forma pública especial que la Ley 1ra., título 18 de la partida 3ra. denominó documento o escritura pública, con las solemnidades legales ante escribano público, distinguiéndola de los documentos auténticos enunciados en las leyes 1 y 114 del mismo título y partida.

La forma notarial es pública y de tipo funcionarista, pero sujeta a ciertos requisitos especiales. De allí que no es todo el derecho de la forma lo que domina el contenido del derecho notarial sino la forma como rito o procedimiento instituido específicamente para producir el documento notarial.

La valoración no es de derecho sustantivo porque se prescinde de la exigencia de la forma notarial como requisito de validez o existencia del negocio jurídico y de que la escritura pública resulte o no constitutiva.

49 GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Op. cit., pág. 183.

El conjunto de solemnidades que estructuran el proceso instrumental, reglando la actividad de las partes y del notario no se identifica con el derecho civil, por más que este cuerpo legal incluya normas, que resultan insuficientes.

La doctrina notarial enriquecida con numerosos y densos trabajos, se ha encargado de proporcionar los fundamentos que caracterizan la particularidad de este principio y es tanta su dimensión que algunos autores contrarios a la autonomía del derecho notarial aceptan un derecho del documento notarial.

Muchos notarialistas advierten que la forma no puede constituir todo el soporte del derecho notarial.

4. Protocolo. Unidad de acto. Consentimiento

Si aceptamos que la forma asume caracteres de principio todas las demás notas que integran su concepto sólo representan los diversos elementos que concurren a su formación.

De tal suerte, matricidad o protocolo y unidad de acto serían, a mi entender, junto con otras instituciones y reglas, los conceptos que permiten la unidad lógica dentro de una jerarquía dominada por el principio de la forma, que les da carácter orgánico y explican su mecánica.

Los principios hacen a la naturaleza de las cosas y de ellos derivan fórmulas de desarrollo armónico, posibilitando el desenvolvimiento de su virtualidad con entera independencia. Actúa sobre la realidad trasvasando su típica fisonomía a un conjunto de normas o reglas. El principio formalista va unido al concepto de que el notario es el instrumentador o hacedor del documento, como lo califica GONZÁLEZ y condensa la actividad documental del escribano coordinando de manera coherente las diferentes reglas dominadas por su contenido. Cuanto más general y abstracto es el principio, mayor rigor científico ofrece.

La unidad de acto formal, pese a la vital trascendencia que le atribuye NÚÑEZ LAGOS, no es requisito esencial de validez para los actos "inter vivos". Así lo sostuvimos en el trabajo presentado al Segundo Congreso Internacional en orden a las prescripciones legislativas argentinas y se adoptó como conclusión con el criterio coincidente de las demás Delegaciones. La unidad de acto no se presenta de manera uniforme en el derecho positivo notarial del mundo latino e incluso se admiten en algunas legislaciones el otorgamiento sucesivo. Podría aceptarse en consecuencia como un principio doctrinario pero no legislativo. Además, las actas que son desde luego instrumentos públicos notariales no requieren unidad de acto ni de contexto.

En cuanto al protocolo, si bien es cierto que a partir de su creación, la función notarial adquiere caracteres más definidos o completos y da lugar a un régimen de mayor perfección y a un conjunto de normas relativas a los elementos materiales del documento, sistema de formación, custodia, etc.,

Doctrina

no puede alcanzar el rango de principio porque es uno de los requisitos, como lo son también las otras formalidades enumeradas en los art. 999 a 1003 del Código Civil, referidas por otra parte a las escrituras públicas y no a todos los documentos notariales.

Tanto en el sistema franco-belga de los *brevets*, como en Italia, se producen documentos notariales sin matriz. Los llamados testimonios notariales en España y en otros países y la actuación extraprotocolar en el nuestro, aunque no constituyen el documento notarial típico o escritura pública o el instrumento público por excelencia, como dice SANAHUJA y SOLER⁵⁰ y no corporizan generalmente declaraciones de voluntad jurídica, implican el ejercicio de la función autenticadora, ensamblando con el ejercicio de la fe pública y son instrumentos públicos notariales a tenor de lo prescripto por el art. 979 inciso 29 del Código Civil, que resulta más claro en su fuente, esto es, el art. 688, inc. 29, del Esbozo de Freitas al asignar categóricamente carácter de instrumento público a cualquier instrumento fuera de los protocolos que hicieren los escribanos.

En el Uruguay sólo deben extenderse en el protocolo las escrituras públicas, entendiéndose por tales los instrumentos que registran un negocio jurídico, no exigiéndose ese requisito para las actas que pueden ser agregadas después al Registro de protocolizaciones, y se ha de tener presente el vasto campo de las exteriorizaciones de voluntad (actos voluntarios lícitos), que no constituyen negocios jurídicos.

No subestimamos el aserto de NÚÑEZ LAGOS de que “inmediación”, “forma” y “protocolo” han hecho el notariado⁵¹, pero existe un sector, aunque pequeño, de la actividad documental del escribano, que no se recoge en el protocolo y por lo demás este es uno de los requisitos especiales de la escritura pública que contribuye de modo creciente, a la formulación del principio de la forma.

Lo mismo ocurre con el llamado principio del consentimiento, que es tradicionalmente un requisito esencial del contrato.

Para el derecho notarial el consentimiento tendrá matices distintos, mayor fuerza expresiva y características particulares, como lo sostiene la teoría de la “renovatus contractus notarial”, pero creemos que ni esto, ni el juicio de capacidad del escribano, ni su relación con los deberes y cuidados del escribano a este respecto a fin de asegurar la eficacia del documento, logran la virtualidad necesaria para elevarlo a la categoría de principio notarial, pues, si es fundamental en el otorgamiento, también lo es la fe de conocimiento y lo son todos los demás requisitos intrínsecos y extrínsecos del acto notarial.

50 SANAHUJA y SOLER, José María. Op. cit., t.II, págs. 1 y sgts.

51 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El derecho notarial*, loc. cit.

5. Rogación

La actividad notarial, en su específico quehacer *documental*, no se concibe sin requerimiento o petición. Salvo en los casos muy excepcionales previstos en la ley, la prestación de funciones obedece a rogación o instancia.

El notario, dentro del ámbito de su competencia funcional, no elige el asunto ni el momento en que debe ejercer su ministerio ni lo interpone de oficio, motu proprio, como puede hacerla el Juez en determinados casos y tampoco le está permitido rehusarlo mientras no sea contrario a las normas que regulan su actuación.

Aunque el término rogación, referido a lo notarial, es un producto histórico, resulta más amplio el concepto de requerimiento.

Imposible resulta ahora analizar el proceso histórico de la rogación. La evolución que ha experimentado a través de los siglos la redacción de las escrituras públicas y la purificación de las fórmulas y del estilo ha transformado su reflejo en el documento. Cuando el original estaba constituido por la nota o imbrevia-tura y en la carta que se entregaba a los interesados debían constar las publicaciones y el tenor negocio, como requisitos intradocumentales, a diferencia de los extradocumentales, es decir, las solemnidades que requiere el acto sin que fuera necesario expresarlas en el texto del documento, la rogación fue un requisito intradocumemal y formó parte de las publicaciones. Con la escuela de Bolonia quedó reducido a un elemento necesario pero extradocumental.

La "rogatio" consistía originariamente en una petición solemne hecha al notario, al entregarle el pergamino para que redactara el documento. En los formularios notariales longobardos se espeja todo el complicado proceso que giraba sobre el procedimiento oral y ritual de la "Traditio Chartae". Debía constar necesariamente en los documentos la "rogatio", ya fuera al principio o al fin del mismo⁵².

Como enseña NÚÑEZ LAGOS en las escrituras la rogación es esencial pero no siempre se hace constar expresamente en el texto; va documemalmeme implícita en el hecho de la comparecencia. En las actas frecuentemente se hace mención del requerimiento. En otros casos la rogación es natural. El compareciente pide al notario que practique determinadas diligencias. Y tiene finalmente carácter de accidental, cuando el interesado pide al notario que se haga constar algo concreto⁵³.

En España el notario puede actuar por autodeterminación en los siguientes casos.

52 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El documento medieval y Rolandino*, Madrid. 1951, págs. 123 y sgts.

53 NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Los esquemas conceptuales...*, antes cit., pág. 117.

Doctrina

1. Las actas levantadas por sufrir el Notario injurias, amenazas o coacciones (art. 61 del Reglamento).

2. El acta de subsanación de defectos de documentos notariales "inter vivos" (art. 146) y la subsanación de la emisión de fe de conocimiento (art. 189).

3. Los instrumentos que el Notario puede autorizar con la fórmula "por mí y ante mí", cuando no adquiera derechos sino que los extinga o posponga o se limite a testar, dar poderes, contraer obligaciones, cancelarlas o extingirlas. En estos casos el notario es requirente y requerido.

La reciente ley notarial de la provincia de Buenos Aires consagra en cierto modo una excepción cuando en el art. 42 inc. c) autoriza al escribano a certificar marginalmente, con el objeto de completar la escritura y subsanar errores materiales u omisiones, datos y elementos aclaratorios y determinativos accidentales, de carácter formal y registral no exigidos por la legislación de fondo y que resultan de títulos, planos u otros documentos fehacientes que han servido para la descripción de inmuebles, por expresa referencia en el cuerpo de la escritura, en tanto no se modifiquen partes sustanciales relacionadas con la individualización de los bienes ni se alteren las declaraciones de voluntad jurídicas contenidas en la escritura. Aunque estas notas pueden encajar también en el principio de comunicación, según lo sostuvimos oportunamente⁵⁴ o en el de legitimación, pues, como acertadamente interpreta SPOTA, es un error discurrir que el escribano no está obligado a inscribir los títulos, por cuanto se compromete, mediante una verdadera locación de obra intelectual a alcanzar un resultado: que la escritura y en su caso la inscripción en los registros oficiales para que tenga el negocio o hecho jurídico eficacia "erga omnes" o aún constitutiva, cumpla con todos los requisitos legales que hagan a su validez extrínseca⁵⁵.

El principio de rogación gobierna una considerable parte del estudio de la función notarial, pues no sólo debe ser examinado en cuanto a las modalidades que reviste el acto de instancia, sino también con respecto a la obligatoriedad de la prestación de funciones y a las hipótesis en que ella puede excusarse o denegarse.

En nuestro país las leyes notariales no contienen previsiones completas sobre esta materia. En el Reglamento de la Provincia de Buenos Aires se han contemplado con mayor amplitud los casos en que el escribano puede negar su ministerio. Ellos son: a) Existencia de impedimentos legales o físicos. b) Falta de conocimiento personal del requirente, salvo que éste acredite su identidad por el medio previsto en el art. 1002 del Código Civil. c) Dudas fundadas del escribano respecto del estado mental de otorgante. d) Atención de tareas

54 PELOSI, Carlos A. *Adiciones al tema: Las notas en el protocolo*, antes cit.

55 SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1958, vol. 9, pág. 663.

profesionales de igual o mayor urgencia. e) Intempestividad del requerimiento. f) No anticiparse los gastos del acto.

Cabe señalar que el principio de rogación no es exclusivo de la intervención notarial.

CAMPO INEXPLORADO

Por razones de tiempo omitimos referirnos a los principios de legalidad, de la seguridad jurídica, de la comunicación, etc., que paradójicamente, pueden ser más discutibles o de mayor o igual entidad que los examinados.

Pero es menester dedicar unos párrafos a la posibilidad de encontrar otros, con indiscutible sabor notarial.

La concepción instrumentalista ha inspirado los trabajos más incisivos y técnicos para fundamentar la existencia y contenido del derecho notarial. El predominio de esa temática en la literatura notarial, justificable por la jerarquía que reviste, ha sustraído al investigador del examen integral de todas las instituciones jurídicas que tradicionalmente pertenecen al notariado, confinándolo al derecho de la forma. Así ocurrió con el temario del Congreso de París, frustrando otras direcciones en la indagación, que no deben eliminarse o enervarse. Como lo observa LARRAUD, hemos sido deslumbrados por el prestigio un tanto espectacular de la fe pública y del rito notarial⁵⁶.

La organización notarial, que supone, según GONZÁLEZ, estudiar el notariado como cuerpo, "debe incluirse en el derecho notarial por razones de método, de facilidad investigativa, de homogeneidad conceptual y hasta de más fácil comprensión orgánica, y esta parte no puede dejarse en otro u otros derechos sin romper la unidad que anhelamos"⁵⁷.

En esta materia el derecho notarial puede elaborar, si ya no los tiene, algunos principios propios. Así, cuando en las VIII Jornadas Notariales Argentinas se declara que es la función y no la matriculación lo que determina la colegiación y la Ley 6191 de la Provincia de Buenos Aires establece que la colegiación se produce automáticamente con la suma de los requisitos necesarios para adquirir la investidura notarial, estamos frente a una verdadera auto-ley, que se ha elaborado a través del acontecer histórico de la vida corporativa del notariado, creando una idea rectora autónoma, producto de la naturaleza específica de la función, que no encontramos, al menos en nuestro país, con iguales caracteres, en ningún ordenamiento que discipline la colegiación en otras profesiones.

56 LARRAUD, Rufino. Loc. cit.

57 GONZÁLEZ, Carlos Emérito. Loc. cit.

Doctrina

El carácter de funcionario público que casi todas las legislaciones atribuyen al notario a pesar de las profundas diferencias que lo separan de los demás funcionarios públicos, pero con la arista particular de ejercer la fe pública por delegación del Estado; el concepto de que el título está reservado a la función, las condiciones requeridas para el ingreso al cuerpo, las incompatibilidades, el sistema de provisión de las notarías, el régimen de cesación de funciones, los deberes, las atribuciones, etc. perfilan otros aspectos regidos por principios diferentes.

LARRAUD ha movilizado sus inquietudes en torno a la responsabilidad. No puede negarse la fluencia de tonalidades específicas al respecto, al punto de que el art. 254 del proyecto del Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 hace responsable al escribano de la redacción de la escritura.

Pensando solamente en que no se concibe una responsabilidad del Estado análoga a la que le alcanza por los actos de sus funcionarios y empleados, como lo destaca ZANOBINI⁵⁸ y que en materia de responsabilidad profesional, disciplinaria o funcional juegan nociones y supuestos que el derecho notarial regula de manera privativa, con acentuadas diferencias, se comprenderá cuánto puede trabajarse en orden a las características particulares de la jurisdicción y del proceso notarial, en los que encontramos el juzgamiento por los pares, una Magistratura ajena a la judicial, una especial tutela jurídica para los intereses de la comunidad, etc.

El Congreso de París aún reconociendo la diversidad de situaciones que impide proyectar una reglamentación uniforme dió por cierta la existencia de algunos principios generales.

En nuestro país se comprueba el mismo fenómeno. De allí que sería necesario insistir tanto en la sanción de una ley notarial única en lo que puede ser objeto de legislación común utilizando el valioso acervo que suministra la moderna doctrina, como en la preparación de una ley tipo, para las materias reservadas a la competencia de las provincias, como se lo propusiera el Instituto de Derecho Notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

En esa ley modelo, de carácter abstracto, compuesta de enunciados y reglas generales, se consagrarían los principios notariales que deben inspirar al legislador para la regulación normativa de la profesión notarial en sus distintos aspectos.

Es hora de nuevas realizaciones. Deben ser revisadas, mejoradas y en lo sustancial uniformadas las leyes notariales argentinas, que en su momento significaron un gran avance, a tono con la actual evolución de la disciplina.

58 ZANOBINI, Guido. *El notariado en Italia*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, marzo 1929, pág. 81.

Una profunda labor de equipo podría elaborar las bases, agrupadas en torno a principios fundamentales, que pongan en evidencia la autonomía dogmática del derecho notarial para llegar luego a la estructural y a la formación de un sistema jurídico completo, incorporando al derecho positivo las resultantes lógicas de tales presupuestos.

La Ley 6191 de la Provincia de Buenos Aires y su reglamentación, sin llegar al “desideratum” y dentro del margen legal que le compete, ha puesto el primer hito en ese camino, como lo hiciera años atrás la ley 5015. El notariado uruguayo, con la acordada del año 1954 que aprueba la reglamentación de su viejo Decreto Ley 1421, elaborado por una Comisión que trabajó durante tres años, dió un paso gigante en ese sentido pues con el acertado concepto de que la técnica reglamentaria no debe quedar circunscripta rigurosamente a la preceptiva legal, sino que, sirviéndose el reglamentador de los principios estructurales del sistema puede complementar la casuística de la ley, ampliando sus previsiones se incorporaron al texto las conclusiones de la jurisprudencia, la práctica y la doctrina más recibida⁵⁹. En el extranjero existe la misma inquietud. En España se preparó el año 1954 un proyecto de nuevo Reglamento por una Comisión de Notarios presidida por el entonces Director General de los Registros y del Notariado don Mariano del Miyar y en Italia desde hace varios años se viene estudiando un nuevo ordenamiento⁶⁰.

En el orden internacional sería útil hallar la manera de intensificar, en acción conjunta y coordinada, la tarea científica, buceando en todas las instituciones con autosuficiencia capaz para extraer los principios inmutables y permanentes del derecho notarial, previa valoración de la multiplicidad de datos, de notas y de exteriorizaciones que hoy se juzgan con distintos criterios o en enfoques parciales.

Todo ello sin olvidar los principios morales y sociales que ha forjado la grandeza del notariado. Como nos dijera recientemente PÉREZ OLIVARES y GAVIRA los problemas de la confianza, crearon el Notariado, ellos lo mantienen, de ello viene y vendrá el ensanchamiento de su base. Para el notariado la confianza es su aliento, sin ella no es nada, con ella es un faro salvador.

59 Informe con que la comisión designada acompañó el proyecto. Boletín Informativo de O.N.P.I., t. 3. N° 1.

60 Ver texto en Rivista del Notariato, noviembre-diciembre 1956.