

897 - 

Revista

de

Ciencias Económicas

PUBLICACION DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
CENTRO DE ESTUDIANTES Y COLEGIO
DE GRADUADOS

DIRECTORES

Enrique Forn

Por la Facultad

Vicente García González
Por el Centro de Estudiantes

Juan José Guaresti (h.)
Por el Colegio de Graduados

SECRETARIO DE REDACCION

Carlos E. Daverio

REDACTORES

Esteban Balay
Jacobo Wainer
Por el Colegio de Graduados

Egidio C. Trevisán
Silvio Pascale
Por la Facultad

José M. Cascarini
J. Domingo Mestorino
Por el Centro de Estudiantes

AÑO XXII

OCTUBRE DE 1934

SERIE II, N° 159

DIRECCION Y ADMINISTRACION
CALLE CHARCAS 1835
BUENOS AIRES

8918-

La dirección no se responsabiliza de las afirmaciones, los juicios y las doctrinas que aparezcan en esta Revista, en trabajos suscritos por sus redactores o colaboradores.

de José Máximo Paz

La función notarial en las relaciones jurídicas

IMPORTANCIA DE SU ROL

La función notarial en nuestra legislación se caracteriza por la plena fe que merece (Art. 993 Cód. Civ). Investigar a través de la evolución del derecho, el origen de esa presunción de certeza que la ley le atribuye, resultaría difícil, pero todo hace presumir que surgió de la necesidad de probar cumplidamente le existencia de las obligaciones, hasta que organizada la prueba preconstituída, llega a aceptarse como cierta la forma notarial, con los elementos que primitivamente la caracterizan y que evolucionando a través del tiempo produjeron el actual estado. Sin entrar a relatar su historia, hay que convenir que en la vida social primitiva, fué siempre necesario acreditar como auténticos los actos que se referían a las relaciones de derecho público, presunción de certeza que surgió de la propia autoridad social, cuando separado el elemento religioso de la gobernación del Estado, fué robusteciéndose la autoridad de los gobernantes, en su carácter de tales. Las relaciones de derecho privado, viven fuera del radio de acción inmediata del poder público, dentro del cual sólo vienen a caer, en los casos de ser discutidas y sometidas a resolución judicial; he ahí como nació la necesidad previa de comprobar la existencia de la relación jurídica contraída, pruebas que los litigantes aportaban según las circunstancias de cada caso, llegándose al documento escrito, que robustecido por el testimonio de los que en él intervinieron, era seguramente el grado máximo de la certeza judicial, que es lo que dió origen a lo que jurídicamente se denomina: prueba preconstituída.

Ya sea por las dificultades que significaba la comprobación posterior de los hechos, o sea el deseo de facilitar las convenciones, o el de intervenir en todos los actos de la vida so-

cial, lo cierto es, que los poderes del Estado, vieron la necesidad de revestir a esa prueba preconstituída de solemnidades especiales, y practicarla ante delegados del poder, que al revestirlas de su autoridad, la convirtieron en cierta y exacta, eliminando las posibilidades de discusión posterior, y por tales causas haciéndola obligatoria para las partes o interesados.

Esta autoridad del Estado, puesta al servicio de las convenciones particulares, constituye la función notarial que se realiza por medio de los funcionarios autorizados para ponerla en práctica a requerimiento de parte, guardando las normas que establecen procedimientos tan especiales como característicos.

La íntima relación que existe entre la función notarial, y la prueba judicial, es la que voy a tener en cuenta para referirme a ésta como medio de investigación. En este orden de ideas, debo recordar que la teoría de la prueba tan importante en el derecho y en la jurisprudencia moderna, era mucho menor en Roma, puesto que se la consideraba más bien como ardid del orador que del jurista ⁽¹⁾; de aquí la inexistencia de reglas ciertas y precisas sobre la teoría y sus diversos medios ⁽²⁾, y la no regulación de los actos notariales, como medio probatorio aunque se aceptara la prueba documental y llegara a concederle preferencia sobre la testifical, que siempre fué la dominante hasta muy adelantada la época de los emperadores ⁽³⁾; por esta (entre otras) razón es muy difícil hallar en la legislación romana, los antecedentes necesarios para fijar la función notarial como medio probatorio de las obligaciones o como institución de vida independiente o propia.

Dentro del derecho histórico español es imposible afirmar que primara un criterio de ordenación científica, porque en el Fuero Juzgo ⁽⁴⁾, si bien se reconoce la validez y fuerza probatoria del documento escrito, y se penase la falsificación, tampoco

(1) IHERING. — *El espíritu del Derecho Romano*. T. III, pág. 114 y nota 89, versión en castellano. D/C. Satorres, 1912.

(2) MAYNZ. — *Curso de Derecho Romano*. T. I, pág. 610. Versión castellana de A. J. Pov, 1909.

(3) Véase novela de JUSTINIANO Nos. 44, 49 y 73, y de LEÓN EL FILÓSOFO Nos. 42, 43, 69 y 82.

(4) Véase disposiciones sobre prueba documental en las Leyes del Título V, lib. II y las del V del lib. VII.

se establece con referencia al derecho privado, el acto público auténtico.

En el Fuero Real se decreta la creación y funcionamiento de los escribanos públicos ⁽¹⁾ siendo éstos el primer órgano del notariado en el que se determina el procedimiento de su actuación ⁽²⁾; siendo muy de tenerse en cuenta el hecho de tratarse del nombramiento y funciones de los escribanos en el libro primero, destinado a la organización de los poderes públicos y de la validez y eficacia de los documentos otorgados ante dichos funcionarios en el libro segundo, dedicado netamente a materia procesal.

Un sistema parecido sigue la Novísima Recopilación, regulando la organización del cuerpo de escribanos en el libro quinto destinado a la del poder judicial, y dedicando en el libro décimo, que se ocupa de las obligaciones y contratos, herencias y testamentos, el título vigésimotercero, a los documentos públicos; sistema que fué reiterado en las leyes de Indias, si bien en éstos la ordenación de materias es más deficiente.

A la inversa, en las Partidas se dedica el título décimonoveno de la Tercera a la organización y funcionamiento del cuerpo notarial (escribanos), colocando esas disposiciones dentro de las del derecho procesal y a continuación de la teoría de la prueba documental a la que se destina el título décimo-octavo de la citada Tercera Partida ⁽³⁾.

En la época del coloniaje, la función notarial estaba regida por disposiciones contenidas en la legislación española y manejada por los notarios de esa misma nacionalidad que se trasplantaban con todo su bagaje científico a las audiencias de Charcas, Chuquisaca, Lima y el puerto de Santa María de Buenos Aires, como que todo el Río de la Plata no era más que una sencilla capitania. ⁽⁴⁾

Producida nuestra emancipación y definitivamente organizada la República no aparecen (salvo alguno que otro decreto), hasta 1881, las primeras disposiciones más o menos completas sobre el notariado y sus funciones, que las contenidas

(1) Véase Tít. VIII, lib. I.

(2) Véase Tít. IX, lib. II.

(3) B. S. ALFONSO. — *Reforma Notarial*. Cuba, 1927.

(4) C. VARANGOL. — *Historia y Filosofía del Notariado*, pág. 67. Buenos Aires, 1894.

en la ley de organización de los tribunales N° 1144, en la que se dedican los títulos XII y XIII a los escribanos públicos y a disposiciones sobre Registro y Escrituras, respectivamente; poco tiempo después, en 1886, es sustituida por la que actualmente está en vigor y lleva el N° 1898.

Sin caer en el exceso de los panegiristas del notariado, me atrevo a afirmar que en nuestra legislación, las funciones notariales son esencialmente necesarias para el completo y eficaz desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, puesto que resulta imposible negar que dichas funciones revisten de una garantía cierta, a la contratación, resguardándola y coadyuvando de modo importantísimo a su estabilidad; por ello, dentro de las funciones notariales deben involucrarse todos los actos jurídicos del derecho privado que requieren una forma de expresión cierta y auténtica; ampliándose su órbita de acción a todos los actos que caen dentro de ella, vale decir, los que expresa o tácitamente están determinados o establecidos por la ley.

La función notarial, es una exteriorización documentada y autenticada con la intervención de un funcionario público, de una manifestación de voluntad por la que se establecen, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, o por la que se hace constar la existencia de hechos o actos que afectan, o pueden afectar, tales relaciones.

La función del notariado, es dar la autenticidad a los actos jurídicos del derecho privado.

Esta función emana del concepto de soberanía del Estado, y cae dentro del campo de acción del Poder Ejecutivo.

El acto judicial se caracteriza por la declaración hecha por este poder de la norma de derecho aplicable a una determinada relación sometida a resolución en virtud de controversia.

El acto o función notarial se caracteriza, en cambio, por la conversión del acto jurídico en auténtico, cierto y exigible.

Todo acto judicial termina necesariamente por sentencia; el acto notarial sólo fija una relación jurídica y sencillamente es una forma probatoria de una manifestación de voluntad.

En el acto notarial, es necesario y esencial la concurrencia de voluntad mientras que en el judicial, esa concurrencia puede ser suplida por la autoridad del Estado emanada de las leyes.

El acto notarial supone la creación de relaciones jurídicas ciertas y obligatorias, y el acto judicial implica la declaración de las normas legales por las que las relaciones ya creadas se rigen.

Razón tenía el ilustre notario español don Gonzalo de las Casas ⁽¹⁾ cuando decía: "sí, medítese bien tan augusta misión".

Las relaciones jurídicas entre los individuos, están supe-
ditadas a las funciones notariales desde que nacen hasta que mueren, más aún, desde antes de nacer hasta después de muertos; esta institución, en virtud de sus funciones, no sólo vela por la integridad de sus derechos, sino también por la intangibilidad de su persona. Como bien lo demuestra el doctor José Ma. Mengual y Mengual ⁽²⁾. El notariado es una necesidad evidente porque es el amparador de todos los derechos del hombre; así vemos el llamamiento que le hace la legislación directa o indirectamente, para sancionar, autenticar y perpetuar los actos más importantes de la vida jurídica. El ministro guardasellos de Italia, De Falco, con motivo de los trabajos parlamentarios que precedieron a la formación de la ley de 1875, dijo en una brillante exposición: "que el notariado es una especie de investidura popular que representa la intervención de la sociedad en la formación de los negocios jurídicos mediante la presencia de un oficial o un funcionario revestido de carácter público que hace constatar la verdad de las convenciones y la fecha de su redacción mediante un poder certificante. Depositario de los grandes intereses de la familia, el notario tiene en su mano las tradiciones de la ciudad, porque bajo el amparo de la fe pública asegura el derecho de los vivos y los transmite a las sociedades futuras en armonía con las costumbres, las lenguas, el espíritu, la fe y todo aquello, en suma, que constituye la vida de un pueblo".

Otro ministro italiano (Oviglio) expresó ante la Cámara, en octubre de 1924, que el notariado, por sus tradiciones, por la elevación de sus fines, por la fiducia de que aparece rodeado, por la delicadeza de sus funciones, merece colocarse entre las altas clases forenses, porque mientras el abogado interviene en la controversia, el notario, en sus funciones, previene y contribuye a dar al derecho una eficaz función de equilibrio, vi-

(1) *Tratado filosófico-legal del Notariado*. Madrid, 1877.

(2) Segundo tomo. II volumen de *Derecho Notarial*. Madrid, 1933.

niendo a ser como eliminador de las causas de disenso, un elemento integrante de la propiedad nacional.

Camelier, en una asamblea de los Tabelliaes de Lisboa, ha dicho "que si el sacerdote cuida del alma y el médico del cuerpo, el notario cuida de la honra y de la hacienda, intereses que son, después de los espirituales, los más sagrados.

Monasterio Gali, en sus *Estudios Notariales*, afirma "Que la necesidad del notariado es indiscutible y su utilidad incontrovertible".

El emperador Maximiliano, en su célebre constitución sobre los notarios, siguiendo las ideas de Justiniano, calificaba "de muy útil y necesario el ejercicio del notariado. (Véase novela 44, cap. I).

Bonnoeur, escribe que los notarios "con su inmensa misión son, en algún modo, la clave de nuestra sociedad civil, y el autor de *Du Notariat dans l'intérêt de la Société*, afirmaba "que la función notarial es una de las más indispensables para la conservación del orden y de la paz civil.

Cicerón, en el Tusculano, "exalta la notaría como una de las artes más ilustres y necesarias de la sociedad".

El *nihil prius fide*, lema del notariado español, y el *lex est quad eumque notariuns*, del francés, son, como refiere Azpitarte, dos columnas que demuestran la grandeza y solidez del templo del derecho en su gestación normal, nacimiento y vida.

Muy extenso resultaría recordar a todos los ilustres juristas y legisladores que han reconocido en todas las épocas la importancia fundamental que desempeñan las funciones notariales, en todas y en cada una de las múltiples relaciones jurídicas, por cuanto en la medida de sus posibilidades garantiza la armonía y la paz en la vida social, jurídica y moral de los pueblos, es tan evidente su importancia que ni siquiera en la Rusia Soviética donde la propiedad privada ha desaparecido casi totalmente, como consecuencia del socialismo marxista (régimen político imperante), se ha podido prescindir de ella.

El notariado ha sido, es y será la base fundamental, no sólo del derecho codificado, sino especialmente del no legislado, pues, por ejemplo: en materia contractual crea o establece las leyes a que deberán someterse las partes, puesto que ordena, arregla, completa y depura los convenios, acuerdos y determinaciones de las personas que van a realizarlos; la ilustra no solamente en la especialización del derecho nota-

rial, sino que también las debe guiar o conducir por los tortuosos caminos de las infinitas disposiciones legales que pueden estar en pugna con sus convenciones, sin olvidar oportunas advertencias y explicaciones sobre la conveniencia de realizar o no el acto, contemplando también el asunto no pocas veces del punto de vista económico.

El ejercicio de las funciones notariales, no sólo requiere un conocimiento profundo y exacto de la ciencia de su especialización, sino también una cultura jurídica general amplia que debe renovarse continuamente y mantenerse "al día" con la jurisprudencia, pues es esta última la que resuelve definitivamente los casos en que las disposiciones legales se prestan a dualidad de interpretación, y son parte integrante e ineludible en la formación y conservación del "buen sentido jurídico", cualidad que si desgraciadamente no siempre es condición inseparable del notariado, al menos teóricamente, debe serlo. Debe, además, poseer en forma integral el idioma, porque el verdadero concepto y acepción justa de cada término en su significado gramatical y jurídico confirmada con una redacción clara y fácil, es lo que, a mi modo de ver, caracteriza esencialmente la más útil, noble y verdadera de las razones que evidencian la necesidad de la institución notarial. En su función de *previsión jurídica* o de *policía civil*.

Ya hemos visto someramente los conceptos que unánimemente merecen las funciones notariales en todos los países civilizados del mundo, menos aquí, en la Argentina, a pesar de que ya en 1815 (el 20 de mayo), por decreto se designó un puesto de honor para los escribanos en las ceremonias y fiestas patrias del gobierno. Y entre otras el (del 17 de diciembre) de 1823 y (14 de octubre) de 1830, ley y decreto que exceptuaba al gremio notarial del servicio militar activo. Lo que significaba el implícito reconocimiento de la importancia que sus funciones tenían no sólo dentro de la vida jurídica de la Nación, sino también como parte integrante del Estado, por ser éste el más interesado en el estricto cumplimiento y respeto de las leyes.

El doctor Gherardi hace alusión, en su notable obra *Del notario considerado nei suoi rapporti colla società* (1877), de haber leído en un libro de filosofía política que "la razón por la cual se demuestra que la prosperidad pública depende, en primer lugar, de la pública tranquilidad, y dice: "la riqueza y la fuerza de un Estado, son el resultado de toda la riqueza

y de toda la fuerza individual y el medio de su conservación, como de su progreso, se halla en la estabilidad de un orden de cosas que debe variar lo menos posible. Insistir en la necesidad de la estabilidad pública, sería emplear tiempo y palabras superfluas. La tranquilidad pública de la familia es considerada también de primera necesidad. Esta necesidad es de todos los tiempos, de todos los pueblos y lugares.”

Ahora bien; el medio para mantener esa tranquilidad, la institución a la que corresponde esencialmente esta misión, es al notariado. De aquí que tanto mayor influencia ejerce en la sociedad, cuanto mayor es la importancia de esta institución.