

CHARLAS DESENSILLADAS DE CRUZ Y FIERRO

(ACTUACION NOTARIAL DIGITAL)

Autores: Dr. Francisco Raúl Navas y Esc Mariano Coll Mónico

Presentación.

*Lo mismo que Cruz y Fierro
Se largaron pa' la indiada
Y su amistad se agrandaba
Al rigor de los tormentos
Fueron en esos momentos
Yunta para la cinchada.*

La sextilla nos pertenece pero la hacemos extensiva y dedicamos a todos los que tienen un verdadero amigo. Con el término "*amigo*" señalamos -más que a quién así lo proclama- a aquellos que lo demuestran con actos concretos en la vida.

¡Cuánto se necesita del amigo!. A él acudimos en la seguridad que el lazo no se ha de cortar.

Esta pequeña introducción se escribe con la tinta del alma, convencidos los autores que la amistad es un regalo de Dios, que no la miden varas de tiempo y participa del carácter inmortal del alma, de la cual proviene.

Nuestras *Charlas Desensilladas* - en este caso particular - apuntan al vertiginoso cambio que experimenta la humanidad en la "Era Digital" (como la llamamos) y que en razón del flagelo que azota al mundo, obliga a todos a vivir momentos difíciles en los que se ponen a prueba y se tensan no solo la rutina en la profesión, el horizonte al que solemos mirar, las propias estructuras y formas de darse y de hacer.

El Notariado Argentino no escapa de lo que sucede a todos. Atraviesa tiempos de pandemia con angustia. Extraña bonanzas pasadas y pérdidas y a la vez pone a la "esperanza" al timón, para que ella nos guíe en las aguas tempestuosas a conservar la esencia del Notario al que Francesco Carnelutti llamó "el hombre de la buena fe".

Santo Tomás en su Suma Teológica, analizaba a la *esperanza* como *una virtud sobrenatural* cuyo planteamiento es alcanzar a Dios pero que requiere su ayuda desde el inicio y también durante

el camino. Ya advertía entonces que *el problema de la modernidad estriba en el afán de independizarse de Dios y poner el fin último y la causalidad eficiente en el hombre*. Creemos con él, que *“es lícito esperar en el hombre pero no como primera causa ni como satisfactor de la bienaventuranza”*.

Aprovechemos el tiempo en esta vida natural para crecer sabiendo que la vida camina hacia su Creador.

Y hacia Él apunta la Esperanza, aquella que tiene energía suficiente para vencer las dificultades, dándose éstas cuatro condiciones, según hemos visto: 1: Que sea un bien (no hay esperanza del mal sino del bien). 2: Que sea futuro (la esperanza no se refiere al bien presente). 3: Que sea algo arduo y de difícil adquisición. Y 4: Que ese objeto arduo sea posible de obtener (nadie espera lo que en manera alguna puede conseguir). Y en esto difiere la esperanza de la desesperación.

*“Viene el hombre ciego al mundo,
Cuartiándolo la esperanza,
Y a poco andar ya lo alcanzan
Las desgracias a empujones
¡la pucha, que trae liciones
El tiempo con sus mudanzas!”*

Dos “viejos amigos” – Cruz y Fierro (que así nos llamaremos indistintamente) – al inicio del confinamiento que tuvo por origen la pandemia provocada por el Covid 19, acordamos *desensillar hasta que aclare*, y ocupar el tiempo que suponíamos “libre” para pensar, para intercambiar opiniones de manera llana, y buscar con esperanza soluciones superadoras a los problemas que sin dudas enfrenta el Notariado, por cierto controvertidos y por ello mismo interesantes.

Con fe en la existencia de un futuro promisorio para el Notariado porque contribuye indubitablemente a la seguridad jurídica; que ese futuro importa una adaptación que se traduce en un bien; que no va ser fácil alcanzarlo porque el camino presenta obstáculos; pero que finalmente lo que esperamos y nos espera, con la adaptación a las *nuevas herramientas*, que finalmente se ha de conseguir.

Es absolutamente imprescindible la participación de los veinticuatro Colegios de Escribanos del país, a través del Consejo Federal del Notariado Argentino, para lograr un “acuerdo marco” de consensos sobre el cual se sienten las bases o rieles por los que deba transitar el cambio tecnológico. Caso contrario hemos de gastar *“pólvora en chimangos”* mientras permaneceremos en el lodazal que provocan las divisiones y desencuentros entre verdaderos hermanos.

*“Los hermanos sean unidos
Porque esa es la ley primera.
Tengan unión verdadera
En cualquier tiempo que sea,
Porque si entre ellos se pelean,*

Los devoran los de afuera"

Los versos que utilizamos a manera de ilustración literaria y que se transcriben (con excepción de la que encabeza este trabajo que nos pertenece y de algún otro que encontrarán en el transcurso de la lectura), fueron plasmados para siempre por aquel ilustre hombre de letras argentino que fuera Don José Hernández y se encuentran en su bellissimo poema "Martín Fierro".

*"Ya veo que somos los dos
Astilla del mismo palo"*

*"Siempre corta por lo blando
El que busca lo seguro
Más yo corto por lo duro
Y así he de seguir cortando".
(José Hernández)*

EL NOTARIADO.

Introito.

Que le parece mi amigo Fierro si a fuerza de machacar con martillo y yunque vamos dando forma a aquello que es el alma y por ende la misión del Notariado...

"La Función Notarial es función social".

Así lo ha querido Dios...

*"Le dio claridá a la luz
Juerza en su carrera al viento.
Le dio vida y movimiento
Dende el águila al gusano
Pero más le dio al cristiano
Al darle el entendimiento"*

Los "Fundamentos" de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, al respecto coligen: *"Todo ello demuestra que la esencia de la Función Notarial no es la de conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes".*

Ello nos lleva a otra pregunta: ¿cómo se puede brindar protección al ciudadano desde la función notarial?.

Coincidimos con el respetado amigo Eduardo Gallino cuando decía que al inquirir *el porqué y para qué los hombres establecen el derecho, caeremos en cuenta que la motivación radical no deriva de valores superiores, sino de un valor en principio de rango inferior: "seguridad en la vida social". Efectivamente, si bien la Justicia (valor jurídico supremo, causa intrínseca, formal del derecho) representa el criterio axiológico que debe inspirar al derecho, y si bien éste no quedará justificado si no en la medida en que cumpla las exigencias de tal valor; ello no obstante, el derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de Justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y certeza en la vida social.*"¹

El hombre nace como la más indefensa de las criaturas. Incapaz de valerse a sí mismo. Desde recién nacido es absolutamente dependiente de su madre, sin cuyos auxilios sucumbiría.

*"dende el vientre de mi madre
Vine a este mundo a cantar"*

*"Nací como nace el peje
En el fondo de la mar;
Naidas me puede quitar
Aquello que Dios me dio:
Lo que al mundo truje yo
Del mundo lo he de llevar"*

La necesidad de sociabilizar nace también con el hombre. Ello trae aparejado el deber de cumplir ciertas reglas que permiten que la vida en sociedad pueda desarrollarse pacíficamente. Lo contrario sería vivir en el caos y la incertidumbre. La convivencia importa pues el respeto de ciertos principios habida cuenta que la libertad no es absoluta y tiene sus límites en donde comienzan las libertades y los derechos de los demás.

*"Mi gloria es vivir tan libre
Como el pájaro del cielo"*

Pero dentro del contexto de vida social, certeza y la seguridad jurídica son necesidades elementales para el hombre, tal como se afirma.

Normalmente los actos de las personas transcurren en un clima de paz y normalidad. A veces esa paz se subvierte y se desarrolla el conflicto y hace su aparición en escena la función jurisdiccional.

En paz y armonía es donde la *actividad notarial es creadora del derecho* y se presenta como una necesidad básica para tener permanencia, seguridad y certeza. Es imprescindible, tanto como la luz o el agua. ¡Que tranquilidad brinda a la ciudadanía!. Pensemos en esa persona que ha trabajado duro para tener sus ahorros y que en una sola operación fallida puede jugarse todo o parte importante de su patrimonio. Y una vez puesto en juego, poder regresar a casa con la tranquilidad

¹GALLINO, Eduardo – NOTARIADO Y SEGURIDAD JURIDICA – RNCba-72-1996-02-

que le ha dado el escribano de confianza es algo que no tiene precio, pero a la vez generalmente no se valora, tal vez porque se tiene como algo natural... *como la luz o el agua*.

Los actos jurídicos para tener permanencia son recogidos en un documento que goza de aquella característica. Dicha permanencia adquiere nuevas dimensiones en esta *Era Digital*, como se ha dado en llamar.

A la luz del Código Civil y Comercial de la Nación diríamos que más que “cosificarse” los actos jurídicos precisan adquirir “*permanencia*”, característica que también puede obtenerse a través de un conjunto de bits derivados de un sistema binario o sea el modo que la informática presenta como una combinación de ceros y unos.

Por eso no solo en soporte papel puede permanecer un acto jurídico sino también en soporte digital, y si bien entrando en el campo de una realidad virtual intangible, el acto permanecerá almacenado en una memoria digital y será susceptible de visualización o impresión.

El instrumento notarial recoge y da permanencia a los hechos y a las voluntades, los representa y por imperio de la ley tiene fuerza y firmeza probatoria, cumpliendo los tres objetivos de forma (todo acto la tiene y no hay acto sin ella), sustancia y prueba. De allí que la función notarial, al decir del escribano Don Francisco Martínez Segovia, es función jurídica y legal y se constituye en una FUNCION CREADORA o constitutiva del derecho y a su vez conservatoria o de fijación.

Lo nuevo es que la operación de “fijar” se logra también por otros medios que no sean papel escrito.

Breve reseña de la Evolución Histórica.

Y dijo Fierro:

*“Pido a los Santos del Cielo
Que ayuden mi pensamiento;
Les pido en este momento
Que voy a cantar mi historia
Me refresquen la memoria
Y aclaren mi entendimiento.”*

Si nos referimos al cómo fue evolucionando el Notariado en el transcurrir de los siglos, encontraremos que en un principio la función era ejercida por aquellos que habían intervenido no como los otorgantes sino más bien como testigos del acto.

Cita Carlos Nicolás Gattari un contrato que se celebró entre el Patriarca Abraham y Efrón mediante el cual el primero adquirió el sitio para enterrar a su mujer muerta, Sara, por 400 siclos de plata, en presencia de los hijos de Het (Génesis, Capítulo 23). *“Después de esto sepultó Abraham a Sara su mujer en la cueva de la heredad de Macpela al oriente de Mamre, que es Hebrón, en la tierra de Canaán”*

Allí la función notarial estuvo entonces *en los testigos del acto*, la comunidad presente.

Eduardo Bautista Pondé encuentra el origen de esa *incrustación* de la fe notarial en el propio documento, citando al Emperador Justiniano I: *“El origen del notariado está fijado con bastante precisión en la historia de la humanidad. Para quien se ajuste a serias comprobaciones históricas, ello ocurrió, sin dubitación, en el siglo VI de la Era Cristiana y por obra del Emperador bizantino Justiniano I. A todo aquél que se deje llevar por la imaginación en una búsqueda competitiva para demostrar quien logra dar con un más antiguo antecesor del notario, su origen es indeterminable porque ni siquiera la aparición de la escritura constituye un límite, como que se llegó a suponer la existencia de formas notariales en pueblos que no conocían la comunicación por escrito.”*²

*“En el mismo siglo VI, la novela LXXIII del año 538 dio al documento notarial “publice confecta” una valoración especial que desplazó al testigo como medio de prueba y en el VIII de la ley de Ratchis, la escritura notarial hizo igual desplazamiento respecto del juramento.”*³

Entonces mi amigo Cruz me cuenta que ¡la “escritura” fue posterior! Con asombro Cruz y Fierro coligen que ya existía un notariado antes de la escritura propiamente dicha. Y acá podemos apreciar el cómo *parecen juntarse el principio y el final...*

Pondé, en su *Memorandum* de fecha 10 de Septiembre de 1.985 dirigido al entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial – hoy Academia Nacional del Notariado – refiriéndose a los antecedentes del Notariado expresaba que *“en el Imperio Romano, por el año 222, se constata la existencia de un personaje con conocimiento de derecho, experto redactor de documentos, completamente ajeno al Estado y a la actividad estatal. Era el Tabelión. Cumplía una función asesora, de consejo, exclusivamente entre particulares, a quienes redactaba los documentos que contenían el negocio jurídico pactado que entregaba a los interesados, aunque ocasionalmente los conservaba en su poder; por su trabajo cobraba directamente a los clientes. Asesor y consejero jurídico, redactor y eventual guardador de documentos confeccionados por él, retribución de sus servicios percibiendo honorarios, desenvolvimiento de su función en las relaciones jurídicas privadas y sin vinculación con el Estado, constituyeron las pautas calificantes para que se lo tenga como auténtico antecesor del Notario o Escribano, y tanto, que el maestro Rafael Núñez Lagos, para corroborar la autenticidad de su ascendencia lo signó con picardía infantil mediante el tan popularizado “Nuestro abuelito el Tabelión”. Después vinieron las novelas de Justiniano y la Ley de Ratchis y la Constitución CXV de León VI y los Glosadores de Bolonia y las Siete Partidas y los Estatutos de Piamonte y la Constitución de Maximiliano y la Ley de Ventoso y la Ley Española de 1.862, todo esto complementando y ajustando los relacionado con el Notario, con la Función Notarial y con el Documento Notarial, hasta configurarlo en la realidad de hoy. Pero lo que busco con esta referencia histórica es destacar como “ab-ovo” y sin que ello variara en el transcurso de los siglos, la función notarial estuvo alejada e independiente de lo administrativo estatal.”*

*“Atención pido al silencio
Y silencio a la atención,
Que voy en esta ocasión,
Si me ayuda la memoria,*

² PONDE, Eduardo Bautista - Falencia Conceptual de la Calificación del Notario como Funcionario Público” –RNCba-58-1989-04 pag 45

³ PONDE, Eduardo B. – Inconveniencia del Libre Ejercicio del Notariado”- RNCba 62- 1991.

*A contarles que a mi historia
Le faltaba lo mejor.”*

También Carlos N. Gattari se refiere a la Novela 44 de Justiniano (Emperador romano años 527 al 565) que narra el siguiente caso: *“firmado un documento, fallecieron los actores (autores; comprador, vendedor), los testigos y también el tabellión, testigo calificado. Planteada cuestión judicial entre los herederos de los actores no pudo presentarse ninguno de los que habían intervenido en la operación. Entonces Justiniano dispone que los documentos -en tal circunstancia- habeant suam propriam firmitatem (tengan su propia firmeza). Allí incrusta la fe pública en sentido objetivo y considera que ella existe en el instrumento, precisamente notarial.* (el subrayado nos pertenece).

En el año 740 se encuentra la ley VIII, dictada por Ratchis, rey longobardo, que dice *"si hubiere carta redactada por escriba, firmada o signada por el vendedor y los testigos, de la cual resulta que el precio fue pagado, no podrá alterarse por ningún juramento"*.⁴

Luego, ya en la Edad Media Isabel la Católica dicta la Pragmática de Alcalá que mandaba *"que cada uno de los escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo ... que sea diligente en guardar los libros de los registros y protocolos y que cuando hubiere de dar traslados de escrituras, los concierte primero con el registro ... "* (leyes 13 y 16, tít. 25, libro 4; Pondé, 293)⁵

Lo que queremos señalar en este punto es que el *“hecho del príncipe”* y como tal de carácter general y abstracto (norma jurídica) fue responsable de insertar la *fe notarial* en el instrumento, concepto que debe tenerse presente en el desarrollo de las conversaciones desensilladas entre Cruz y Fierro.

*“Nunca le llevés la contra,
Porque él manda la gavilla.”*

Primera digresión:

Antes de seguir escarbando el presente e imaginando el futuro va una doble revisión del pasado. Animémonos a leer la ultra famosa “Novela 44 de Justiniano” esa gran desconocida:

CONSTITUCION XLV

DE LOS NOTARIOS, Y DE QUE DEJEN LOS PROTOCOLOS EN LOS INSTRUMENTOS

(Colección IV, título 7.)

*El Emperador JUSTINIANO, Augusto, á JUAN, segunda res Prefecto del Pretorio,
Cónsul y Patricio.*

Prefacio

⁴GATTARI, Carlos Nicolás - *Manual de Derecho Notarial* –ABELED PERROT (2da Ed)– pags. 16 y 17

⁵Ob. Cit., pag. 18

Hemos tenido, hace poco, conocimiento de un litigio, que da ocasión á la presente ley. Por parte de la persona de cierta mujer se presentaba un documento, que ciertamente no tenía letra suya (porque no sabía escribir), pero que había sido hecho por un notario y por un escribiente, teniendo la firma de ella, y mostrando la presencia de testigos. Después, habiéndose suscitado sobre él alguna duda, por decir la mujer que no había sido dispuesto por ella lo que decía el documento, el que oía el litigio trataba de conocer por medio del notario la verdad del negocio, y llamó al fin al notario. Mas éste dijo que reconocía la letra del complemento del notario, pero que no conocía cosa alguna de las que seguían; porque no se le habían encargado absolutamente á él desde el principio, sino que encargó á uno de los suyos que hiciera esto, y después no acudió para la conclusión, sino que á su vez esto lo encomendó á otro. Y compareció ciertamente el que estuvo presente á la conclusión, el cual dijo que tampoco él sabía nada, (porque él no había sido el escribiente del documento), y solamente manifestó éste que se terminó estando él presente. Y no se encontró aquel á quien desde el principio le fué encomendado, por lo cual, si el juez no hubiese podido conocer el caso por medio de los testigos, corría ciertamente peligro de perderse por completo el conocimiento del negocio. Y esto mereció, á la verdad, su competente examen y este decreto.

Capitulo I

Pues nosotros creemos que es conveniente auxiliar á todos, y hacer una ley común para todos los casos, á fin de que á los mismos que están al frente del trabajo de los notarios se les imponga de todos modos que formalicen por sí el documento, y que estén presentes hasta que se acabe, y no se ponga al documento la conclusión, de otra suerte, sino si se hubieran hecho estas cosas, á fin de que tengan medio para conocer el negocio, é interrogados por los jueces puedan saber lo que siguió, y responder, principalmente cuando no saben de letras los que encargan tales cosas, en quienes es fácil é incontrarrestable la negación de lo que verdaderamente se hizo.

§ 1.—Para prohibir, pues, todas estas cosas hemos escrito la presente ley, y queremos que de todos modos se guarden estas disposiciones por los notarios, ora estén en esta felicísima ciudad, ora en las provincias; teniendo entendido que, si contra esto hubieren hecho alguna cosa, perderán en absoluto las que se llaman plazas, y que el que por ellos es destinado para extender' el documento, é interviene en él, será dueño de la plaza con propia autoridad, y se cambiará la condición; y él ciertamente obtendrá en lo sucesivo en la plaza el mismo cargo que el que en ella tema la primacía, y éste saldrá de ella, ó será, uno de los que á aquél le sirvan. Porque habiéndose ciertamente desdeñado él de hacer lo que á él se le había concedido, y habiéndolo hecho el otro por voluntad de él, les imponemos por eso nosotros esta pena, á fin de que respecto á los documentos se hagan ellos mismos excelentes, y justos, y más precavidos, y no perturben los intereses ajenos por su propio descanso y regalo.

§ 2.—Mas si acaso fuera indigno de recibir autoridad en la plaza aquel á quien contra lo que por nosotros ha sido dispuesto en la presente ley se le encomienda un documento, piérdala ciertamente de todos modos por esta causa el notario, y sea constituido otro en su lugar; sin que en nada absolutamente haya de ser perjudicado el dueño de la plaza, si hubiere sido uno cualquiera de los extraños, y no el mismo notario, y sin que haya de perder los lucros de aquí provenientes, sino perdiendo la primacía sólo el que perpetró tales cosas y se desdeñó de

cumplir su cometido, debiéndoseles conservar ciertamente íntegro todo lo demás respecto al derecho de la plaza á los dueños de ella por los mismos notarios, que en tales cosas pecaron.

§ 3.--Y no finjan los notarios ocasiones para marcharse, acaso por enfermedad, ó por ocupaciones de tal naturaleza; porque, si alguna cosa tal aconteciere, les será lícito llamar á los que contratan, y desempeñar por sí mismos su cometido; porque las cosas que acontecen raras veces no causarán impedimento á la generalidad, pues nada hay entre los hombres que esté tan fuera de duda, que no pueda, aunque alguna cosa sea justísima, ser, sin embargo, objeto de alguna excruciosa duda; pero tampoco se harán por esto menores sus ganancias, que tienen lugar por virtud de la frecuencia de los contratantes, porque es mejor hacer pocas cosas con seguridad, que intervenir en muchas con peligro.

§ 4.—Mas para que no parezca que esta ley es sumamente dura para ellos, nosotros, atendiendo á la naturaleza humana, establecemos leyes nuestras moderadas también para los mismos. Pues les damos licencia á cada uno de ellos para que con motivo acaso de tales dudas suyas nombren uno para esto, habiéndose hecho solemnemente actuaciones ante el muy esclarecido maestro del censo de esta felicísima ciudad, y les den permiso para que á él se le encomienden los documentos por los que van á la plaza del mismo, y para estar presente al ser terminados ellos, y sin que absolutamente otro alguno que haya en aquella plaza tenga licencia para que se le encomiende el comienzo, ó para que esté presente cuando se acaban, á no ser el notario que tiene la autoridad, ó el que por él ha sido constituido para esto. Mas si contra esto se hiciera alguna cosa, y fuese otro delegado, entonces quedará sujeto á pena el notario, que tiene la autoridad por nosotros antes definida, sin que, sin embargo, hayan de ser invalidados los documentos por razón de conveniencia de los contratantes. Porque sabemos que por miedo á la ley guardarán también ellos en lo sucesivo lo que por nosotros ha sido decretado, y harán con cautela los documentos.

Capitulo II

También añadimos á la presente ley, que los notarios no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el que al principio tenga, (lo que se llama protocolo), el nombre del que a la sazón sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento, y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido. Porque hemos sabido que en tales documentos se probaron antes y ahora muchas falsedades, y por lo tanto, aunque haya alguna hoja de papel, (porque también hemos sabido esto), que no tenga el protocolo escrito de este modo, sino que lleve otra cualquiera escritura, no la admitan, como adulterada y no apta para tales cosas, sino escriban los documentos solamente en hoja de papel tal, como antes hemos dicho. Así, pues, queremos que lo que por nosotros ha sido decretado sobre la cualidad de tales hojas de papel, y sobre la separación de lo que se llama protocolo, esté en vigor solamente en esta felicísima ciudad, donde es ciertamente grande la muchedumbre de contratantes, y hay mucha abundancia de hojas de papel. Y sea lícito intervenir en legal modo en los negocios, y no darles á algunos ocasión para cometer falsedad, de la cual demostrarán que son responsables los que contra esto se hubieren atrevido á hacer alguna cosa.

Epilogo

Por tanto, apresúrese tu excelsitud á llevar á ejecución y efecto lo que nos ha parecido bien, y ha sido declarado por medio de esta santa ley.

Dada en Constantinopla á 15 de las Calendas de Septiembre, en el año segundo después del consulado de BELISARIO, varón muy esclarecido. [537.]

Y luego de reflexionar sobre su contenido podemos pasar a leer el **Fuero Real de don Alfonso El Sabio**:

“TITULO XII.

DE LOS FALSARIOS , E DE LAS ESCRIPTURAS FALSAS.

LEY I.

“Sy el escrivano público , que es dado para facer las cartas, asi como dice la ley, ficiere carta falsa en pleyto de C maravedis ayuso, pierda la mano, e el oficio: et si fuere de C maravedis o dent arriba, muera por ello.”

Sistemas jurídicos.-

Para lograr la seguridad jurídica se recurre a dos caminos, según el sistema jurídico vigente en cada país.

En el derecho latino germánico se recurre a la escritura pública; mientras que en el derecho del “Common Law”, con la particular excepción de los Notarios de la City de Londres, se mantiene la instrumentación frente a testigos, la certificación de la firma ante autoridad competente o el documento “bajo sello”.

El primer sistema, llamado “de Derecho Civil”, de raíces latino-germánicas es el vigente los países que conforman la Unión Internacional del Notariado. Tiene como fuente principal y obligatoria del derecho a la ley, que en sus distintas ramas suele evolucionar hasta su codificación, en un sistema integral.

El segundo, conocido como del “Common Law” propio de los pueblos de origen anglosajón, se desarrolla en base a las costumbres, especialmente a aquella generada por los precedentes jurisprudenciales y se plasma en un sistema complejo con tres ramas principales: el common law, el equity law y la legislación escrita. Es el sistema enraizado y desarrollado en Inglaterra y en los países colonizados por ella.

En el “Sistema de derecho civil” reina la prueba documental; mientras que en el “anglosajón” la testimonial con las variaciones apuntadas.

Antes de la pandemia del Covid 19 ya se pronosticaba un crecimiento explosivo del negocio digital.

El “Doing Businnes” que publica el Banco Mundial invita a dejar de lado todo aquello que represente demoras en las negociaciones o un costo más para las empresas, y desde el Banco Mundial se bajan líneas a los países acompañadas con recetas de reformas jurídicas.

*“Y tené fe en el remedio,
Pues la ciencia no es chacota;
De esto no entendés ni jota;
Sin que ninguno sospeche
Cortále a un negro tres motas
Y hacélas hervir en leche.”*

Así por ejemplo existen recomendaciones de evitar la escritura pública en la constitución de sociedades por la demora y costos que implica. También estos organismos de crédito internacionales tienden a forzar nuestra adaptación a las prácticas del sistema anglosajón y captar el mercado inmobiliario para imponer los seguros de títulos, sistema contrapuesto a nuestra tradición jurídica.

En el mismo sentido funcionan las reglas para la unificación de las distintas legislaciones nacionales establecido por la Organización Mundial de Comercio.

Pensamos con argumentos firmes, que será mejor una “era digital” acompañada por el Notariado y sin exclusión del mismo pero adaptado a los nuevos medios, porque a lo largo de siglos ha demostrado con creces su eficacia.

En este punto vamos a adelantar nuestro criterio: la digitalización es una herramienta y nada más que eso. No reemplaza al Notario ni a su función. Simplemente colabora con su desarrollo. De igual manera que la máquina de escribir significó un avance, esta nueva herramienta deberá incorporarse al Notariado conservando su esencia.

Si no es así lo que se gana en celeridad se pierde en seguridad y el terreno que pierde el Notariado lo ganan las compañías aseguradoras. El seguro de títulos que usan como reemplazo del Notariado no es el mejor sistema. Sabido es que las compañías aseguradoras se resisten a pagar las indemnizaciones cuando la pérdida ocurre.

*“Sacaron unos sus prendas,
Que las tenían empeñadas,
Por sus deudas atrasadas
Dieron otros el dinero
Al fin de fiesta el pulpero
Se quedó con la mascada”*

*Yo me arrecosté a un horcón,
Dando tiempo a que pagaran
Y poniendo güena cara
Estuve haciéndome el poyo,
A esperar que me llamaran
Para recibir mi bollo”*

Sin dudas que en el trasfondo existen grandes intereses económicos en pugna. Cooptar, apropiarse, llevar para sí lo notarial es lo que a la larga se pretende, produciéndose además el choque de culturas y reglas extrapoladas de un sistema jurídico distinto, que no brinda la plusvalía que se logra evidentemente acudiendo al notario de tipo latino en el que la escritura pública es la que brinda permanencia, tranquilidad y seguridad jurídica.

Documento Notarial.

Pelosi cita la definición del anteproyecto de ley notarial nacional aprobado por el Consejo Federal del Notariado Argentino el 15 de octubre de 1964 en San Salvador de Jujuy, que incluye la siguiente definición de la cuál fue autor: *“Los documentos notariales son instrumentos públicos. Es notarial todo documento con las formalidades de la ley, autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia”*.⁶

Nos preguntaremos tal como se preguntaba nuestro común amigo Mario Antonio Zinny ¿Que es un documento?. Concluía afirmando que es *“una cosa”* que se distingue de otras creadas por el hombre por su carácter representativo, porque *“todo documento representa y al representar prueba la existencia de aquello que puede ser percibido”*.⁷

Y era natural que Zinny se refiriese al documento como *“cosa”* en vigencia del Código de Vélez. Hoy decimos que más allá de su naturaleza material o inmaterial, su virtud es la de representar, es decir que *“volver a presentar o poner nuevamente en escena”*. El artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación manda que *“las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”*.

*“Dios formó lindas las flores,
Delicadas como son,
Les dio toda perfección
Y cuanto él era capaz,
Pero al hombre le dió más
Cuando le dio el corazón.”*

Agregaba nuestro amigo que debe distinguirse de lo documentado, y además del acto de quién lo crea (error en que incurrimos cuando se confunde la escritura pública con el acto del notario que la autoriza).

Instrumento público es el documento dotado de fe pública y ejecutividad y ha sido creado conforme a la ley por un funcionario público o un profesional a cargo de una función pública.

⁶ PELOSI, Carlos A. – “El documento notarial” – Astrea pag. 121

⁷ZINNY, Mario Antonio – *La Enseñanza del Derecho y los Estudios Comparados* – NOVA TESIS – (Rosario) pág. 211

Francesco Carnelutti decía hace muchos años ha: ¡Atentos a distinguir entre el documento y la declaración!.

“La primera dificultad que en este orden de ideas se presenta es la de averiguar el recto sentido de la palabra "documentador". Para ello es indispensable desenmascarar el verdadero contenido de las palabras "acto" y "documento", lo que si a primera vista parece fácil no lo es ya tanto en ciertos tipos que nos presenta la realidad jurídica, verbigracia en los llamados "títulos de crédito", en los que el Derecho se incorpora al documento, el acto al documento, de modo que éste que es una cosa se confunde con aquél, que es una declaración de voluntad o de ciencia. La distinción fundamental entre acto y documento -esencial dentro del campo del derecho-- es la existente entre declaración de voluntad, que es un hacer, y documento, que es una cosa.”⁸

ARTICULO 289: Son instrumentos públicos:

- a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios;*
- b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios con los requisitos que establecen las leyes;*
- c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión”.*

ARTICULO 296: Eficacia Probatoria. El instrumento público hace plena fe:

- a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;*
- b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”.*

El Código Civil y Comercial de la Nación puso fin a viejas discusiones y solo se priva al instrumento de fe pública -supuesto del artículo 296 inciso a) - cuando se dicta sentencia (en juicio civil o criminal, no así en juicio laboral) declarándolo falso, pero respecto del “contenido” - inciso b) - no ocurre lo mismo, ya que admite prueba en contrario.

Concluimos Cruz y Fierro afirmando: La fe pública dota al instrumento de ejecutividad y eficacia probatoria, que solo cede cuando es declarado falso en lo que se conoce como “redargución de falsedad”.

*“Pero tantos bienes juntos
Al darle, malicio yo
Que en sus adentros pensó
Que el hombre los precisaba,
Pues los bienes igualaba
Con las penas que le dio.”*

Y vaya que tiene responsabilidades y penas el Notariado.

Los instrumentos deben distinguirse del autor, porque como decía Zinny, una cosa es el expediente administrativo y otra el acto administrativo; una cosa es el expediente judicial y otra el

⁸CARNELUTTI, Francesco – Conferencia :“La Figura Jurídica del Notario” pronunciada en La Academia Notarial Matrilense – Revista Internacional del Notariado año 1950 pag. 127

juez; una cosa es el diario de sesiones y otra el legislador; una cosa es la escritura pública y otra la dación de fe del notario.

Y en el actuar del escribano para hacerlo gráfico una cosa es la botella y otra el vino que en ella se envasa, como aprendí metafóricamente de mi amigo Fierro:

*La escritura es un envase
validez ... seguridad
permite en su cavidad
a los derechos que nazcan,
se modifiquen, perezcan.
Uno es el contenido
Aquella es el continente.*

El Notario se encarga de poner su diligencia para proveer el envase adecuado (instrumento – escritura pública – “*por ajuera*”) y las partes vuelcan en él su contenido, sus declaraciones negociales (el vino, “*por adentro*”). El acto o contrato que celebran las partes es percibido por el escribano, pero el acto público de dar fe es propio y exclusivo del Notario, aunque la escritura pública prueba los dos actos. Se dice que con relación a las partes el escribano es un tercero, no es parte pues él da fe de lo que ellas (las partes) hacen.

Las escrituras se diferencian de las actas en cuanto a que en las primeras el notario narra un negocio y en las segundas un hecho. Por último los “certificados” contienen declaraciones o atestaciones de percepciones sólo del notario.

Dentro del envase de la Escritura Pública se produce una transmutación, es un espacio alquímico donde se modifican los estados de las situaciones jurídicas precedentes. El efecto jurídico es inmediato.

Alguien comparece como propietario y al cierre de la Escritura ya no lo es más. Alguien comparece como comprador y al cierre de la Escritura es propietario...

Mientras que dentro del envase del Acta Notarial se desarrollan una serie de hechos de los que el Escribano toma nota. El efecto jurídico será asignado por otro, normalmente el Juez. El que actuó como propietario en el acta sigue siéndolo tras su cierre. Nada ha cambiado jurídicamente por el sólo hecho de constar en un Acta Notarial.

Si no se distingue con acierto *el negocio del hecho y el documento* que sirve para conferirles seguridad y permanencia y a la vez que sirve para probarlos, y *por otra parte la dación de fe*, no estaremos yendo por el camino correcto y no sabremos resolver si el vicio que provoca la nulidad está en el documento o en el contenido negocial o en el acto de dación de fe. Porque la forma (el documento) que provee el Notario puede ser perfecta pero su contenido puede acarrear un vicio congénito, que en la metáfora de la botella y el vino, puede aparejar la nulidad del negocio, pero no de la escritura que lo contiene.

La realización de reuniones por medios digitales en la Pandemia pone en crisis la tajante definición entre Escritura y Acta que realiza el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 299, 310 y 310 que transcribimos:

ARTÍCULO 299.- Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.

ARTÍCULO 310.- Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.

ARTÍCULO 312.- Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

Estas definiciones del Código llevan obligatoriamente a buscar la solución para una “constatación de hechos” donde se realicen declaraciones en “otro documento Público” que no sea un Acta. Es decir al inciso b) del artículo 289. A “los instrumentos que extienden los escribanos...con los requisitos que establecen las leyes.”

Así, dentro de lo que es la constatación de hechos, se encuentran también algunas actuaciones en las legislaciones notariales de cada jurisdicción provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – incluidas según entendemos – en la mención del inciso b) del artículo 289 del Código Civil y Comercial.

Es aquí donde aparecen- “los certificados”, que son extra protocolares, que fueron pergeñados en su origen en el Anteproyecto de ley de Documentos Notariales del Instituto Argentino de Cultura Notarial. Contienen declaraciones o atestaciones solo del notario y se refieren a hechos y situaciones jurídicas percibidas sensorialmente por él mismo. Por eso se distinguen de las actas ya que solamente contienen atestaciones del Notario y no como aquellas que se componen del “requerimiento” formulado por quién requiere el acto notarial y “la diligencia” y que pueden contener declaraciones de las personas que en ella intervienen.

No encontramos razones de peso para que dichos “certificados” sean excluidos del artículo 289 inciso b del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tal inciso les confiere la categoría de “*Instrumentos Públicos*” porque, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - al menos - sabido es que son extendidos por los escribanos o funcionarios *con los requisitos que establecen las leyes*. Allí se ubican los instrumentos del Notario cuando actúa fuera de su protocolo, con autorización de la ley.

Es decir, otros documentos extendidos por los Notarios que no son “escrituras públicas” y sus copias o testimonios”, como por ejemplo otras certificaciones de otros hechos así por ejemplo supervivencia de personas, de firmas, o todo otro instrumento otorgado por funcionarios públicos en ejecución de las facultades de su propio cargo o función que *tienen por objeto afirmar de manera sintética la existencia de personas, documentos, cosas, hechos y situaciones jurídicas, percibidos sensorialmente por el notario*. También caben en el ejemplo las actas del Poder Legislativo y leyes, así como decretos del Poder Ejecutivo, partidas o asientos en los libros del Registro Civil, etcétera.

Concluimos - por ahora - en que fe pública es sencillamente *“creencia legalmente impuesta y referida: 1) a la autoría, el lugar y la fecha de ciertos objetos (instrumentos públicos, moneda, sellos oficiales); 2) a la autoría, el lugar y la fecha de los actos públicos (acto notarial, administrativo, judicial, legislativo); 3) y a la existencia material del acto o hecho narrados por el escribano, juez de paz, secretario del Juzgado o funcionario a cargo del Registro Civil”*.⁹

Coincide Francisco Martínez Segovia que la Función Notarial es una función jurídica, de carácter privado calificado (con efectos de publicidad y con valor semejante a una función pública) de carácter legal y que tiene como fuente la LEY.

Expreso, no sin estupor amigo Fierro, haber leído opiniones disidentes y un tanto desalineadas del criterio que venimos exponiendo en virtud de las cuales se niega el carácter de *instrumentos públicos* a los *certificados de actuación notarial remota, al no ser escrituras públicas, sus copias o testimonios, ni revestir el carácter de certificaciones notariales de firmas*, y por tanto les niegan también *la eficacia probatoria* que la ley confiere a los instrumentos públicos, prevista en el artículo 296 del Código Civil y Comercial de la Nación.

*“La ley es tela de araña,
En mi inorancia lo explico”*

“Yo mi ignorancia no escondo, ni me meto en agujeros” pero hemos visto que la norma legal (el *hecho del príncipe*) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe y es precisamente la Ley 404, Orgánica del Notariado de dicha Ciudad.

En las actuales circunstancias el mundo enfrenta una pandemia que por su magnitud y globalización no tiene precedentes. Argentina no está exenta y es de esperar una progresión con consecuencias nefastas y lamentables. Si se tiene Fe en Dios, será prudente considerarlas como un llamado de atención. Si se es agnóstico lo mismo no deja de ser una advertencia, algo impensado que nos hace aminorar la marcha y pensar en la necesidad de cambiar el camino porque la senda hasta ahora seguida nos lleva directamente a un choque.

El confinamiento de las personas provoca dificultades sobre todo en cuanto al desplazamiento, e invita a tener muchas precauciones y al seguimiento de protocolos que marca la ciencia médica, y que restringen el contacto físico grupal. Son obstáculos para el desarrollo de la labor notarial.

*“Tanto el pobre como el rico
La razón me la han de dar;
Y si llegan a escuchar
Lo que explicaré a mi modo,
Digo que no han de rair todos:
Algunos han de llorar.”*

*“Ninguno me hable de penas,
Porque yo penando vivo*

⁹Zinny – Ob. Cit. Pag. 223

*Y naides se muestre altivo
Aunque en el estribo esté,
Que suele quedarse a pié
El gaucho más advertido”*

Es innegable que el Notariado está navegando por aguas agitadas. Se cuestiona si los certificados digitales remotos son acreedores o no de la “creencia pública” al resentirse aquel “principio de intermediación”, tema del que nos ocupamos más adelante.

En el contexto de la situación epidemiológica, examinamos los *certificados digitales remotos* reglamentados por parte del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el propósito, estimamos, de no truncar la prestación del servicio público del Notariado a su comunidad.

Lo mismo se podría lograr en el Notariado Nacional dejando de lado ciertas rispideces y trabajando juntos en una hasta ahora ansiada *“Plataforma Notarial Nacional”*.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el notario puede expedir – con base en la ley - en un folio digital de actuación extraprotocolar utilizando el “GEDONO” (Sistema para la Generación de Documentos Notariales Digitales del Colegio de Escribanos de CABA) o en papel, la certificación de lo que percibe a través del medio elegido de conexión remota, como son las de video llamadas o video conferencias.

El certificado que el notario emite autentica sus percepciones, hechos constatados, lo que el escribano ve y oye.

Si consideramos a estas Certificaciones instrumentos públicos – que lo son a nuestro criterio según dejemos expresado – las mismas tienen la fuerza de la “prueba legal” en el proceso civil, porque tiene ínsita una presunción del legislador e impuesta una creencia erga omnes. Salvo el caso, claro está que en sede civil o penal sea declarada su falsedad por el procedimiento de redargución de falsedad.

Sin dudas es un planteo novedoso llama a prestar atención y nos exhorta a buscar en qué medida podrían ser utilizados sin pérdida de la seguridad jurídica.

*“Y allí el gaucho inteligente
En cuanto el potro enriendó,
Los cueros le acomodó,
Y se le sentó enseguida,
Que el hombre muestra en la vida
La astucia que Dios le dio.”*

Recuerdo Cruz haber leído la noticia de la primera operación inmobiliaria en *Blockchain* dando cuenta que se trata de una *“tecnología fundamental, con el potencial de crear nuevas bases para los sistemas económicos y sociales globales”*, y agregó que *“ofrece la posibilidad de registrar cualquier tipo de archivo digital, heredando la seguridad de la plataforma base, y permite transferir valor en la forma de acciones y títulos de propiedad. Lo hace al estar formada por cadenas de*

bloques, diseñados para evitar su modificación una vez que un dato fue publicado, mediante un sellado de tiempo confiable y un enlace a un bloque anterior”.

He aquí un aspecto de fundamental importancia que no podemos soslayar, pues sin ser expertos en temas de tecnología informática los sistemas usuales de comunicación vía Internet, tienen cada uno un algoritmo cifrado que permite saber en ambos extremos, qué ordenador fue conectado con clave privada y pública.

Vemos como de fundamental importancia que es importantísimo no ceder el control de la plataforma a terceros. Lo óptimo es que el Notariado Argentino a través del CFNA sea el que controle su propia plataforma.

A partir de ese punto la inteligencia tiene rienda suelta para imaginar las mejores soluciones y seguridades, considerando que la aspiración del Notariado de cara al futuro tiene que estar puesta en el esfuerzo para lograr el mayor grado de contralor propio en los procesos de carga, transferencia y descarga de los datos, que proporcione un grado de confiabilidad y de *“seguridad en la plataforma base”*. **Que esa propia plataforma esté bajo el manejo del Consejo Federal del Notariado Argentino sería lo ideal, logrando así neutralidad tecnológica.**

Por otra parte sería ideal que en aquellos procesos de “carga y descarga” que mencionamos, haya un notario en cada punta de manera de cerrar el círculo de seguridad jurídica que está llamado a brindar el notariado.

De esta forma aseguramos identificación o conocimiento, comprensión y por sobre todo expresión de la voluntad con capacidad y discernimiento, libre de vicios.

*“Yo he conocido cantores
Que era un gusto el escuchar
Más no quieren opinar
Y se divierten cantando
Pero yo canto opinando
Que es mi modo de cantar”*

Estos procedimientos de comunicación moderna permiten controlar el IP de cada ordenador o teléfono móvil, día, hora y geolocalización.

Notamos que es tema de fundamental importancia no soltar el timón que para nosotros está en conseguir la “Plataforma Notarial Nacional”, de otra forma el barco notarial podría zozobrar.

Por Veracruz desembarcó Cortez y con él también el Notariado.

En Argentina supieron nuestros mayores acrecentar el legado para entregar al mundo la Unión Internacional del Notariado.

Fue importante para llegar a esta estructura de *creencia pública* ir construyendo paso a paso, sobre bases firmes desde las Novelas de Justiniano, la obra de los glosadores medievales, la Constitución de Maximiliano I de Austria, la ley 25 de Ventoso del año 11 de la revolución francesa,

las leyes de Partidas y sin dudar el hecho más trascendente para el Notariado del mundo fue la creación de la Unión Internacional del Notariado, que al decir de Núñez Lagos nació entre hombres de la Pampa, con ojos de lejanía y almas de horizontes. Sus mentores fueron dos amigos que supieron sacar fruto del diálogo: José Adrián Negri y Rafael Núñez Lagos. Han sido testigos de lo que se puede mirar y ver más allá de las propias narices. Y es sabido que la fuerza de la Unión radica precisamente en la “unión”.

*“Los hermanos sean unidos
Porque ésta es la ley primera”...*

*Procuren, si son cantores,
El cantar con sentimiento,
No tiemplan el instrumento
Por solo el gusto de hablar,
Y acostúmbrense a cantar
En cosas de judamento”.*

*“Lo que pita este pincel
Ni el tiempo lo ha de borrar;
Ninguno se ha de animar
A corregirme la plana;
No pinta el que tiene gana
Sino el que sabe pintar.”*

Sin dudas la tecnología bien utilizada por el notario puede brindar seguridad. La hora exige a todos adaptación.

Ya el Papa Pío XII en ocasión de celebrarse el V Congreso de la UINL en Roma, no dudó que nuevas tecnologías nos iban a alcanzar, que lo tecnológico avanzaría en materia de la escritura, no obstante lo cual afirmó: *“¿Quién ignora el valor que vosotros aportáis a la consolidación de una comunidad tan amplia y al mantenimiento de la paz, deseada por todos los hombres de buena voluntad?”*

En la IV sesión plenaria del II Congreso Internacional del Notariado Latino en lo relativo a "Ejercicio de la Función Notarial" se aprobó como despacho: *"Para el buen ejercicio de la función notarial se requieren no sólo los requisitos de capacidad técnica, sino además una especial vocación profesional y una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo”.*

Es que el notariado estatizado es ni más ni menos la adopción del sistema comunista de Cuba, en donde el Estado *“mete sus narices”* en los actos de la vida civil de los ciudadanos, inclusive aquellos de naturaleza personal o personalísima. Por ello Carnelutti comparaba al notario con un “confesor” al cual se acude confiándole sus secretos más íntimos. No concebimos un Notariado estatizado en el sistema del Derecho Civil. Lo contrario es ni más ni menos que un avance contra las libertades individuales.

Decía Pío XII en el V Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado: *"El prestigio y la autoridad que se otorgan a una profesión liberal suponen en el interesado la presencia de dos condiciones: una **competencia técnica** reconocida y una **integridad moral** indiscutida. . . Sería inexacto concebir la función notarial como simple tarea de redacción de documentos que presentan en forma auténtica la expresión de las declaraciones de las partes. Aún cuando los descubrimientos modernos en cuanto a grabación, conservación y reproducción de la imagen y del sonido llegaran a reducir algún día a una porción magra, el trabajo del notario, considerado como "formador del documento", tendrá que intervenir siempre y desplegar su competencia profesional propia incluso antes de la redacción del documento público, ya que debe proceder a la identificación de las partes y la averiguación de su voluntad... ¿No acontece frecuentemente que las partes se presentan ante el notario sin tener una noción clara y firme de lo que desean, de los motivos que las mueven, de las formas que su acto debe revestir para ajustarse a la ley y de las consecuencias que del mismo habrán de derivarse?... El notario, por lo tanto, se esforzará en sacar a la luz todos esos elementos; pondrá de relieve lo que, según los deseos manifestados por las partes, no coincide con las disposiciones legales e incluso los principios de la justicia y de la equidad. Será de este modo el consejero de las partes y el depositario de sus secretos. El notario sabe además que ningún enunciado jurídico logra cubrir perfectamente los datos de determinado caso. ¿Cuántas veces, por lo tanto, se ve obligado a suplir su silencio o ambigüedad? A veces, incluso, irá francamente más allá de la letra de la ley para conservar mejor su intención. Ya que las mismas leyes no son algo absoluto, ceden el paso a la conciencia recta y bien formada, y se reconoce el verdadero hombre de leyes, ya sea juez, abogado o notario, por la competencia que aporta a la interpretación de los textos con vista al bien superior de los individuos y de la comunidad".*

*"Las técnicas modernas os procurarán una ayuda material, os proporcionarán buenas ganancias de tiempo y os descargarán de trabajos molestos. No **reemplazarán jamás a la verdadera ciencia del derecho ni a la conciencia profesional** entregada a hacer que en las relaciones jurídicas de los particulares triunfe la preocupación del bien común más allá de las normas contractuales que siguen siendo el medio destinado a facilitar la consecución de un fin más elevado".*

Certificados Notariales Remotos.

Antes de entrar a este tema específico, citamos a nuestra Presidente de la Unión Internacional del Notariado, Notaria Cristina N. Armella , expresarse en la RIN (Revista Internacional del Notariado), en los siguientes términos: *"La presidencia de la UINL en tiempo de pandemia. Posibilidad de convertir la crisis en oportunidad: El entorno notarial virtual seguro. Estoy persuadida en que el notariado está siendo convocado por la propia sociedad y por los centros del poder económico a prestar su ministerio de forma diferente a cómo lo venía haciendo y que los paradigmas existentes deberán mutar. Por ello **el desafío es que el propio notariado cree un sistema que posibilite la actuación presencial, pero no física, sino a distancia o remota.** Las operaciones de ejercicio y calificaciones notariales de control de capacidad, identificación y legitimación de los comparecientes, de la legalidad del contenido del acto jurídico a celebrarse, con más el asesoramiento previo tendiente a que los otorgantes presten su consentimiento perfectamente informado y libre de vicios acerca de las ulterioridades legales del caso, con especial referencia a las*

consecuencias legales y aun fiscales. Luego de la lectura y explicación del texto los comparecientes otorgan el documento y el notario lo autoriza, insuflándole la calidad de instrumento público de origen notarial”¹⁰

Con esta introducción entramos a los Certificados Notariales Remotos, cuya existencia y la posibilidad de su utilización, surgen, por una parte del propio Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 289 inciso b) admite los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios con los requisitos que establecen las leyes, si bien no hace referencia específica a la actuación notarial remota.

Por su parte la Ley 404 Orgánica del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires crea y los certificados en la Sección III, Capítulo II, artículos 96 y siguientes, particularmente los que seguidamente transcribimos:

“Certificados –

Artículo 96.- Los certificados sólo contienen declaraciones o atestaciones del notario y tienen por objeto afirmar de manera sintética la existencia de personas, documentos, cosas, hechos y situaciones jurídicas, percibidos sensorialmente por el notario.-

Artículo 97.- Deberán expresar: a. Lugar y fecha de su expedición, nombre, apellido, registro notarial y cargo del autorizante. b. Las circunstancias relacionadas con el requerimiento. c. El objeto y destino de la atestación.- No será necesaria la concurrencia ni las firmas de los interesados, salvo que, por la índole del certificado, dichos requisitos fueren indispensables. Los requisitos establecidos en los incisos b) y c) de este artículo no serán de aplicación en los supuestos de certificaciones de fotocopias, firmas o impresiones digitales. (Conforme texto Art. 29 de la Ley Nº 3.933, BOCBA Nº 3793 del 17/11/2011).

Artículo 98.- En los certificados que tuvieren por objeto autenticar firmas e impresiones digitales se hará constar, los nombres y apellidos de los firmantes, el tipo y número de sus documentos de identidad, el medio de identificación de los mismos y que las firmas o impresiones digitales han sido puestas en presencia del notario autorizante.- En caso de autenticación de firmas o impresiones digitales puestas en documentos total o parcialmente en blanco, el notario deberá hacer constar tales circunstancias. En el supuesto de documentos redactados en idioma extranjero que el notario no conociere, deberá dejar constancia de ello o podrá exigir su previa traducción, dejando también la constancia respectiva. El Colegio de Escribanos reglamentará el procedimiento a aplicar para la certificación de firmas e impresiones digitales y los documentos a utilizar para formalizar los requerimientos. (Conforme texto Art. 30 de la Ley Nº 3.933, BOCBA Nº 3793 del 17/11/2011)”.

El REGLAMENTO SOBRE CERTIFICADOS NOTARIALES REMOTOS aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 103/20, Acta 4124, del 2 de abril de 2020, modificado por Resolución Nº 112/20, Acta 4125 del 9 de abril de 2020., los regula en los siguientes términos:

PRIMERO: Los certificados a que hacen referencia los artículos 96 a 103 del Capítulo II de la Ley Orgánica Notarial 404 podrán ser requeridos en forma remota y digital, mediante la utilización de herramientas tecnológicas que aseguren la identificación del requirente.

¹⁰ RIN 126 pag. 20.

SEGUNDO: No será necesaria la firma del requirente a los efectos de habilitar la actuación del escribano en los certificados que se regulan por la presente.

TERCERO: El contenido de la certificación se ajustará a lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley Orgánica Notarial 404 y a los requisitos de forma, competencia y efectivo ejercicio de la función que la ley exige para todo documento notarial y, en especial, para cada certificado que se menciona.

CUARTO: Especialmente mediante la foja de actuación extraprotocolar digital del GEDONO, y sin perjuicio de optar por confeccionarlo en soporte papel (foja de Actuación Notarial), el escribano podrá emitir -entre otros- un certificado en el que conste aquello que percibe en forma remota a través de medios audiovisuales, dejando constancia de lo siguiente:

a) Que se ha comunicado por videoconferencia con determinada/s persona/s, quien/es dice/n llamarse de determinado modo, ser titular del documento de identidad que exhibe y domiciliarse en el lugar que expresa. En caso de actuar en representación de otra persona no es obligatorio que quede legitimada. El escribano podrá arbitrar todos los medios que estén a su alcance para verificar la identidad del requirente a los efectos de la certificación, pudiendo grabar la videoconferencia y conservarla como archivo, lo que deberá efectuar con expresa autorización del requirente.

b) Que dicha/s persona/s le/s ha/n exhibido un documento físico y realizado una breve descripción del contenido del mismo.

c) Que dicha/s persona/s ha/n firmado el documento físico descrito en el acto de la videoconferencia, lo que debe surgir claramente del certificado.

d) Que el requirente ha escaneado el documento que individualiza como aquel suscripto por él y que se lo ha enviado por medios digitales al escribano en formato que pueda ser transformado a formato PDF, con copia de su/s respectivo/s DNI o documento/s con el cual se ha identificado, a excepción que lo sea por conocimiento del notario.

e) Que el escribano confecciona el certificado con las constancias requeridas, al cual adjunta el/los documento/s escaneado/s que se menciona/n en el inciso anterior.

QUINTO: En caso de haber confeccionado el certificado en foja de Actuación Notarial en soporte físico, se deberá adjuntar el documento original firmado por el requirente a la certificación notarial.

SEXTO: El documento original firmado por el requirente y la copia escaneada del mismo ligada a la certificación, deberán coincidir totalmente. De no coincidir y/o de no estar agregado el documento original a la certificación en caso de ser ésta en soporte físico, ésta carecerá de eficacia jurídica como documento notarial.

SÉPTIMO: Será requisito para la aplicación del presente que el escribano se halle en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires durante la videoconferencia y al momento de expedir la certificación.

OCTAVO: El procedimiento descrito deberá cumplimentarse en los demás certificados previstos en la ley, en tanto la naturaleza del documento así lo requiera, limitándose a dejar constancia de la realidad percibida mediante el soporte audiovisual.

NOVENO: El certificado que regula este reglamento no reemplaza en su eficacia a la certificación notarial de las firmas, pudiendo tener el valor probatorio que le confiere el art.314, 1er párrafo del CCCN.

DÉCIMO: Este reglamento entrará en vigencia desde el 2 de abril de 2020, fecha en que se aprobó la resolución del Consejo Directivo y se dispuso su ejecución sin esperar la aprobación del acta.

DÉCIMO PRIMERO: Comuníquese al notariado de la demarcación y a los Departamentos del Colegio de Escribanos que se encuentren afectados, instruyéndolos para que puedan otorgar la colaboración necesaria.

De la lectura de las normas surgen dos posibilidades: a) Certificar mediante foja de actuación extraprotocolar digital del GEDONO; o b) optar por confeccionarlo en soporte papel (foja de Actuación Notarial), y el certificado en foja de Actuación Notarial en soporte físico, se deberá adjuntar el documento original firmado por el requirente a la certificación notarial.

El Colegio de Escribanos de CABA aprobó recientemente el denominado “REGLAMENTO DE CERTIFICACIÓN DE FIRMAS E IMPRESIONES DIGITALES UNIFICADO”, conforme al cual “los escribanos certificarán firmas de manera presencial en documentos en soporte papel y en soporte digital y de manera remota o virtual en documentos en soporte digital” (art. 2).

“El requerimiento de la certificación en los documentos en soporte digital, sea de manera presencial o remota o virtual, no tendrá reflejo documental y bastará completar el formulario digital para cada caso habilitado por el Colegio de Escribanos en el Sistema de Certificaciones de Firmas (SCF). (art. 4)

En cuanto a las certificaciones digitales, están tratadas en el Capítulo IV, que transcribimos:

“CAPÍTULO VI — Certificación de Firmas de manera virtual o remota por el Sistema de Certificaciones de Firmas (SCF) en documentos digitales.

Art. 22°. El requerimiento será hecho completando el formulario habilitado a tal fin en el Sistema de Certificaciones de Firmas (SCF).

Art. 23°. Son requisitos para certificar firmas de manera virtual o remota: a) Generar una reunión desde el SCF. b) Tener una reunión en una sala virtual en presencia del escribano y del requirente utilizando el servicio de videoconferencias del Colegio de Escribanos. c) En caso de identificar al requirente de acuerdo al art. 306 inc. a) del CCC, el escribano debe utilizar el servicio de validación de identidad del SCF siempre que la persona sea argentina o tenga D.N.I. d) Que el documento digital sea firmado y gestionado mediante el SCF. e) Expedir la certificación mediante el GEDONO y con firma digital.

Art. 24°. La firma del documento digital será gestionada mediante el SCF al que deberá subirse el documento digital a ser firmado. El requirente estampará su firma en su propio dispositivo electrónico en presencia virtual, remota o digital del escribano mediante el uso de un lápiz óptico o haciendo su firma con su dedo en la pantalla de su celular.

Art. 25°. La certificación de la/s firma/s será realizada por el escribano mediante el uso de la foja especial de GEDONO y con su firma digital. A tales fines deberá respetar los requisitos establecidos en este reglamento para las certificaciones y circunstanciar el requerimiento y el proceso de firma.

Art. 26°. Las actas de certificación de Gedono serán numeradas correlativamente a partir de la número uno para cada matrícula, debiendo respetarse estrictamente el orden cronológico y numérico, tanto del acta como del número preimpreso de la hoja digital. En caso de anulación, fuere por error, desistimiento o cualquier otra causa, el acta mantendrá el número de orden que le correspondiere.

Art. 27°. Si el escribano por haber tomado la firma fuera de su domicilio profesional o por razones de fuerza mayor, no pudiere generar en GEDONO la foja de certificación de firmas el mismo día de la reunión

virtual, podrá firmar dicha foja el primer día hábil siguiente haciendo constar la fecha en que se efectuó el requerimiento.”

Ahora bien, respecto de “la firma del requirente” a que se refiere el artículo 24, no es la firma digital normada en el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación, sino más bien aquella firma que se conoce como “firma electrónica” porque carece de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital (art. 5° de la Ley 25.506).

Ya dijimos que a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, más que “cosificarse” los actos jurídicos precisan adquirir “*permanencia*”, característica que también puede obtenerse a través de medios digitales, y que no solo en soporte papel puede permanecer un acto jurídico sino también en soporte digital, y si bien entrando en el campo de una realidad virtual intangible, el acto permanecerá almacenado en una memoria digital y será susceptible de visualización o impresión.

La firma puesta utilizando un “lápiz óptico” parecería ser firma ológrafa. Es prácticamente idéntica desde que es escrita con la mano de su autor, más allá de que el soporte sea papel o digital. No se nos escapa que existe diferencia en cuanto a la “representación” de la firma si se imprime posteriormente. Sin embargo estas firmas pueden ser objeto de peritaje caligráfico, según averiguamos, y poniendo a disposición del perito el aparato electrónico en el que se firmó “*quedará constancia en archivos informáticos que facilitarán datos concretos y exactos en materia aspectos tan fundamentales de la escritura como la hora exacta de su realización, y la presión y la velocidad inherentes a ésta con expresa información acerca del tiempo que se ha empleado por su autor en su ejecución*”.

Al respecto la ley 15.506 dispone en el artículo 6°: “*Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.*”

Aunque en la firma “ológrafa” es el tercero quien debe probar si se desconoce la firma (art. 314, Código Civil y Comercial), en la firma “digital” se presume iuris tantum la autoría.

Recordemos que el artículo 286 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “*Expresión escrita. La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*”.

Siguiendo a Pelosi, “*la certificación sobre autenticidad de las firmas puestas al pie de un documento privado no modifica la forma congénita de éste. Solo es instrumento público la certificación en sí misma por el valor probatorio que de ella emana respecto de los extremos que el escribano, en el ejercicio de sus funciones y cumpliendo con los requisitos de forma establecidos, atestigua como ejecutados en su presencia*”¹¹

La Competencia.-

¹¹ PELOSI, Carlos A., “Las certificaciones de firmas”, Revista del Notariado N° 659, p. 712.

Sin dudas que en la actuación notarial es necesario el análisis de la competencia tanto territorial como material. La primera se refiere al ámbito geográfico y la segunda a la materia u objetivo, como órbita jurídica dentro de la cual puede actuar el Notario con adecuada capacidad o aptitud de obrar.

En cuanto a la primera – competencia territorial limitada – como expresaba Martínez Segovia, “*permite que se ejercite con más verdad y menores riesgos la importante misión de dar fe de conocimiento de los otorgantes*”. Para agregar “*En una jurisdicción territorial extensa o en una competencia material demasiado restringida que provoca demasiados otorgamientos en manos de un mismo notario, es posible afirmar que la fe de conocimiento se suele dar con defectuoso cumplimiento de las normas éticas y aún de las de la ley, arriesgando la seguridad jurídica, fin primordial de la función*”¹²

Una adecuada competencia territorial hace a la distribución del trabajo notarial acorde y bien proporcionada, asegura al notario la procuración honorable de los medios para su propia subsistencia, que por otra parte asegura a la ciudadanía su mejor y más independiente prestación del servicio notarial.

Sin duda que debe afianzarse en la Ética, porque si ésta falla, la competencia territorial será permanentemente vulnerada. Y ya vimos que interesa al notariado su capacitación profesional y científica, pero más aún su honestidad. Al decir de Pío XII “*una competencia técnica reconocida y una integridad moral indiscutida*”.

Aquel “hombre de la buena fe” al que se refería Carnelutti cuando expresaba: “*En resumen, el Notario tiene una misión específica, propia. Yo la he asimilado más de una vez a la del confesor. Por esto he visto que en Italia, al menos, la fama del Notario descansa mejor que sobre su capacidad técnica, sobre su idoneidad moral, es decir, sobre su honestidad*”.¹³

En segundo lugar nos parecería acertado *hacer camino* de a poco con las “certificaciones digitales” limitándolas en cuanto a la materia objeto de la certificación que son hechos constatados. Por de pronto en el Grupo de Trabajo sobre las Nuevas Tecnologías en el ámbito de la UINL se intercambian opiniones en el sentido de dar lugar al documento notarial digital para aquellos actos destinados a la circulación (como certificaciones, poderes y otros actos unilaterales o en los que no existan intereses contrapuestos) siendo preferible en otros casos o cuando estén en juego bienes inmuebles, mantener la actuación del notario del lugar del mismo.

El tercer aspecto no menos importante a considerar es la necesidad de un acuerdo marco en el ámbito del Consejo Federal del Notariado Argentino que ponga orden en estos aspectos y encause las futuras modificaciones legales que serán necesarias en cada una de las veinticuatro jurisdicciones notariales que componen la República Argentina, a fin de lograr una adaptación del Notariado al mundo digital en armonía.

La organización federal del notariado en Argentina, distribuye la competencia territorial posibilitando el acceso al servicio que el notariado brinda a los ciudadanos, velando también por los

¹² MARTINEZ SEGOVIA, Francisco, “Función Notarial”, Delta Editora, pag. 238.

¹³ CARNELUTTI, Francesco – Conferencia citada : “La Figura Jurídica del Notario”, pag. 130

medios para la subsistencia propia del notario y su bienestar.

Respecto de la competencia material decía Pelosi que proviene del infinitivo latino *competere*, que significa lo que nos pertenece, se nos concede o corresponde. Se utiliza también para dar idea de idoneidad y en síntesis, afirma, *es la aptitud legal atribuida a un órgano o profesión*. Es un concepto similar al de capacidad del derecho civil¹⁴. Es decir que esa competencia debe estar atribuida en la ley.

Cassagne afirma que: "...la competencia se distingue de la capacidad del Derecho Privado (donde ésta constituye la regla o principio general) por constituir excepción a la regla, que es la incompetencia".¹⁵

Es decir que en esto se distancia del concepto de "capacidad" en el cuál la misma es la regla, mientras que en la "competencia" al contrario debe estar legalmente asignada, y además es de interpretación restrictiva.

Un ejemplo claro de incompetencia por razón de la materia que trae a colación Orelle es el impedimento del jefe de Registro Civil para otorgar una escritura de compraventa inmobiliaria.¹⁶

Otro similar utiliza Machado al decir, comentando el 980 del Código de Vélez, que "el escribano con registro no puede extender un acta de matrimonio, porque sus facultades se refieren a los demás contratos o declaraciones de voluntad determinadas por la ley, un acto semejante sería completamente nulo y no produciría obligación".¹⁷

Para Orelle, respecto de actos de Derecho Privado, la competencia es – como principio esencial – notarial.

Entonces, si la competencia es la aptitud legal atribuida al órgano o profesión, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no cabe otra que concluir que los Certificados Notariales a los que legisla en la Sección III, Capítulo II, artículos 96 a 98, están admitidos.

Ahora bien, la forma digital de realizar la certificación es una herramienta, que no "estira" la competencia.

Ya hemos afirmado que las herramientas digitales son solo herramientas, que de ninguna manera pueden reemplazar lo esencial del notariado. En un tempo ya remoto la máquina de escribir reemplazó como herramienta la escritura manual del documento notarial, pero no al notario.

La Inmediación.

¹⁴PELOSI Carlos A – "El Documento Notarial". Astrea 1980, página 129/130

¹⁵CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, Lexis Nexis, octava edición, t. I, Buenos Aires, 2006, p. 253.

¹⁶ORELLE José María en Belluscio Zannoni Código Civil Tomo 4, nota 3 al artículo 980, página 499

¹⁷MACHADO José Olegario Exposición y comentario del Código Civil Argentino Bs As 1915 2ª Edición

Se dice que, así como la Novela 44 de Justiniano incrustó la fe notarial en el propio documento, por así decirlo, también trajo consigo la regla de la inmediatez al imponer al tabelión que por sí mismo, *“ipsis per se”*, reciba la rogación, y esté entre las partes, *“intersint”*, mientras el documento se absuelve.

Cabe entonces la pregunta: presencia por videoconferencia, ¿es presencia?.

“Donde no hay casualidad
Suele estar la providencia.”

Vamos a ver: si estamos seguros que hablamos o nos comunicamos con la persona que vemos y oímos?. Si lo afirmamos lo será el campo de nuestra responsabilidad objetiva. ¿Porqué negarlo utilizando el argumento de presencia física?.

*“Es pobre mi pensamiento
Es escasa mi razón;
Más pa’ dar contestación
Mi inorancia no me arredra;
También da chispa la piedra
Si la golpea el eslabón.”*

No obstante la pandemia del Covid 19 y el aislamiento social nos estamos relacionando y comunicando permanentemente por videoconferencias y otros medios que ofrecen las nuevas tecnologías. Jamás se había visto tanta oferta en materia de capacitaciones, por ejemplo.

El Código Civil de Vélez Sarsfield – con una visión sin dudas futurista - al comentar el artículo 973 que define la forma de los actos jurídicos, tiene una muy interesante y visionaria nota con cita a Ortolán, en la que leemos: *“...”Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico, pero ¿cuáles serán esos actos exteriores que darán a los actos jurídicos una forma sensible?...”*

Pues ahora puede ser encadenada – por así decirlo - en el éter.

Fantástico descubrimiento que da origen a la Era Digital. Cada una de estas comunicaciones ha tenido seguramente su IP, “Internet Protocol” o “Protocolo de Internet” una asignación de contraseña cifrada binariamente, o una dirección única e irrepetible en cada dispositivo de comunicación.

Cada dispositivo utiliza para las intercomunicaciones una dirección IP privada asignada a cada router. El router a su vez asigna direcciones IP privadas a cada dispositivo.

Por tanto será posible conocer y probar cuáles han sido los equipos u ordenadores participantes de una videoconferencia, por ejemplo.

El Congreso de la Nación utiliza para las sesiones de sus Cámaras los medios digitales. Así se puede constatar en el portal institucional (hcdn.gob.ar) de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Se avanzó en el desarrollo de un sistema de verificación de la identidad en reuniones virtuales, a través de un acuerdo existente con ReNaPer; y se trabajó de forma coordinada en la elaboración de alternativas para llevar adelante sesiones telemáticas excepcionales, entre otras cosas.

Recientemente se ha visto a un diputado nacional en actitud indecorosa en plena sesión virtual de la Honorable Cámara lo que motivó su renuncia prácticamente en forma inmediata. Estimamos que nadie que presenció esa reunión, por los medios de comunicación, que duda que pasó lo que pasó.

Decía el Viejo Vizcacha:

*A naidas tengas envidia
Es muy triste el envidiar.
Cuando veas a otro ganar
A estorbarlo no te metas
Cada lechón en su teta
Es el modo de mamar.*

También la Cámara de Diputados es Autoridad de Registro para la certificación de Firma Digital, validada por la ONTI (Oficina de Tecnologías de Información). De esta manera, asiste a funcionarios y diputados/as para el registro de su firma digital, y además permite la validación de documentos a distancia. La firma digital habilita un tratamiento más ágil de expedientes internos y un avance en el camino hacia la despapelización de la HCDN.

Por su parte la Presidencia de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación en fecha 04 de Mayo de 2.020 dictó Decreto 0008/20 disponiendo la realización *de sesiones en carácter remoto o virtual mediante videoconferencia*.

Sabemos que la IGJ en Capital Federal y otros organismos similares en otras jurisdicciones, permiten realizar reuniones de los órganos sociales (asambleas, directorios, gerencias) a través de medios electrónicos o digitales. Por la resolución 11/2020 se habilita a las sociedades comerciales y entidades civiles inscriptas en el organismo, a celebrar sus reuniones en forma remota aun cuando no lo prevean sus estatutos societarios.

Por su parte el Gobierno Nacional por Resolución Conjunta 6/2020 del Ministerio de Salud, Administración Nacional de la Seguridad Social y la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas motorizó la *“Plataforma Federal del Certificado Digital de Hechos Vitales”* que permitiría a los jubilados y pensionados no movilizarse más para obtener la *“Fe de vida”*. También se podría utilizar para que los recién nacidos obtengan sus *certificados de nacimiento de manera simplificada*.

Lo digital está en marcha. Ello provoca que la intermediación a la que se refería Justiniano en su Novela 44 deba ser repensada porque *“también da chispa la piedra si la golpea ese eslabón”*.

De todas maneras es algo que debe replantearse para cuando interviene el “sujeto instrumental” que no sería el caso del Certificado Digital Remoto.

La moderna tecnología hace difícil sostener la falta de inmediatez. Ya lo decía Ortolán: *una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante.*

No cabe duda que el camino exige adaptarse a los cambios.

El propio Código Civil y Comercial consagra el principio de la libertad de formas (art. 284). La expresión escrita que puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados (arts. 286 y 287)), la firma digital (art. 288) o la utilización de medios electrónicos para el contrato, si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico (art. 1.106).

Amigo Fierro, Dios no permita que la “inmediatez” pueda provocar el suicidio.

El concepto es solo un vehículo que permite llegar a formar el convencimiento. El Notario capta con sus sentidos y reproduce lo visto y oído en el documento notarial (físico o digital) con la plus valía de la creencia pública que importa. Admitimos que en un caso la percepción es directa y en los otros a través del ordenador o dispositivo electrónico. Pero es el Notario el que debe procurar por todos los medios a su alcance llegar a la percepción de los hechos.

Es posible obrar dentro de un marco de seguridad jurídica mediante la utilización de las herramientas digitales. Si el certificado digital remoto emitido por el notario, guarda dentro de sí al instrumento certificado -“incrustándolo” por así decirlo en la misma certificación - evidentemente se lograría un grado de seguridad plausible. Hemos visto que una de las posibilidades es el empleo de la función Hasth.

El derecho no permanece inerte, como una fotografía de los abuelos. Es algo vivo que se va haciendo, acomodando y evoluciona acorde a las necesidades de los ciudadanos. Se conoce el fenómeno como “función social del derecho”.

En cuanto al valor probatorio, el Documento Notarial conforme ya lo expresamos y surge del art. 296 CCyCN *“hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.”*

*“En la cruzada hay peligros
Pero ni aún eso me aterra;
Yo ruedo sobre la tierra
Arrastro por mi destino*

*Y si erramos el camino...
No es el primero que lo erra."*

*"No hemos de perder el rumbo,
Los dos somos güena yunta;
El que es gaucho va ande apunta,
Aunque inore ande se encuentra;
Pa el lao en que el sol se dentra
Dueblan los pastos la punta"*

El Grupo de Trabajo sobre las Nuevas Tecnologías en el ámbito de la UINL – al que hicimos mención - propuso el "Decálogo para las escrituras notariales a distancia" que fuera en su momento tratado y aprobado por el Consejo de Dirección el 26/02/2021 y luego por el Consejo General en su reunión del 02/07/2021. Al respecto dice: *"La escritura notarial a distancia lleva a reinterpretar el principio de inmediación en la comparecencia y a cambiar las formas de contacto de las partes con el notario interviniente. Lo importante no es la presencia física ante el notario, sino la comparecencia directa con el notario que es responsable de la autenticación, aunque sea a través de una plataforma tecnológica".*

Sin dudas existen normas en el derecho positivo nacional e internacional que tienen que ser repensadas y adecuadas.

Por último, reproduciendo en esta parte el Decálogo aprobado en la UINL para el uso de los medios tecnológicos a distancia, *"la tecnología debe ser una herramienta al servicio del notario en el cumplimiento de sus obligaciones en el ejercicio de la función pública notarial, al identificar al requirente, calificar su capacidad y discernimiento y controlar la ausencia de vicios del consentimiento y legitimarlo en su accionar. En definitiva, es el notario el que debe responder personalmente por su conducta que debe ajustarse a la ley que lo rige y a los principios y fundamentos del notariado latino".*

Posibilidad de utilizar La función Hash en el Certificado:

¿Qué es una función Hash?

Si buscamos "Cointelegraph" utilizando Internet, podemos leer que "Una función hash trabaja en base a tomar una serie de datos que son organizados en una serie de "bloque de datos".

Estos bloques de datos son luego sometidos a una serie de procesos matemáticos y lógicos que los transforman en una cadena alfanumérica única, irrepetible y de longitud fija. En dicha cadena se plasma toda la información de los bloques de datos sometidos al proceso de hashing."

En otros términos, esta función comprime una gran cantidad de datos en una cadena pequeña, irrepetible y de longitud fija. Por eso se dice también que son funciones de resumen o funciones de verificación.

Este funcionamiento presenta una enorme ventaja. Y es que, el proceso de hashing solo puede hacerse en un sentido. Es decir, es imposible obtener los datos originales de los bloques teniendo tan solo el resultado en nuestras manos. Gracias a esto es posible crear un documento digital, someterlo a un proceso de hashing y usar dicho resultado como una prueba de autenticidad y no modificación. Esto pues cualquier modificación que se realice en el documento dará como resultado un hash distinto y podremos advertir la manipulación del mismo.

Si bien la seguridad absoluta no existe, las funciones hash actuales aparecen como seguras y confiables.

Agrega el artículo que comentamos que existen funciones más seguras que otras. Especialmente cuando hablamos de funciones certificadas o bien estudiadas como el caso de SHA-256 o SHA-512. Pero en todos los casos, la seguridad de las funciones hash actuales garantizan que nadie podrá saltarse su seguridad.

Por ejemplo SHA-256 es una función muy utilizada y catalogada como muy segura. Para que un hacker logre romper SHA-256 necesitaría un enorme poder computacional. Tanto que ni todas las supercomputadoras del mundo le bastarían para lograrlo en un corto periodo de tiempo. Si en lugar de SHA-256, nombramos funciones como SHA-3 (Keccak), Blake3 o Scrypt este nivel de seguridad aumenta exponencialmente.

Con esta tecnología resulta posible referenciar con el hash el documento cuya firma, por ejemplo, certifica el Notario incorporándolo íntegramente al "Certificado Notarial Digital". Eso permite utilizando la función hash comprimir en el Certificado Notarial Digital todo el texto que se ha firmado.

En nuestros tiempos existen varias funciones hash completamente útiles y con amplia difusión, entre estas podemos mencionar: MD5 , que posteriormente se mejoró a por SHA-1 y ésta a su vez por la función SHA-256 es considerado el hash estándar de la industria. Se estima que es muy seguro.

SHA-256 por su seguridad, se dice fue elegido como algoritmo para la creación de la criptomoneda Bitcoin. La función SHA-256 da como resultado una cadena de texto compuesta por 64 caracteres. Así por ejemplo, un archivo de texto que tenga la siguiente cadena de texto "Hola mundo!" ha de leerse o dará como resultado el siguiente hash SHA-256 que combina letras y números: 226d3bded5198fb5f2a79c3d72e704e5fe8e8524273c7d9bafa85077dc4ea7f6.

Hoy se habla ya de la función SHA-3, como de más avanzada.

Documentos muy voluminosos o tal vez de tediosa transcripción en papel pueden ser representarse nuevamente, con todas las cláusulas del documento, mediante la aplicación de la función *hash*.

Una vez logrado el acuerdo, puede ser firmado digitalmente y además al aplicársele la función hash incorporado al "Certificado Digital Notarial" que firmará digitalmente el notario, con la evidente ventaja de la inalterabilidad, porque si en el camino sufre o experimenta alguna modificación la cadena del Hash se rompe y se altera (deja de ser la misma).

Contratos, cláusulas y anexos, acordados por medios electrónicos y firmados digitalmente e incorporados mediante su Hash al “Certificado Digital Notarial”. Si en algo es cambiado automáticamente se modifica el hash.

Si se puede “incrustar” el “Certificado Digital Remoto” el texto del documento mediante el hashing, se simplifica absolutamente todo, porque el mismo certificado contiene el documento que ha sido objeto de certificación y que habrá sido negociado previamente por los contratantes por medios electrónicos, no dejando duda alguna de cuál es el texto del contrato consensuado y firmado digitalmente.

Si se usa firma ológrafa, puede ser contenido el contrato en unos cuantos párrafos que hagan mención en el encabezamiento a su título, datos de las partes y todas las cláusulas pueden quedar condensadas en un hash.

Se dice que cuando se firma digitalmente un documento electrónico lo que se firma es el hash del ese documento que lo contiene y representa.

Si en cambio el instrumento se firma de forma ológrafa, puede contenerse en un breve texto que refuerza el hash que a su vez será el mismo que el notario deberá referenciar en su certificación remota.

El Notariado tiene el gran desafío: o se adapta, o será adaptado por otros.

Segunda digresión:

Documentos Notariales de Extraña Jurisdicción.-

Es el gran tema del Notariado Argentino y es un conflicto de vieja data y tiene relación con lo que venimos tratando en este trabajo.

Toca en mayor grado a los intereses de los escribanos de la Ciudad Autónoma y de la Provincia de Buenos Aires, aunque también existe en todas las jurisdicciones, algunas de las cuales han adoptado distintas formas de “defensa” del trabajo notarial derivado de las riquezas locales, en algunos casos haciendo más gravosas las alícuotas del impuesto de sellos, en otras estableciendo un aporte al Colegio, en todos los casos si la escritura es autorizada por un escribano de otra jurisdicción. Persiste a pesar del paso del tiempo, sin solución aún y es alimentado por un fuego que se genera en el conflicto de intereses, tema al que nos referimos más adelante.

Cabe recordar algunas de las normas legales que hacen a esta cuestión, comenzando por la Constitución Nacional.

Ella dispone en el artículo 7 que *“Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”*.

El artículo 16: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”*

Artículo 42- *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.*

Por el artículo 43 se regula la acción de amparo,... *“siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.....”*

En concordancia el art 293 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: *“Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.”* Similar disposición ya se había introducido por la Ley 24441 como último párrafo del art 980 del Código Civil de Vélez. La misma ley también agregó al art. 997 un último párrafo (el que curiosamente no se encuentra en el nuevo Código) que rezaba: *“Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no podrán imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente”.*

En el Código Civil y Comercial de la Nación también se consideró el derecho de los usuarios y consumidores, amparados por los artículos 1092 a 1122.

Por su parte la ley registral 17.801, incorporada al Código Civil, en el artículo 6º determina: *“La situación registral sólo variará a petición de: a) El autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal; b) Quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. Cuando por ley local estas tareas estuvieren asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petición deberá ser formulada con su intervención”.*

El Poder tributario:

En cuanto al poder tributario, sabido es que por el régimen federal de nuestra organización política, la Constitución Nacional establece en el art. 121, que el gobierno federal ostenta potestades limitadas, pues sólo posee las que le fueron delegadas por las provincias, mientras que éstas conservan amplios y originarios poderes tributarios, con la sola excepción mencionada de aquellas potestades delegadas al gobierno federal.

También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mantiene facultades tributarias propias, como si fuese una provincia más, junto a las que integra el sistema federal argentino concurriendo con ellas al régimen de Coparticipación previsto en el art. 75 inciso 2 de la Constitución Nacional.

Dentro de las potestades no delegadas, es lógico que puedan regular y crear tributos.

La Corte ha dicho "...escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301).

En lo que al impuesto de sellos se refiere, que es uno de los incluidos en las potestades tributarias provinciales, se aplican (o deberían aplicarse) como en todo el orden jurídico, los principios generales del derecho (equidad, igualdad, libertad, razonabilidad, etc). En realidad todas las imposiciones tributarias deberían ajustarse a ellos.

En particular, en este impuesto, existe un principio que se denomina "*instrumentalidad*" y que significa que el impuesto de sellos se genera y aplica a los actos jurídicos por el hecho de su existencia material, con independencia de la eficacia de los mismos.

Para su aplicación el instrumento debe crear o modificar obligaciones o transferir o extinguir derechos.

Sin "instrumento", no hay impuesto. Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Grainco Pampa S.A. c/Provincia de La Pampa s/Contencioso administrativo*".

Conflicto de intereses:

El conflicto existe. Tiene su explicación en la "macrocefalia argentina" fenómeno que produce efectos injustos o no queridos, como que gran parte de los capitales y de la población se concentren en la gran urbe. Al fenómeno de la concentración de la población se suma el de los negocios y empresas.

Se ensayaron formas de evitar el flujo de la riqueza provincial hacia la Capital que actúa como una "aspiradora". En algunos casos se intentó hacer más onerosa su instrumentación si no se otorga ante escribano local.

Se discutió en el seno del CFNA en varias oportunidades y algún remedio se pensó para las Cajas Previsionales. En la I Asamblea Anual del Consejo Federal celebrada en la ciudad de La Plata en el año 2.004, se analizó que es posible defender los aportes a las cajas notariales del lugar de ubicación del inmueble. A tal fin se suscribió una Declaración por parte de los colegios notariales en cuyas partes pertinentes se expresa: 3) *Que se debe respetar el pago de los aportes a las Cajas Previsionales y Colegios Notariales del lugar de ubicación de los inmuebles, los que no podrán ser superiores a los establecidos para los Notarios de la respectiva demarcación.-* 4) *Que por lo*

expuesto, cabe instar a los Colegios Notariales del país, para el caso de corresponder, a efectos de impulsar las modificaciones legales pertinentes para ajustarlas al contenido de la presente....”

Y así por ejemplo, la Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires percibe un aporte cuando se trata de una escritura de extraña jurisdicción. Previo al ingreso del documento al Registro de la Propiedad de la ciudad autónoma de Buenos Aires, el escribano debe presentar la constancia del pago del aporte a dicha caja, que se adhiere al documento a fin de acreditar el cumplimiento del aporte. Igual criterio se aplica en algunas provincias.

La intervención notarial conjunta:

Creemos sinceramente que los intereses de los notarios pueden armonizarse.

El notario que es requerido para autorizar una escritura referida a un inmueble de extraña jurisdicción, requiere por lo general la participación del escribano del lugar en que está situado el inmueble. Es normal también que se pacten o compartan honorarios.

Desde los tiempos de Platón se dice que las buenas actitudes tienen su sustento en las virtudes del alma, mientras que las malas en los vicios, que por cierto los tenemos y muchos.

Es lógico pensar que toda tarea tenga su retribución y es lógico y natural que la retribución sea justa y convenida dentro de parámetros razonables. Vislumbramos un único camino: llegar a acuerdos justos dentro del marco ético que debe ser el Norte del notariado. El marco tiene que trazarse en el ámbito del Consejo Federal del Notariado Argentino.

La actuación del escribano local es importante. Aquellas tareas u “operaciones de ejercicio predocumentales”, que mencionaba el maestro Martínez Segovia, hacen a dar mayor seguridad jurídica.

Ya hemos visto que el accionar del notariado se necesita mucho de capacidad y aptitud profesional, pero mucho más de honestidad y ética profesional. Por esto mismo José Adrián Negri expresaba: *“...Mantener, sostener y exigir el estricto cumplimiento de las normas de ética profesional”*.

Tenemos en frente un gran desafío: remozar y adoptar en cada jurisdicción Códigos de Ética que tipifiquen las conductas y que establezcan procedimientos y sanciones.

La Fe pública y el Notariado.

Eduardo J. Couture afirmaba que *“el concepto de fe pública se asocia a la Función Notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. El escribano da fe de cuanto ha percibido “ex proprii sensibus” ; y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es, además, pública. ... la fe pública resulta ser, en último término, una particular forma de representación de los hechos jurídicos, tendiente a que, tanto en el comercio humano como en un*

eventual proceso ulterior, esos hechos sean admitidos tal como los ha percibido, interpretado y representado en su documento el escribano”¹⁸

Por su parte Pelosi decía “ Es necesario es decir, también, que por aplicación del art. 979, inciso 2° del Código Civil (refiriéndose al Código de Vélez) los documentos notariales extraprotocolares son instrumentos públicos. En tal sentido, existe actualmente abundante jurisprudencia referida, especialmente, a las certificaciones de firma. Pero fue necesario recorrer un largo camino para que la doctrina civilista y la jurisprudencia llegaran a este reconocimiento. El antiguo concepto de que el escribano sólo podía dar fe en el protocolo fue abandonado paulatinamente. Las leyes notariales al reconocer competencia funcional a los escribanos para intervenir en la facción de distintos documentos extraprotocolares terminó con aquel criterio erróneo.”¹⁹

Francesco Carnelutti enseñaba a distinguir entre “acto” y “documento” y que “al Notario no se va sólo para que “haga” el documento o, mejor, para que lo dote de una cierta eficacia probatoria o lo invista de fe pública; al Notario se va a algo más y es necesario ir buscando en su misión otras funciones que la exclusiva de documentar. Más aún, si tenemos en cuenta los progresos científicos que la técnica nos presenta cada día podremos decir que si el Notario fuera exclusivamente un mero documentador, estaría en trance de desaparecer porque con los progresos de la fotografía, de la cinta magnetofónica, etc., esa función de plasmar una declaración de voluntad en un documento de modo que no quepa ninguna duda acerca de su autenticidad, se llegará a realizar por medios puramente mecánicos y más que suficientes para los fines pretendidos.

Sin embargo, el Notario tiene algo más que hacer, y estas consideraciones son las que nos llevan a la conclusión de que efectivamente esta misión de documentar es lo accesorio en el Notario. De ahí la injusticia que supone llamarles, como en algunos países, “escribanos”, puesto que si por ser lo más aparente - sobre todo en base de la consideración histórica del desarrollo del Notariado - puede confundirse la misión puramente adjetiva de documentar con su esencia, es preciso ir mucho más lejos para encontrar la verdad.

El Notario lo que hace en realidad es interpretar, “traducir” --en su auténtico sentido etimológico: de trans ducere, llevar a - la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, “ligar la Ley al hecho”.²⁰

Al Notario se va a algo más... y nos preguntamos en estas charlas desensilladas entre Cruz y Fierro si lo acaecido en la videoconferencia u otro medio similar significa percibir sensorialmente hechos.

Pero algo ocurre que hay algo que a todos nos saca de esquemas preconcebidos y nos pone a pensar en la revolución que traen consigo las nuevas tecnologías a las que el Notariado se os adapta o lo adaptan o tenderá a desaparecer.

¹⁸ COUTURE, Eduardo J. - “El Concepto de Fe Pública” Introducción al Estudio del Derecho Notarial - BIBLIOTECA DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO SECCIÓN III LXXIII – Montevideo 1954, pag. 37 y stes

¹⁹ PELOSI, Carlos A. - “El Documento Notarial”. Astrea 1980, pág. 252.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco - “La Figura Jurídica del Notario” - disertación de Francesco Carnelutti en la Academia Matrilense del Notariado – Revista Internacional del Notariado año 1950 págs. 120-130

La necesidad cuando es cubierta satisfactoriamente por el Notariado hace a su razón de ser y la velocidad con que se desarrollan los cambios nos empuja a adaptarnos prestamente y bajo la amenaza de ser sustituidos.

La hora exige cambios, tanto como el reinventar esquemas notariales y formas sin renunciar a bases sólidas. El derecho es viviente y por ello se adapta a las necesidades y empuja al Notariado. Siempre fue el mismo Notariado creador del Derecho al decir del distinguido Notario Néstor O. Pérez Lozano.

Nunca se debe perder de vista que la *necesidad de dotar de permanencia a los actos* siempre existirá y con ella el notariado adaptado a los nuevos tiempos. Nuestra comunidad nos exige la excelencia en el servicio, eficiencia con valor agregado de seguridad jurídica, y por supuesto que el notario siga siendo aquella "persona honesta". Se ha dicho y es sabido que al notariado podrá faltarle ciencia pero jamás honestidad.

*"Muchas cosas pierde el hombre
Que a veces las vuelve a hallar;
Pero les debo enseñar,
Y es bueno que lo recuerden;
Si la vergüenza se pierde
Jamás se vuelve a encontrar".*

Decía José Adrián Negri: *"Si el notariado quiere ponerse a tono con las exigencias de la vida moderna, si el notariado quiere mantener su rango de institución de primordial importancia en el mundo jurídico, social y económico de la sociedad del porvenir, ha de marchar unido hacia sus grandes destinos, o sucumbirá inevitablemente en forma de un organismo de Estado, sin alma, sin vida, sin calor, sin el espíritu de servir, que le ha venido caracterizando".-*

Tercera digresión.-

Como se ha hecho largo el camino, vamos a desensillar hasta que aclare. Mientras tanto, para saborear con los mates en el fogón, va esta reflexión de Nuñez Lagos.

La rama "notarial" dentro del Derecho

Dentro de la unidad total del Derecho positivo ¿cabe una rama notarial de igual manera que hay una rama comercial, procesal o administrativa?

Hay tres hechos innegables:

a) Existencia de una función pública notarial.

b) Existencia del instrumento público.

c) Existencia de una legislación notarial, esto es, la legislación que regula la función y los instrumentos públicos notariales.

a) *Función pública notarial. En el Derecho Administrativo se comprenden la organización y funcionamiento de todos los servicios públicos del Estado. Hay dos servicios públicos que, históricamente al menos, han quedado fuera del Derecho administrativo: los de "Justicia" y "fe pública".*

El primero pertenece al Derecho procesal: el segundo a la legislación notarial.

La organización de ambos servicios es por naturaleza. Derecho administrativo.

Sin embargo, los principios generales del Derecho administrativo (designación de funcionarios, su misión, su control, sus actos o decisiones, sus reglas de competencia, su jerarquía y el régimen de recursos) no son aplicables ni a la Justicia ni a la fe pública notarial. ¿Se podrá atribuir este hecho a la teoría de la división de poderes? ¿En tal caso cómo se explicaría en cuanto al notariado? ¿O es que el notariado pertenece como antaño al poder judicial?

Hay un hecho incontestable: el acto notarial no es un acto administrativo.

No está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de "formación de la forma" y preconstitución de la prueba de los actos auténticos) que queda fuera del Derecho administrativo.

Tenemos así un primer hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula en el Derecho de la Administración. Ha sido excluida del Derecho Administrativo.

Únicamente ciertas reglas, en cuanto a designación, traslados y ceses de los notarios, pueden pertenecer al Derecho administrativo (en igual medida que respecto a Jueces y Magistrados). Es más, con arreglo a su naturaleza, tales normas son desde luego de carácter administrativo, porque el acto del Gobierno que designa a un notario (o a un Magistrado) es desde luego, un acto administrativo. (Porque es acto del Gobierno y no del notario.) Tal vez sea forzoso concluir que, dogmáticamente, la organización y funcionamiento del notariado - lo mismo que la de la Magistratura- sea, intrínsecamente, Derecho administrativo. Mas no se puede negar el hecho de que la organización y funcionamiento de la Justicia y la del notariado, se ha encomendado, en todos los países, a sus legislaciones especiales. De esta manera la organización del notariado presenta un volumen de normas orgánicas específicas y diferenciales que se desgajan y se repelen del Derecho administrativo para integrarse en la legislación notarial. El carácter de profesional del notario, su sistema de retribución por arancel, su organización gremial o corporativa, su separación del poder judicial, su especial organización jerárquica, su autonomía y sus instituciones mutualistas, de una parte, y de otra el régimen jurídico del instrumento público, hacen que sus normas orgánicas y funcionales en todos los países hayan sido desplazadas del Derecho administrativo nacional, por lo que deben ser recogidas en el Derecho notarial. Esta legislación "orgánica" del notariado, probablemente, no transforma su naturaleza jurídica de Derecho administrativo; pero, al referirse al notariado, en régimen excepcional o, por lo menos, por completo, al margen del Derecho administrativo común, indudablemente cambia el objeto o contenido de la norma y también el modo de su vigencia, por cuanto los órganos de su aplicación son distintos, la remuneración, la jerarquía, la disciplina, las sanciones y las vías de justicia (recursos) son diferentes.

b) *Existencia del instrumento público. Hay una clase de documentos públicos que están autorizados por el Notario y que se llaman por lo menos a partir del siglo XIII, instrumentos públicos.*

El instrumento público es, pues, muy anterior a las codificaciones del siglo XIX. Lo que equivale a decir que la ley que regula el instrumento público cualquiera que sea su fecha, es anterior al Código Civil. En Francia y en España las leyes del notariado son anteriores a los Códigos civiles y tuvieron vigencia, simultáneamente, con el Derecho antiguo, anterior al Código. En otros países, con leyes notariales más modernas, el fenómeno es el mismo, por cuanto dichas leyes han recogido normas notariales más antiguas.

Las normas formales referentes al instrumento público están contenidas en las leyes notariales, a partir de la Ley del Ventoso; y los Códigos civiles no hablan de la forma de los instrumentos públicos, sino de la forma de los negocios jurídicos. El Derecho notarial es un Derecho formal, instrumental y no un Derecho contractual. Naturalmente, que el notario maneja, en proporciones ingentes, el Derecho contractual. También el ingeniero maneja y disciplina el agua en las turbinas, y no se puede decir que la "ingeniería" sea agua.

El instrumento público tiene, pues, una vieja legislación distinta de los Códigos civiles y, además tiene en estos Códigos civiles, un número determinado de preceptos de forma y prueba del negocio y de eficacia del instrumento que, por su naturaleza, son estrictamente notariales.

e) Existencia de una legislación notarial. De los dos apartados anteriores hemos llegado a la conclusión de que existe una legislación notarial.

Este es el hecho: en todos los países, incluso en el sistema anglosajón, existe una legislación notarial.

La Responsabilidad.

Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación nos permiten afirmar que se trata en primer lugar de evitar que el daño ocurra. Por ello se busca la prevención y por ello mismo el artículo 1710 pone en cabeza de "toda persona" el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar daño no justificado; adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca el daño o disminuir su magnitud y no agravar el daño, si ya se produjo.

Esa prevención se debe ejercitar siempre que una acción u omisión haga previsible la producción del daño (art. 1711), no siendo exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

*Vamos dentrando recién
A la parte más sentida,
Aunque es todita mi vida
De males una cadena
A cada alma dolorida
Le gusta cantar sus penas.*

Los Notarios, con mayor razón y en atención a que se les confiere la seguridad jurídica y protección a los ciudadanos, deben poner toda la diligencia y cuidados para evitar que el daño se

produzca. Ya vimos en los “Fundamentos” de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial, que “... la esencia de la Función Notarial es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes”.

Por otra parte el Código Civil y Comercial de la Nación, se refiere en forma particular a las profesionales liberales en estos términos:

Art. 1768.- *“Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ma., de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.*

Opina Aida Kemelmajer de Carlucci que hay dos puntos de partida originarios en cuanto a la responsabilidad profesional, y que “*hoy están recogidos por los arts. 1 y 2 del CCyCN y aceptados por la doctrina mayoritaria. Me refiero concretamente a los siguientes: (a) la aplicación e interpretación de las normas y la valoración de la prueba de los hechos están guiadas por las garantías constitucionales implicadas (así, por ej., la responsabilidad médica debe analizarse a la luz del derecho a la salud; la del abogado, según el derecho a la tutela judicial efectiva; la del notario, conforme la garantía de seguridad jurídica, etc.); (b) el derecho de los consumidores también incide, pese a lo dispuesto por el art. 2 de la ley específica, si se trata de servicios vinculados a “la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42 CN).*”²¹

Sigue diciendo que la función preventiva del Notario en todas las actividades que desarrolla es significativa, pero la doctrina coincide en que la más importante, o como mínimo, la que la hace peculiar respecto de otros profesionales, es su función fedataria. *En los últimos tiempos, el principio de buena fe y el derecho de los consumidores han extendido significativamente su obligación de información y de consejo. La función preventiva atribuida a la responsabilidad civil en forma expresa en los arts. 1708 y 1710/1713 también incide sobre estos y otros deberes.”*

Estamos contestes en que el Código Civil y Comercial de la Nación mantiene la distinción entre obligaciones de medios y de resultados (arts. 774, 1723 y 1768).

Y es claro, por lo que vemos, que al Notario se va en busca de un resultado que descansa en la seguridad jurídica que brinda al ciudadano con su intervención.

Para Kemelmajer de Carlucci, “*esto incide sobre el factor de atribución, desde que, según el art. 1723 del CCyCN “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.*

Para liberarse el Notario deberá probar el rompimiento del nexo causal (en el caso que haya existido culpa de las partes o de un tercero), no siendo suficiente que haya obrado sin culpa: “el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario” (art. 1722).

²¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída - LA RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO EN LA JURISPRUDENCIA DEL SIGLO XXI – Revista *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho de la UBA - pag 180

Porque lo que tiene que brindar el Notario es un continente válido como decíamos anteriormente, (hablábamos de “la botella” como decíamos Cruz y Fierro), mientras que el “contenido” (“el vino”) ya depende de las partes intervinientes, de allí que los vicios que puedan afectarlo son cuestiones que en principio no dependen del notario.

En el campo de la actuación notarial remota, por supuesto que se ha de extremar todo recaudo posible para brindar la seguridad y certeza que la ciudadanía pretende y espera de la actuación notarial, lo que significa extremar todas las precauciones. La existencia de la PLATAFORMA NOTARIAL NACIONAL controlada por el propio notariado es un aspecto de suma importancia en materia de responsabilidad.

Por último y ya ensillando los fletes para emprender nuestro camino, dejamos a los distinguidos lectores un consejo para que sean precavidos en el uso de las nuevas tecnologías y también un agradecimiento a Nuestra Madre de Luján que nos permitió escribir este ensayo.

*“Un padre que da consejos
Más que padre es un amigo;
Así, como tal les digo.
Que vivan con precaución:
Nadie sabe en qué rincón
Se oculta el que es su enemigo.”*

*“Gracias le doy a la Virgen,
Gracias le doy al Señor,
Porque entre tanto rigor
Y habiendo perdido tanto,
No perdí mi amor al canto
Ni mi voz como cantor.”*

En esta acción de repensar al Notariado Argentino frente a las herramientas de las nuevas tecnologías que la “era digital nos quedaría para cerrar repetir con José Hernández una profunda reflexión:

*Los hermanos sean unidos
Porque esa es la ley primera.
Tengan unión verdadera
En cualquier tiempo que sea,
Porque si entre ellos se pelean,
Los devoran los de afuera”*

CRUZ Y FIERRO