

DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

La naturaleza jurídica del documento notarial. (Estudio comparativo de las sentencias judiciales y las escrituras públicas)

POR **SEBASTIÁN JUSTO COSOLA** (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Alcance de la justicia.- III. Las *sentencias judiciales*.- IV. En torno a las escrituras públicas.- V. Cuestiones provenientes de los estudios comparativos entre las sentencias y las escrituras públicas.- VI. Conclusiones del método comparativo efectuado.- VII. La justicia y el documento notarial.- VIII. El documento notarial como elemento y argumento de decisión jurídica.- IX. La naturaleza del documento notarial decisorio.- X. Referencias.

Resumen: el presente ensayo presenta una nueva consideración de la naturaleza de jurídica del documento notarial, a partir de la utilización del método comparativo con las sentencias judiciales. Se pretende corroborar que el documento público que realiza el notario decide el derecho en la paz. En esencia, es un instrumento decisorio.

Palabras claves: escritura pública - sentencia judicial - realismo - naturaleza decisoria - fundamentos

The legal nature of the notarial document (Comparative study of judicial rulings and public deeds)

Abstract: his essay presents a new consideration of the legal nature of the notarial document, based on the use of the comparative method with judicial rulings. The aim is to corroborate that the public document made by the notary decides the right in peace. In essence, it is a decision-making instrument.

Keywords: public deed - judicial ruling - realism - decision-making nature - foundations

(*) Abogado y Escribano, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Doctor en Derecho, Universidad Austral, UNA. Rector de la Universidad Notarial Argentina (UNA). Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado. Esp. en Documentación y Contratación Notarial (UNA). Posgraduado y Especialista en Derecho de los Contratos y Daños, Universidad de Salamanca. Prof. Titular, Adjunto o Asociado (de grado y postgrado) de Derecho Notarial, Derechos de los contratos y ética de las profesiones jurídicas: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA); Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) y Universidad Notarial Argentina. Ex presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Ex Becario del Consejo General del Notariado Español. Consejero superior titular por el claustro de docentes (UNNOBA).

I. Introducción (1)

La seguridad jurídica es el valor considerado como un estandarte primario de la *función notarial*. Desde la *función notarial*, la seguridad se estudia como una consecuencia mediata e inmediata del *documento notarial* elaborado a conciencia, con ley, uso y razón. Así, se ha afirmado lo siguiente: “No hay otra seguridad jurídica en el derecho notarial, que la derivada del instrumento público generada por el notario” (Muñoz Rivera, 2014, p. 75).

Este razonamiento empero, no deja de reconocer la circunstancia fundamental que consolida al *documento notarial* con la seguridad: la puesta en práctica de los deberes éticos notariales aplicados anteriores a la confirmación documental, ya que son ellos lo que permiten una adecuada estructuración del documento, que, hecho de acuerdo a esas condiciones, desprenderá sin dudas la máxima consolidación posible del principio de la seguridad jurídica en su faz *preventiva* (Cosola, 2013, p. 235). Desde allí que el notariado advierta una cierta preocupación por plantear antes de la concreción de la labor documental, las posibles contingencias y desafíos que esto traerá aparejado, acciones que otorgan previsibilidad frente a los temores, y planteo de las defensas frente a las posibles vicisitudes posteriores.

En algún tiempo y lugar, *Vallet de Goytisolo* trazó la pauta de lo que pretendo, alcance a comprenderse naturalmente en este ensayo, desprendida lógicamente de la singularidad propia y característica de la función notarial:

El notario tiene frente a los demás juristas una posición ventajosa para apreciar esa intersección de las normas y los hechos; es decir, la vida jurídica (...). El catedrático tiene una visión del derecho preponderantemente teórica; el juez y el abogado, una visión patológica, ven al derecho cuando sufre alguna enfermedad, cuando no funciona normalmente. El notario lo ve desenvolverse y desarrollarse en su normalidad; tiene de él una visión puramente vital. (Vallet de Goytisolo, 1992, p. 423)

A lo largo y a lo ancho de la historia, la seguridad jurídica, baluarte del iluminismo y de la época de los códigos decimonónicos promovidos luego de la revolución francesa, fue y sigue siendo un paradigma esencial de la función notarial. Sin embargo, el presente siglo postula a la justicia como valor superior del derecho; un valor que encuentra su primera fuente en la Constitución Nacional, en las normas, y también, como en ninguna otra época, en los valores y principios que el derecho postula para alcanzar la máxima valoración de una conducta (conducta justa) a

(1) Para ampliar los temas tratados en el presente ensayo, sobre todo en el desarrollo de la fuerza y potencia cartular externa e interna del documento notarial ver: Cosola, S. J. (2020). *El documento Notarial en el Código Civil y Comercial*. Astrea.

través de la argumentación jurídica, resultado de la “*multiculturización*” del arte jurídico contemporáneo.

II. Alcance de la justicia

Nuestro paso por la *Facultad de Derecho* nos ha enseñado a comprender que, mientras que de los documentos notariales y administrativos emerge el valor de la seguridad jurídica, de las sentencias judiciales emerge el valor justicia. Es decir, entendemos, comprendemos que lo justo únicamente se puede advertir desde la sentencia que determina, frente al conflicto, quien tiene razón de justicia y quien no la tiene. Hay aquí una confusión que es preciso aclarar: el juez que decide la controversia, en base a criterios emergentes de la sana crítica, fundamenta su razonar desde una enorme cantidad de pruebas que lo llevan a concluir una idea que sostendrá como fundamento de su sentencia. El juez decide esa justicia que falta en el caso que le ha sido adjudicado, porque las personas no se han puesto de acuerdo en distribuir equitativamente, lo justo para cada cual. Cuando este sucede, el juez, con poder decisorio, precisamente, decide quién tiene razón o quien no la tiene, de nuevo, teniendo en cuenta un sinnúmero de criterios a los que puede recurrir de acuerdo a los parámetros que se encuentren comprometidos.

Sin embargo, muy a pesar de lo antedicho, el análisis de la justicia como valor del derecho es bastante más amplio y ciertamente complejo. La determinación de los derechos y deberes de la ciudadanía depende de los tres tipos de relaciones de justicia conocidos desde *Aristóteles* y considerados en su total esplendor *desde Santo Tomas de Aquino*, en donde la *deuda* que cada uno guarda con su semejante adquiere distintas características y el derecho presenta rasgos diferentes (Hervada, 2007, p. 53):

- a) *Justicia conmutativa*, referida a lo debido entre personas -físicas y morales- (Hervada, 2007, p. 54);
- b) *Justicia distributiva*, referida a lo debido por la colectividad al individuo (Hervada, 2007, p. 55);
- c) *Justicia legal*, referente a lo debido por el individuo a la colectividad (Hervada, 2007, p. 63).

Conforme con *Aristóteles*, hay una *justicia general* y unas formas de *justicia particular* (2) (Vallet de Goytisolo, 1972, p. 15). La *justicia general* explica porque no puede reducirse la justicia a un simple valor entre tantos otros, mientras que las formas particulares de justicia se encuentran representadas por la *justicia*

(2) Cfr. Vallet De Goytisolo, J. B. (1973). *En torno al derecho natural*, p. 15. Sala Editorial.

conmutativa, que en proporción aritmética regula las relaciones individuales de una parte con la otra, y la *justicia distributiva* que por otro lado en proporción geométrica, viene a regular la relación del todo con las partes en la distribución de los bienes y de las cargas comunes (Vallet de Goytisolo, 1972, p. 15). Ambas son las más elementales ordenaciones del bien común, porque la justicia general es la que proporciona la más ardua ordenación en su recto sentido, que es menos matemática, y más difícil de manejar: el *bien común* (Vallet de Goytisolo, 1972, p. 16).

II.1. La justicia conmutativa

En el primer supuesto de *justicia conmutativa*, la relación de deuda surge por el intercambio de bienes o por apoderamiento de los bienes del otro (Hervada, 2007, p. 54). Entran en esto supuesto la acción de intercambio de cosas (Compra-venta, arrendamiento); la acción de traslación de una cosa (comodato, depósito) y el respecto al derecho ajeno (si no hay respeto, se genera un daño que genera restitución y compensación). Lo justo se mide aquí mediante la igualdad *aritmética*, medida que depende de la identidad o cualidad y valor de las cosas. En definitiva, lo que se exige es la igualdad de la *contraprestación* (Portela, 2006, p. 27). Estamos en presencia de una justicia igualitaria que no mide lo justo en razón de las personas, sino de las cosas (Hervada, 2007, p. 54). La medida de lo justo es la perfecta y justa igualdad, una *igualdad real*, aunque la igualdad absoluta de las cosas reconoce su base en la igualdad de las personas, porque toda persona se presenta ante otra según “su nuda condición de sujeto o titular de derecho, condición que es exactamente igual a todos” (Hervada, 2007, p. 54). La justicia conmutativa entre personas presenta las conmutaciones o intercambios como sus actos principales (Hervada, 2007, p. 55).

Debe advertirse, además, que, si bien la forma más típica de *justicia conmutativa es el contrato*, cierto es que al referirse a la relación de un individuo para con otro individuo, los términos de esa relación muchas veces sobrepasan los referidos al contrato. En virtud de ello es que algunos autores amplían los supuestos a la fidelidad entre los esposos, o las relaciones amicales de los hombres entre sí (Portela, 2006, p. 28).

Es así que la justicia conmutativa cumple su función, en esencia, en el acuerdo sin conflicto entre las personas que desean realizar algún tipo de transacción o intercambio, confiando en que el mismo será beneficioso para ambas partes. Estamos posicionados dentro de un marco en principio, alejado del conflicto, de la controversia. Un marco en donde no es necesaria una sentencia que determine “quien tiene la razón” sino que eso “justo” puede emerger de un documento notarial al que las partes voluntariamente acceden para iniciar, proyectar y finalizar el acuerdo al que en paz y equitativamente han arribado, que gozará de efectos ejecutivos, probatorios y conservatorios emergentes de la norma.

Para poder alcanzar la cabal comprensión de lo antedicho, se me impone realizar un estudio comparativo entre la sentencia judicial y la escritura pública, para lograr una visualización de ambas instituciones, esencialmente complejas, que proyectan seguridad jurídica, sobre derechos ya *decididos*, en procura de alcanzar la máxima efectividad.

III. Las sentencias judiciales

Alfredo Rocco consideraba que, en las relaciones ordinarias de la vida, la satisfacción de los intereses protegidos por la norma jurídica en general, es cumplida de manera espontánea por los propios interesados (Rocco, 2003, p. 16). Sin embargo, en determinadas circunstancias, las personas desmerecen a las normas en razón de tener motivos que se resumen en dos clases:

- a) Incierta tutela concedida por el derecho a algunos intereses concretos (Rocco, 2003, p. 17);
- b) Incumplimiento de mala voluntad de quien tiene que acatar la norma que tutela el interés como caso menos frecuente (Rocco, 2003, p. 19).

Es por esta razón que se justifica la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es esencialmente la contribución a la realización de los intereses previstos por el derecho objetivo, pero cuando por alguna de esas circunstancias la tutela resulta ser ineficaz, o lo que es lo mismo, cuando las normas generales de conducta encuentran por algún motivo ciertos obstáculos para su efectiva actuación (Rocco, 2003, p. 22). En este esquema, la función jurisdiccional presenta tres funciones distintas:

- a) Función de acreditar el derecho del caso concreto;
- b) Función de realización forzosa del interés tutelado por la norma, y
- c) Función de conservación del estado existente *en espera del acreditamiento y de la realización*. (Rocco, 2003, p. 56)

La sentencia es un acto de declaración del juez, que resume la función jurisdiccional y tiende a definir una *litis* que ocurre en un determinado proceso con el fin de hacer efectivo el mantenimiento del orden jurídico (Capolupo de Duradoña y Vedia, 1999, p. 7). La actividad que las partes y el juez desarrollan en el proceso, persigue el fin común de definición de la controversia, a través de la declaración judicial de existencia o inexistencia de una voluntad legislativa que garantice la pretensión tanto del actor como del demandado. Sobre esto, se acuerda que la sentencia aplica la ley preexistente (Capolupo Duradoña y Vedia, 1999, p. 10), aunque se suele disentir en afirmar que la misma implica ya sea una mera declaración del derecho anteriormente establecido, o una nueva creación (de aquí que se admita en doctrina el tratamiento de la sentencia como *hecho*, como *derecho* y

como *documento* (3)). Para muchos autores, la sentencia se conforma con un acto mental del juez, que contiene un juicio lógico, y en apreciación de algunos otros autores, contiene además un acto de voluntad del juez (Capolupo de Duradoña y Vedia, 1999, p. 59).

La sentencia es, en esencia, lo siguiente:

El acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés. (Rocco, 2003, p. 57)

A través de la sentencia, el juez cumple con distintos objetivos, entre los que se destacan los referidos a la culminación del deber de pronunciamiento, al ejercicio del enjuiciamiento representando al poder de la jurisdicción, la elaboración de un fallo con consecuencias de derecho o la creación de normas jurídicas (Gozaíni, 1996, p. 239). En este sentido, la misma viene a ser un tipo de decisión judicial que entre otros fines, persigue *resolver las diferencias con una manifestación definitiva*, y esa es la razón por la cual, al momento de analizar su naturaleza jurídica, se suele considerar a la elaboración de la sentencia como “un proceso lógico que consiste en confrontar los hechos expuestos en la demanda con los que el derecho establece para su aplicación”.

La sentencia es sólo un tipo de resolución judicial –aunque la más importante–, y es el acto del órgano jurisdiccional en cuya virtud se decide actuar o denegar la actuación de la pretensión o petición (*extra*) *contenciosa* que fuera objeto del proceso (Borthwick, 2001, p. 373). En resumen, las sentencias judiciales son el fruto de elaboración de un juez que piensa, estudia, razona y aplica el derecho que corresponde al caso concreto de acuerdo a su noble saber y entender (hoy, *razonabilidad judicial*). Lógicamente, le resultará imposible al juez apartarse de las leyes que ordenan un determinado comportamiento, pero a través de la sana crítica racional podrá argumentar el derecho de la mejor manera que le parezca posible, convencido que la solución es justa y apropiada para el caso en cuestión. A través

(3) Como *hecho*, la sentencia se asimila a un fenómeno resultante de la actividad del hombre o de la naturaleza (siendo la actividad del juez puramente externa que prescinde de su contenido y de la voluntad jurídica), mientras que como acto pasa a considerarse como una apreciación intelectual, un proceso crítico del cual forma parte la lógica y también la voluntad, y por ello mismo como acto, la misma se presenta como una operación de carácter crítico de los hechos, en la búsqueda de la verdad, lugar en donde el cual se perfila el juez como un verdadero historiador que compulsula documentos, escucha testigos, aprecia el parecer de los especialistas y saca conclusiones de los hechos ocurridos. Finalmente, en su faz de documento, la sentencia es un instrumento público que se constituye como elemento material e indispensable para reflejar sus efectos y su existencia hacia el mundo jurídico, que refleja la expresión del juicio del juez acerca de una cuestión determinada que ha sido sometida a su decisión.

de la sentencia entonces, el juez decide y dice el derecho, sobre casos jurídicos fáciles, y también sobre casos jurídicos difíciles, que como recuerda *Manuel Atienza*, pueden serlo por diversas razones que pueden ocurrir en pluralidad o en singularidad, ya sea porque no existe –o no está claro que exista- norma jurídica válida que sea aplicable al caso, o porque existe la norma pero con una interpretación problemática; también por la dificultad de adecuar la producción de los hechos a lo prescripto por la norma, y finalmente por el reconocimiento de la producción de los hechos pero no así de su calificación jurídica (Atienza, 1997, p. 149).

III.1. Las “respuestas” a las sentencias. La teoría de la impugnación procesal y los dictámenes consultivos

Los ordenamientos jurídicos proveen al hombre de las herramientas necesarias para que quien ha sido desfavorecido tanto por una sentencia como por un determinado laudo, pueda ejercer el derecho de *recurrir* hacia otras instancias en búsqueda de otra respuesta diferente que satisfaga de mejor manera sus (aparentemente) convincentes pretensiones. De esta forma, la teoría de la *impugnación procesal* es la que decide la *firmeza de la sentencia*, a través de la aplicación o no concreción de las *vías impugnativas*, y dentro de ellas, de los *recursos procesales* (Borthwick, 2001, p. 313). De ahí que existan los recursos y sus diferentes clases y modos de ejercicio, hasta el límite que el orden jurídico establezca en aras de la necesidad de la *cosa juzgada*.

Sin embargo, hay un tema que merece particular atención. El hecho de la *cosa juzgada* cobra vital importancia, y permite que el principio de *seguridad jurídica* sea el que triunfe, siempre y cuando no se solicite un pedido de opinión -de acuerdo a la naturaleza de la causa y si es que estuviese previsto-, frente a la inminente fundamentación de la decisión judicial instrumentada, de eminente carácter consultivo. La mayor parte de los países de raigambre romanista como el nuestro adscribe a estas posibilidades, sobre todo en ciertos temas trascendentes. Y es bueno tener en consideración que, en esa especie de vía también *recursiva*, no únicamente se persigue el dictado de una sentencia, sino lo que es aún más trascendente; la emisión de una fundada opinión, que se justifica en la experticia, en los sabios consejos prudenciales, y en la comprensión del derecho en su desarrollo multicultural. Desde mi perspectiva, las opiniones de los Consejos Consultivos, en infinidad de ocasiones, suelen ser tan relevantes como las sentencias que deciden el derecho, porque precisamente son las que dan las pautas para *decidir ese derecho en pugna* (4) (Quiroga Lavié, 1995, p. 120).

(4) La decisión en la causa “*Miguel Ángel Ekmekdjian c/ Gerardo Sofovich y otros*” es quizás la más paradigmática para traer aquí como ejemplo. En la misma se impone en la Corte Nacional una decisión judicial fundamentada en derecho, pero especialmente en una fuente de indudable valor como

De todo lo antedicho entonces puede concluirse lo siguiente:

- a) El primer principio general en materia de derecho procesal es que la sentencia, para resguardar el valor justicia, siempre va a estar sujeta a revisión, hasta que el derecho establezca, para cada caso en particular y también en protección a la seguridad jurídica, que existe la *cosa juzgada* (Guibourg, 2017).
- b) Muy a pesar de ello, la sentencia que aun posea el beneficio de la cosa juzgada, puede inclusive ser ampliamente debatida a partir de la emisión de una opinión de un consejo consultivo (no habría motivos suficientes para negar una opinión consultiva aun luego de dictada la sentencia), y aunque la opinión por esencia y naturaleza no sea vinculante, podrá generar sin duda doctrina a su favor o en su contra, y lo que es más importante: la posibilidad que otra jurisprudencia adopte esos lineamientos y cambie definitivamente el rumbo de lo que hasta ese momento se había consolidado judicialmente.

Con lo expuesto no se trata entonces de desconocer las bondades y virtudes del sistema judicial, sino de explicar, en modo eminentemente comparativo, la fuerza del documento notarial y su comparación con la emergente de la sentencia,

una opinión consultiva emitida por un organismo internacional tan trascendente como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el seno del Pacto de San José de Costa Rica (CSJN. Fallos 315:1492). Recordemos que, en ese caso trascendental, se estaba en presencia de la supuesta imposibilidad del ejercicio de derecho a réplica porque el mismo *no había sido reglamentado por el Congreso Nacional aunque si estaba reconocido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica*. De los apartados 21 y 22 del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede extraerse lo siguiente: “Ante la consulta hecha a dicho tribunal (se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá “en las condiciones que establezca la ley”, quiere decir que dicho derecho solo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta a favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Opinión consultiva ...) Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el artículo 14.1 “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” y que la frase “en las condiciones que establece la ley” se refiere a cuestiones tales como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuando debe publicarse la respuesta una vez recibida, en que lapso puede ejercerse el derecho, que terminología es admisible, etc. (...) Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medida que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin” (CSJN. Fallos 315: 1514). V. especialmente CIDDHH. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del derecho de Rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre DDHH).

ambos instrumentos con publicidad cartular intrínseca y extrínseca que deciden el derecho. Quizás por ello autores como *Carlos Gattari* hayan desarrollado estudios formidables que intentan comparar las actividades del juez y del escribano en relación con la certeza y con la seguridad jurídica que emergen de sus respectivas actuaciones, desde la propia aplicación del proloquio «*iura novit curia*», que como principio y según el autor, es una atribución que la naturaleza atribuye a ambos juristas por igual (1974, p. 15).

IV. En torno a las escrituras públicas

La *escritura pública* es el *documento notarial principal, protocolar* y con valor de *instrumento público* (Etchegaray-Capurro, 2011, p. 275). El *Código Civil y Comercial de La Nación* brinda una definición de la escritura pública, donde se destacan como elementos esenciales de las mismas la matricidad, el protocolo, el autor y el contenido (Armella, 2015, p. 760). El documento notarial por excelencia es la *escritura pública* (D'Alessio, 2015, p. 159), y desde mi posición, la escritura pública es el *documento notarial auténtico* por antonomasia (5).

Los autores en general acuerdan en darle a la escritura el valor trascendente del que goza en la actualidad; sin embargo, dentro del estudio del *derecho notarial sustantivo*, una de las cuestiones que realzan la atención del jurista es la que refiere a las innumerables y diferentes denominaciones que se escogen para designar lo mismo. Al igual que en el desarrollo del documento notarial, la cuestión conceptual tiene aquí una relevancia especial. Algunos autores se refieren a las escrituras públicas y se encargan de definir y precisar el alcance de sus conceptos (6). Otros en cambio, advierten que la escritura pública es un instrumento público, o al menos, su especie más importante (7), y a esto se agrega que su contenido principal en el acto o negocio jurídico allí contenido que es autorizado por un notario en ejercicio de sus funciones, ya que la escritura, como conocimiento para el derecho, *constituye los hechos y los dichos de la audiencia notarial* (Gattari, 2008, p. 53). En otra sintonía, autores clásicos en cambio se refieren al instrumento público notarial, y dentro de su seno, al análisis de la escritura pública (8). Dentro de esta última consideración, hay casos absolutamente particulares, que diferencian

(5) Tan importante y medular es para el notariado la referencia a la *escritura pública*, que autores como *Rubén Lamber* han optado oportunamente, por denominar *la escritura pública* a su obra quizás más trascendente, comprensiva a del derecho notarial y registral, civil, comercial y patrimonial de incidencia en el ejercicio de la función fedante. V. Lamber, R. A. (2003-2006). *La escritura pública*, IV Tomos. Fen.

(6) Por ejemplo, José Adrian Negri, Argentino I. Neri y José María Mustapich.

(7) Es el caso de María Teresita Acquarone, Adriana Nélide Abella y José María R. Orelle.

(8) Es el evidente caso de Carlos Emérito González, de quien fuera uno de sus discípulos, Rubén Augusto Lamber y del procesalista uruguayo Eduardo Couture.

específicamente el acto notarial, el instrumento público y el negocio jurídico en forma elogiosa y contundente (Carminio Castagno, 2006, p. 31). Finalmente, debe considerarse que la mayoría de los autores insisten en referirse al *documento notarial* y a su especie principal, la *escritura pública* (9), aunque esta alocución no se encuentre, por ejemplo, en alguna publicación tradicional como la *clásica Enciclopedia Jurídica Omeba* que sí recepta al instrumento público (Boffi Boggero, 1996, p. 211).

De manera que como primera reflexión puede argumentarse que el artículo intenta por primera vez instaurar una suerte de *definición* al describir que la escritura es el instrumento matriz extendido en el *protocolo*. Con esto se destaca un aspecto esencial de la misma de acuerdo a la doctrina mayoritaria, aunque a la luz de los tiempos actuales, la misma resulta inconclusa por ser diminuta. De los propios fundamentos de la comisión redactora del cuerpo normativo unificado vigente, se desprende que la verdadera función notarial no es simplemente la de dar fe, sino la de proteger y resguardar los actos trascendentes que la ciudadanía ha confiado a la institución (10). En otras palabras, se admite que una de las notas características del documento notarial actual no es la que destaca únicamente su confección, sino la elaboración notarial del derecho *previa* a la instrumentación, comprendida entre otros quehaceres, por los *deberes éticos notariales aplicados* que el escribano *capta y aplica por evidencia* durante el transcurso de la *creación notarial del derecho*. Toda esta teoría inclusive se aplica a las *actas notariales*, que el ordenamiento unificado actual trata y desarrolla en una especie de *novedad legislativa* (11). Desde aquí que el tratamiento de la fe notarial como valor –en

(9) Puede citarse aquí a Cristina Noemí Armella, Eduardo Bautista Pondé, Carlos A. Pelosi, Francisco Martínez Segovia, Mario Antonio Zinny y Carlos Marcelo D’Alessio entre tantos otros.

(10) Todo esto se encuentra descrito de manera clara y contundente en los fundamentos que la comisión redactora elevara oportunamente al Poder Ejecutivo del entonces anteproyecto de reforma, al referirse al conjunto de solemnidades de los documentos matrices: “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”.

(11) Como novedad en materia de técnica legislativa se incorporan las actas notariales al cuerpo del Código Civil y Comercial de La Nación, sin dejar de recordar que en el Código de Vélez estaban consideradas en la enumeración meramente enunciativa que se advertía en la parte general de los instrumentos públicos. Se conceptualiza a las actas dentro de la teoría del instrumento público, autorizado por notario competente, a requerimiento de una persona, con interés legítimo y que tiene por objeto constatar la realidad o verdad de un hecho que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. No obstante lo antedicho, ya se venía enseñando que las actas no tienen un contenido negocial, sino esencialmente probatorio, por lo que en ellas se trata de documentar acciones o hechos. Otros autores advierten en cambio que las actas son instrumentos públicos que tienen por misión la autenticación, comprobación y fijación de hechos. La doctrina extranjera

doble perspectiva- y la imparcialidad notarial como virtud sobre trascendencia en el presente estudio.

En suma, el notario tiene una manera de decir el derecho a partir de la voluntad libre e igualitaria de las partes que requieren de sus servicios, y esa es la conformación y estructuración de la escritura pública, contenedora de hechos o de actos jurídicos. A partir de la autorización, la misma se esmerará por consolidar el derecho en la paz.

IV.1. Las respuestas a las escrituras públicas. Teoría general de las ineficacias y la impugnación de la autenticidad

Las doctrinas tradicionales de nuestro país han entendido a la nulidad como una sanción de carácter legal que priva de sus efectos propios a los actos jurídicos en virtud de una causa existente en el momento de la celebración (Llambías, 1991, p. 565). Dentro del esquema normativo, puede ocurrir un hecho *perfecto*, que es el correspondiente con lo que el mismo esquema dispone -conformación del hecho jurídico-, o también puede existir un hecho *imperfecto* cuando hay o existe ausencia de cualquiera de sus elementos componentes (Nieto Blanc, 2005, p. 28). De ahí entonces que el concepto de validez sea la contracara del de invalidez, o mejor dicho, que la invalidez se defina a partir de la validez.

Al considerar las anormalidades del acto jurídico, la doctrina comienza a tratar los supuestos dentro de lo que se considera, una teoría general de las ineficacias. Al hablar de ineficacias entonces, se consideran los efectos del acto en su ser, en su sustancia; la estructura del mismo no satisface todos los requisitos que impone la ley para efectivamente ser un acto jurídico (Alterini, Angelani, Corna y Vázquez, 1997). En definitiva, puede decirse que dentro de la teoría general de las ineficacias se encuentran instituciones de los más variados orígenes, dentro de los cuales es posible distinguir aquellas causales que provienen de vicios existentes en el momento mismo de la formación del acto (Lloveras de Resk, 1991, p. 3), siendo entonces la nulidad una sanción de invalidez prescripta por la ley que sufre el acto

parece coincidir con estas apreciaciones, al mismo momento de reconocer que lo que existe en ellas es un mero hecho, y por esa razón, misión del notario es únicamente ver y oír, sin penetrar en el fondo del asunto, limitando su actuación únicamente a la narración de los hechos, no manipulando ni alterando los sucesos tal cual acontecen en su presencia. El Código en referencia describe también los requisitos que tiene que cumplir el escribano o notario al momento de realizarlas. El principio general reenvía a las actas, como primera medida, a los requisitos de las *escrituras públicas*. Sin embargo, es bueno tener en cuenta que la conformación estructural de las actas es totalmente diferente a la de la escritura negocial. Mientras que en estas las estipulaciones o declaraciones encuentran reposo en el orden previsto que sigue los lineamientos de la fe pública, las actas lo que existe son dos partes bien diferenciadas: a) el acto del requerimiento y b) el acto del diligenciamiento.

jurídico por adolecer de un defecto constitutivo. De ahí que la autora comparta que el propio concepto de nulidad encierra la idea de que la misma es una sanción, únicamente establecida por la ley, que ocurre frente a la existencia de un vicio en el acto consistente en la falta o carencia de algún requisito o cualidad que debía estar en el presente de acuerdo a lo ordenado en la propia ley.

Sobre esto, debe reconocerse que desde hace algún tiempo relevante, esta afirmación viene siendo puesta en duda por autorizada doctrina, que contrariamente ha considerado la posibilidad de que el antiguo *Código de Vélez* también haya receptado, a partir del análisis de su articulado y de las reglas de interpretación, la teoría de las nulidades implícitas o virtuales, es decir, aquellas que carecen de previsión legal expresa pero que pueden surgir para las partes en razón de que resulte del negocio que celebran la falta de algún requisito esencial previsto, o del choque o conflicto entre el contenido negocial acordado por las mismas con alguna disposición de derecho de carácter coactivo o imperativo (López Mesa, 2015, p. 7). Desde aquí entonces que otras doctrinas afirmen que no es absolutamente indispensable que la sanción de nulidad esté expresada de manera formal en la respectiva norma.

Hechas las aclaraciones referidas a la parte general del tratamiento de la teoría de las ineficacias, se impone afirmar que el *Código Civil y Comercial de La Nación* en vigencia prevé expresamente la nulidad en las escrituras públicas (12). Al considerar a las nulidades en las escrituras, nos posicionamos frente al estudio de las nulidades instrumentales y no específicamente del acto o negocio jurídico, aunque la teoría general sea la misma para avalar el propio significado y el alcance de la *nulidad* (Zavala, 1998, p. 133). De esta manera, y según se insiste, en sede notarial no hay más nulidades que las previstas en el *Código Civil* (13)-y en la actualidad, en el ordenamiento en vigencia-. Sin embargo, la propia escritura pública, como especie del instrumento público, también acarrea las nulidades propias de aquel (14). Los supuestos son claros, no necesitan explicación alguna que no haya sido ya dada por la doctrina mayoritaria, con los alcances también ya establecidos y asumidos como naturales (15). No obstante, resulta oportuno aclarar que las

(12) Artículo 309 del CCiv. y Com. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1004. Fuente directa: Artículo 286 del Proyecto de Unificación de 1998.

(13) "Las fallas formales de la escritura no causan su nulidad a no ser que ellos se hubiese establecido expresamente por ley" CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 20/06/1979, ED, 93-299.

(14) En efecto, puede una escritura se nula por violación de la competencia territorial notarial, que en definitiva, es una regla general de nulidad prevista en el instrumento público y no específicamente en el presente capítulo. Los casos son exactamente los mismos que los previstos en la legislación civil vigente.

(15) "La acción de nulidad de una escritura pública debe tramitar con la citación del escribano autorizante del acto" CNCiv., Sala D, 28/07/1977, La Ley, 1978-A, 115.

demás inobservancias no vuelven nulas a las escrituras, pero derivan al notario al ámbito de la responsabilidad disciplinaria en sus dos vertientes: en razón de las formas y en razón de la conducta, es decir, la teoría general de los deberes éticos notariales (Cosola, 2008, p. 341).

Finalmente, queda por reconocer que otra de las respuestas a la consolidación de la escritura pública está referida a la cuestión de las *falsedades*. Si la finalidad del *instrumento público* es la acreditación fehaciente de la existencia de todo acto u hecho en presencia del escribano, notario u oficial público, cuyos efectos se asimilaran a los de la plena o máxima prueba, es bueno recordar con *Eduardo Couture* que ninguna prueba puede ser plenamente perfecta –aunque la misma se encuentre revestida de fe *pública*–, ya que los actos de los hombres librados a la sinrazón pueden causar daños irreparables. Para ello entonces se prevé la institución de la redargución de falsedad, como protección a los actos de los fedatarios que no se corresponden ni con su investidura ni con su función de garantía, justicia y seguridad, y lógicamente un buen sistema de responsabilidad notarial que está destinado a separar o apartar a los malos profesionales del ejercicio fedatario funcional (Couture, 2005, p. 110). En este caso, para evitar consolidar una teoría que niegue los valores del documento notarial en razón de una posible y eventual *falsedad*.

V. Cuestiones provenientes de los estudios comparativos entre las sentencias y las escrituras públicas

Expuesta detalladamente la relación de la *seguridad jurídica* con el *documento notarial*, y hechas las referencias necesarias hacia la sentencia judicial que dirime la controversia para realizar sobre ella, un estudio comparativo con la *escritura pública*, corresponde ahora realizar la tarea, advirtiendo que para la misma utilizaré el siguiente método expositivo:

- a) Determinación de las bases que conforman los fundamentos tanto de la sentencia como de la escritura pública;
- b) Exposición de los elementos comunes.
- c) Exposición de las diferencias.
- d) Conclusiones del método comparativo efectuado.

V.1. Determinación de las bases que conforman los fundamentos

El *Código Civil y Comercial de la Nación* es un código de principios, y en esta dirección, presenta un nuevo paradigma del derecho que es merecedor -como he

venido argumentando-, de un análisis especial. Un código de baluartes exige una comprensión armoniosa de todo el cuerpo normativo, es más: exige la convivencia de reglas, normas, valores y principios a los que atribuye el carácter ya no de ley, sino de derecho. La comprensión del *título preliminar* del nuevo cuerpo legal resulta ser esencial, por cuanto el mismo debe ser concebido como una *puerta de entrada* tanto al código como al resto del sistema jurídico (Lorenzetti, 2014, p 25). Todos los artículos que conforman el *título preliminar* presentan un gran significado *valorativo*; por ello el mismo presenta una notable utilidad en el campo de la *interpretación jurídica* –o criterio de *argumentación jurídica razonable*-. Desde allí el notorio y necesario efecto expansivo que presenta, tanto para todos los casos que se contemplan en el cuerpo normativo como así también para los otros ámbitos normativos.

El cambio de modelo del nuevo derecho privado es innegable y absolutamente trascendente, de manera que este tema no puede no tener la importancia y el reflejo académico que merece. El jurista que pretenda comprender este relativamente moderno *sistema de interpretación normativa*, debe necesariamente recurrir y conocer las reglas del *título preliminar* para determinar en cada caso lo justo que a cada cual corresponde, y como también ya he referido, en un amplio y necesario diálogo de fuentes. De aquí entonces que la doctrina se refiera a la *constitucionalización del derecho privado*, con sus pertinentes aclaraciones (Rosatti, 2016, p. 51), precisamente porque ese amplio diálogo de fuentes se inicia en la *Constitución Nacional* (Rivera-Crovi, 2016, p. 8).

Así es entonces que puede afirmarse sin temor a equivocación alguna, que en gran medida, el reconocimiento de la *Constitución* como fuente del derecho es un reconocimiento que en definitiva, dirige a jurista preparado a captar de su seno los principios, valores y derechos humanos que tienen capacidad de generar en él mismo, las respuestas y los interrogantes frente a los casos que se le planteen (Vigo, 2015, p. 28). El paradigma jurídico al que hemos estado hasta hace relativamente poco tiempo acostumbrados a recurrir frente a los casos complejos -aplicación de la ley luego de la interpretación y de haber encontrado en ella “la respuesta adecuada”- debe entonces mutar absolutamente hacia un criterio argumentativo de ejercicio jurídico -estudiar el “caso” con su variedad de fuentes, donde habrá siempre más que una respuesta adecuada y en el cual la delicada tarea jurídica es la de escoger de todas ellas cual es la que se pretende que prospere o consienta. Si el derecho está conformado por reglas y por sus diferentes niveles de interpretación desde lo legislativo y desde lo ciudadano, acontecido el conflicto *en la interpretación del alcance de la norma* siempre existirá un juez con *imperium* que solucione la controversia (Cañal, 2005, p. 6), en la búsqueda -como ya he afirmado líneas atrás- de la racionalidad como método para evitar la arbitrariedad. A esas alusiones, debe agregarse que el derecho no solo está compuesto por normas, sino también por reglas y por principios.

V.2. La razonabilidad

Dentro del título preliminar, se deben dirigir los esfuerzos hacia un tema que merece especial atención para este punto. Y es el relativo a la cuestión de la *razonabilidad* (16). La referencia a la misma en las sentencias que esgrimen los jueces en el título preliminar está relacionada específicamente con el pensamiento de lo que se denomina *razón práctica prudencial* (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2014, p. 68); significa reconocer que el juez debe resolver todos los asuntos sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión que tiene que presentar cierto criterio de argumentación *racional* (Massini Correas, 1999, p. 74). En este sentido, aplicar la razonabilidad es llegar a alcanzar la mejor respuesta que el caso plantea a partir de la deducción realizada por el jurista frente a las respuestas ponderativas o de balance que se suceden entre derechos competitivos (Rabbi- Baldi Cabanillas, 2014, p. 69).

En el presente análisis, no hay razón posible para negar el principio de analogía en el oficio del jurista. Los notarios deben resolver los asuntos que llegan a las notarías, creando el derecho sobre el documento que también sean *razonablemente fundados*. La razonabilidad entonces se aplica a ambos juristas por igual.

Desde mi perspectiva, la referencia a la razonabilidad en el Código Civil y Comercial de La Nación puede ser considerada desde dos partes bien diferenciadas:

- a) El *deber de resolver*, propio del juez, que es inalienable e inseparable de su persona (jurisdicción), salvo por causas que la propia ley le autoriza a esgrimir antes ciertos y determinados casos complejos (excusación);
- b) La decisión que surja de ese deber de resolver debe ser fundada razonablemente, para no caer en la doctrina de la arbitrariedad (Lorenzetti, 2014, p. 40), partiendo de la idea de la presunción de coherencia de esa determinada decisión.

También el notario debe responder al alcance de ese deber *de resolver*. Frente al requerimiento, el notario tiene el deber de resolver (competencia), salvo los casos en que la ley o la conciencia lo obligan a no aceptar o a rechazar el acto o hecho que pretende ser autorizado. En el primer supuesto, por ejemplo, las prohibiciones establecidas en el cuerpo del Código referidas a la competencia en razón de las personas. En el segundo, la invocación, por ejemplo, del deber ético notarial de independencia, frente a la toma de razón notarial que el acto que se está pronto

(16) En los Fundamentos del CCiv. y Com. se esgrime que el requisito de la razonabilidad se encuentra constituido por un estándar de control de la decisión judicial, castigando a aquellas resoluciones que arriban a resultados disvaliosos o anti-funcionales.

a realizar, absolutamente legal, puede generar daño en terceros ajenos a esa celebración. Al referirse a la *razonabilidad notarial*, se considera la idea de que el notario ha aceptado realizar el trabajo que se le ha encomendado, por cuando lo cree dentro del marco de la legalidad integrada y del deber ético de la imparcialidad.

La *razonabilidad notarial* impone al escribano la tarea de encontrar, entre el dialogo de fuentes, la mejor respuesta para el caso que se le plantea, ponderando soluciones, alternativas y decisiones para que el documento notarial no sea ni arbitrario ni injusto. En este sentido, las líneas directrices de la concreción de la razonabilidad notarial pueden resumirse en las siguientes:

- a) El obrar notarial parte de la idea del conocimiento y apunta al control racional;
- b) Ese conocimiento supone la idea que manda a que del mismo el notario extraiga conclusiones valiosas;
- c) Recepción de la voluntad de los requirentes adecuada al nuevo derecho;
- d) Arribo a un resultado justo (el bien debe hacerse, el mal evitarse);
- e) Aplicación de los conocimientos integrados con la equidad.

Para escoger *la mejor solución posible* y así, cumplir con la *razonabilidad* destinada a evitar el potencial conflicto del derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales (Cianciardo, 2007), el hombre de derecho escoge, entre algunos otros métodos, el camino de la *ponderación* (Alexy, 2010, p. 27). Es así que el mismo, si es prudente, no puede pensar que la aplicación del derecho que se concreta con su labor pueda traer consigo problemas posteriores (Alexy, 2010, p. 27).

V.3. Los elementos comunes

Tanto la sentencia judicial como la escritura pública son instrumentos públicos, y gozan de los efectos generales de la autenticidad ya tratados en el cuerpo de esta tesis. En cuanto a su creación, ambos responden a elementos formales que deben respetarse para poder concluir en un documento genuino que no acarree alguna sanción por los vicios de forma (17). Ambos son declarativos de los derechos que a cada parte corresponde.

(17) Entre ellos, se diferencian en ambos institutos aquellos que provienen de la competencia material -las leyes especiales de organización y función del Poder Judicial y las relativas a la orga-

V.4. Las diferencias

Un primer tema a considerar es que el notario, a diferencia del juez, no vierte en el documento una apreciación fundada de lo que es el derecho para cada uno, sino que su tarea está destinada a configurar la decisión que los comparecientes o requirentes pretenden para sí, dándole un marco jurídico a sus pretensiones (normas + reglas + principios), las que, en origen, siempre se presentan como posibles. Ningún documento negocial notarial refleja una opinión notarial, que pueda luego estar sujeta a ser valorada por algún organismo superior. Por esta razón, ante las manifestaciones auténticas notariales, manifestaciones auténticas de *verdad* que recogen el mismo momento fehaciente por sí (exactitud en materia de fe comprendida desde el aspecto *subjetivo*), lo que queda ante su negación es la aplicación de las herramientas procesales mencionadas, cuyos resultados nunca establecerán si la apreciación notarial del derecho fue o no fue adecuada al caso concreto (afirmando o desechando la escritura), sino que simplemente vendrán a confirmar si una escritura es nula -o inexistente, para alguna doctrina-, si es inoponible frente a alguien que tenga interés sobre ella en razón de una simulación, o si adolece de falsedad (18).

Establecidas las premisas iniciales, debe decirse que la principal diferencia a destacar entre la sentencia y la escritura pública es que la primera dilucida una controversia, mientras que la segunda estructura el derecho en la paz. Ambos institutos resuelven el tema de la justicia, pero mientras la sentencia lo hace a favor de quien resulte ser beneficiado con la valoración judicial, el documento notarial lo resuelve en un ámbito de paz, ajeno y alejado del conflicto, repartiendo a cada compareciente o requirente, de acuerdo a sus pretensiones iniciales, el derecho justo que le corresponde, en razón del deber ético de imparcialidad y la aplicación de la legalidad integrada (Núñez Lagos, 2013, p. 118), lo que en definitiva viene a garantizar el valor de seguridad desde el concepto analizado de *previsibilidad*. La imparcialidad judicial dirime el conflicto, la notarial equilibra los intereses para que los mismos alcancen el valor de la justicia. Consecuentemente, la función judicial reconoce el *iudicare* -función relacionada con la resolución de conflictos- mientras que la notarial postula el responderé, compartida con el ejercicio

nización notarial respectivamente- de aquellos requisitos que surgen de las cuestiones de la competencia personal -toma de posesión del cargo (juez) y juramento y autorización del acto (notario); régimen de excusación y recusación (juez) y régimen de inhabilidades e incompatibilidades (notario); cuestiones de jurisdicción (juez) y cuestiones de competencia territorial (notario), entre otras-.

(18) La imputación de la simulación es conferida a las partes, mientras que la de la falsedad es un ataque contra la actuación fedataria, salvo en los casos donde se pruebe que las partes requirentes hicieron insertar en el documento declaraciones falsas, que el notario nunca podría haber podido percibir por sí mismo (artículo 293 Cód. Penal).

de la abogacía –resolver las dudas, aconsejar y dictaminar- pero especialmente la del *cavere* –prevenir, precaver- que es la tarea definitivamente consolidada en el notariado mundial (19). La valoración notarial del derecho se encuentra antes de la conformación documental, y desde allí es que el notario decide no solo si es posible o no el negocio jurídico o el hecho a documentar, sino que además decide de qué manera lo hará conforme no solo a la ley, sino al derecho.

La diferencia que secunda a la relatada, tiene que ver con la *cosa juzgada*. De acuerdo a lo antes analizado, la cuestión de la cosa juzgada en sede judicial se vuelve relevante para consolidar la seguridad del derecho que se declara en la sentencia, una vez que se haya concluido, de acuerdo al caso de que se trate, la posibilidad de utilizar la vía recursiva para que el accionante goce de una respuesta favorable a sus pretensiones o al menos, de la mejor respuesta posible. De esta manera la seguridad jurídica consolida la justicia, en los términos analizados anteriormente. La noción de *cosa juzgada* es ajena en sede notarial, pero no así el referido concepto de *previsibilidad*. El derecho que proyecta una determinada *publicidad notarial cartular* queda firme desde el mismo momento de la autorización con las formalidades exigidas de acuerdo a cada lugar de ejercicio funcional.

VI. Conclusiones del método comparativo efectuado

La *seguridad jurídica notarial* que emana del *documento con publicidad cartular* concreta en su seno la justicia escogida por las partes y plasmada en el documento en el mismo momento de la culminación del negocio o hecho jurídico que se refleja en el documento notarial (acto de tutela notarial). Sobre el mismo, no existe apelación posible, salvo los referidos casos expuestos al tratar la teoría de las ineficacias y las cuestiones relativas a la falsedad, recordando que en las mencionadas teorías no se proyectan las discusiones acerca de la *opinión notarial razonablemente fundada* de los derechos comprometidos en el documento –elaboradas a partir del acto de voluntad de los comparecientes-, sino cuestiones inherentes a la bondad o maldad de los hombres que en determinadas circunstancias, actúan sin razón suficiente.

Visto de este modo, podría ocurrirle a alguien la inquietud por preguntarse, una y otra vez ¿cuál es el motivo por el cual no se encuentra prevista la posibilidad de una revisión del derecho que se encuentra consolidado en una escritura pública? A la clásica respuesta histórica relativa tanto a la actuación objetiva funcional

(19) La verdadera valoración notarial del derecho –en términos de *Vallet*, la argumentación notarial del derecho- surge de los momentos previos a la conformación documental del derecho: la información, el asesoramiento y el consejo, la imparcialidad y la independencia, deberes éticos notariales aplicados que conjuntamente con la legalidad integrada –comprensiva de normas, reglas y principios- consolidan la auténtica y actual función notarial.

de acuerdo a pautas objetivas de ejercicio proveniente del poder estatal como a la necesidad del comportamiento notarial adecuado a los valores éticos y morales, se le agrega por estos tiempos los fundamentos esgrimidos por la comisión redactora del novísimo *Código Civil y Comercial de La Nación*, ya proyectados en el cuerpo de esta tesis doctoral: *la necesidad de la sociedad de contar con el resguardo de los actos relevantes a los que el ordenamiento decide brindarles mayor protección*.

Cierto es que algunos académicos de los últimos tiempos vienen demostrando un marcado interés por sugerir que la *decisión judicial* es la vía adecuada para alcanzar lo *justo* tanto ante el acaecimiento del conflicto como ante la composición de un acuerdo. Existen nombres y títulos sugerentes en obras de jerarquía, que orientan al estudioso no sólo a creer, sino también a asumir que no existe otra alternativa para la conformación de la *justicia* que la *constitucionalización* y la *judicialización del derecho* (Prieto Sanchís, 2005; Vigo, 2013). El *Código Civil y Comercial de La Nación* definitivamente propicia la *judicialización del derecho*; en efecto, además de las relevantes y decisorias opiniones que advirtieron de la necesidad de *dejar sin efecto ciertos actos que antes de la entrada en vigencia del nuevo código no conformaban estrictamente una relación jurídica preexistente* (Kemelmajer de Carlucci, 2015, p. 156), con sólo advertir la enorme profusión de normas de naturaleza *procedimental* que en él se receptan puede alcanzarse la comprensión acerca de que el contenido ideológico del derecho actual tiende a considerar que los actos nobles (ética y moral) y justos (derecho) únicamente pueden alcanzarse a través de una *decisión judicial*.

Juzgar lo apropiado o lo inapropiado de la realidad mencionada no tiene ni relevancia ni trascendencia académica. Es una realidad, una característica de los sistemas jurídicos contemporáneos, que se asume como lo que es y que se acompaña desde la reflexión teórica y práctica. Pero también puede intentarse sobre ella, la proyección de un complemento, o mejor dicho, la presentación de otra alternativa -de seguro, de las muchas más que existen-, para llegar a conformar como objeto de la *decisión jurídica* a todas aquellas que sirvan y sean eficaces para obtener el mejor resultado que en materia de atribución de derechos, sea posible humanamente alcanzar.

VII. La justicia y el documento notarial

Alejados de las fundamentaciones gremiales o políticas -tan dañinas y tan alejadas de mis más íntimas convicciones-, debe imponerse el criterio que ordena que no es a través del combate, el desprestigio o la crítica despiadada *de lo establecido* sin razón ni sentido, sino a partir de la conformación de las ideas y de las fundamentaciones serias y coherentes en que debe darse una propuesta de otras alternativas que en materia *jurídico-decisoria*, sea posible considerar (obtención instrumental de verdad + certeza + justicia+ previsibilidad). Alternativas que no

vengan a suplantar ni a imponerse, sino que sean capaces de acompañar el modelo jurídico real actual y admitido. Posiciones que ayuden a que se alcancen de manera definitiva, las necesidades jurídicas de la ciudadanía que todos componemos, en el ámbito espacial en el que nos toca ubicarnos tan fugaz como naturalmente. Y esa alternativa la conforma desde mi perspectiva, el documento notarial auténtico con toda su referida proyección cartular.

El descuido del análisis del valor justicia que se consolida en el documento notarial, -valor promovido por la fe pública que alcanza la consolidación previsible a través de la seguridad jurídica-, constituye una de las omisiones más relevantes de los juristas en general, preparados para informar y educar a las generaciones para el futuro. Si el documento notarial auténtico, con la debida fuerza cartular descripta, se conforma sobre los valores que lo componen, se perpetuará para los tiempos, repartiendo a cada cual lo que le corresponde, de acuerdo con la verdad, en base a lo certero, y con proyección adecuada de previsibilidad. El *documento notarial* es un instrumento sumamente relevante en las sociedades actuales, que desde otras perspectivas -con diferente naturaleza, composición y estructura, pero en la búsqueda de un mismo resultado-, acompaña a las *sentencias judiciales* en la búsqueda de la consolidación del mejor derecho, o quizás, de lo nunca mejor expresado que hasta ahora: del *derecho cierto, verídico, seguro y justo* determinante del efecto que provoca la *paz*.

VIII. El documento notarial como elemento y argumento de decisión jurídica

Justificar los valores en el *documento notarial* a partir de la exposición del principio de *publicidad cartular intrínseca* -y especialmente la *justicia*-, es en cierta manera instaurar la vertiente *realista clásica* en la discusión académica notarial. Se intenta dejar demostrado que para la aplicación y concreción de los valores al notario no le alcanza con acudir al *pensamiento general de elaboración jurídica* en base a lo acordado por las partes concurrentes al acto y a lo dispuesto por la ley, sino que debe aplicar el *conocimiento* que de ellas obtenga en base al orden y a la reflexión, para que del mismo emerja el mejor documento que sea posible alcanzar. Pensar es simplemente aplicar una idea sobre el hecho; pero el acto de conocer es asumir el entendimiento de lo realmente *aprehendido* (Gilson, 1974, p. 172), no reduciéndolo jamás a lo que *debería ser para ajustarse a las reglas de un tipo de conocimiento arbitrariamente elegido por nosotros*.

De esta forma, *pensar el acto notarial* implicaría la utilización de las estructuras que, -al igual que la geometría-, se encuentran *lógicamente relacionadas*, todas componiendo una *unidad* (Guibourg, 2009, p. 9). En cambio, *conocer el acto notarial*, implica como primera medida un acto de *creencia*, que permite *estar inclinado a tomar una proposición como verdadera* (Guibourg, 2013, p. 128); a partir

de ello, todos quienes se encuentran frente al acto logran admitir que el conocimiento es la verdad que decimos conocer, en base a la formalización de un método comúnmente aceptado -en el caso, el acto de formalización de la elaboración notarial del derecho-.

Independientemente de las posiciones que esgrimen los autores que exponen sus teorías desde las diferentes escuelas de pensamiento, lo que en este ensayo trato de demostrar es que existe acuerdo en que, en los tiempos actuales, el sentido (Atienza, 2012, p. 325) y los mandatos (Fiss, 2013, p. 157) del derecho se dirigen siempre al análisis del valor justicia, con lo que la preocupación por lo justo en el seno del documento reviste carácter esencial.

Pero todo esto no tendría sentido si el *documento notarial* no alcanza a considerarse como un elemento y argumento que *decide el derecho*. ¿Qué derecho es el que decide? El derecho que está destinado a proyectarse en la paz; ese que cumple y al que adscribe la mayor cantidad de personas de modo natural y permanente. Quizás sea por lo natural de su acaecimiento, que este tratamiento se haya vuelto en todo este tiempo absolutamente inusual. La necesidad de demostrar los efectos ejecutivos, probatorios y conservatorios del documento notarial está motivada por aseverar la fuerza del mismo ante el acaecimiento del problema. Lo que viene a demostrar en cierta forma, que las personas humanas solemos prepararnos para enfrentar las controversias en lugar de aceptar lo que espontáneamente se cumple por hábito, por virtud, por un noble comportamiento. Este ensayo termina por proyectar otros efectos del documento, que son los que lo convierten en elemento de decisión trascendente, porque el derecho que en él se contiene está destinado a resguardar la paz.

IX. La naturaleza del documento notarial decisorio

Al intentar justificar la propuesta, es necesario descifrar cuál es la naturaleza de esa decisión de derecho. Con *Ricardo Guibourg* se alcanza a comprender que “el derecho puede encararse, tanto del punto de vista realista como desde una teoría normativista, como un conjunto o sistema de criterios de decisión” (2013, p. 223). Criterios que, sin duda alguna, van a aplicarse para resolver las controversias que se susciten, con el último respaldo de la fuerza. De esta manera, los criterios de *decisión judicial* ocupan claramente un lugar central en el discurso jurídico general, pero *no son los únicos ni necesariamente los definitivos que hayan de prevalecer*. Otros criterios pueden ser relevantes, y son aquellos que, *descartada la vía autoritaria de la subordinación directa*, proponen el camino de la *introspección*, el *diálogo* y el *consenso*. En estos últimos, todos los juristas están involucrados y llamados a su aplicación, ya que el derecho, al preocuparse por el establecimiento de equilibrio dinámico, persigue la instauración de “un modelo fundado en la identificación y explicitación pública de los sistemas de criterios de decisión (que sea) capaz de reducir el número de conflictos (...)”.

De esta manera, una *decisión jurídica*, para constituirse como tal, tendría que contener una serie de valores que le sirvan de sustento y fundamento, además de los procedimientos formales que en cada caso se tengan que respetar para llegar tanto a la jurisdicción como al ámbito de la competencia que el derecho determine legalmente para cada caso en especial. La *decisión jurídica* adjetivada con la cuestión de la *discrecionalidad* es precisamente, una decisión que no es rutinaria; es una decisión que realiza un determinado jurista que se encuentra con más de una norma para aplicar a los hechos, y que, además, se encuentra con la desviación de la atención hacia más de una interpretación jurídica adecuada (Etala, 2016, p. 96).

En este sentido, debe quedar en claro un hecho absolutamente innegable: el único *homo juridicus* autorizado para aplicar el *imperium decisorio* es el juez. El notario, al elaborar el derecho en el documento en un ámbito de paz, colabora con una actividad de tutoría para que la voluntad de las partes, que es lo verdaderamente justo, alcance los resultados por ellas proyectados. El notario no tiene -ni tiene que tener- *imperium*; el notario tiene *autorictas*, esto es, capacidad jurídica y legal para colaborar con la justicia dando previsibilidad a los actos que autoriza. Esa actividad le viene reglada desde la ley, y si bien puede asimilarse en este sentido a un profesional del derecho con ciertas facultades especiales para ejercer la autoridad, lo trascendente es advertir que ese ejercicio es absolutamente necesario para el desarrollo del tráfico jurídico de las sociedades que problematizadas. El poder de la fe pública que viene de la ley brinda *certeza*, y lo *cierto* para el *derecho* encierra detrás -y de acuerdo a los motivos expuestos con anterioridad- la idea de *verdad*.

El notario elabora el derecho a partir de las calificaciones que realiza al momento de configurar los actos en el documento, con sustento en los deberes cumplidos de asesoramiento información y consejo que suponen las audiencias notariales previas que preceden al acto instrumental, generando una auditoria, un control y una colaboración que guía la voluntad de las partes al rumbo por ellas escogido, generando el cumplimiento del valor justicia. Esta afirmación permite reconocer que existen otros documentos, como el de naturaleza notarial, que acompañan a los de origen judicial en la búsqueda de la consolidación de decisiones jurídicas *justas*.

En definitiva, el documento notarial auténtico abraza una naturaleza decisoria fundada en la *autorictas* que el *Estado* asume y delega para que la misma sea realizada por los notarios, que son a quienes se encarga realizar la correspondiente dación de fe en los actos que alcanza a su competencia, donde se encuentran todos aquellos relevantes y referidos con anterioridad, para que las personas en general alcancen *el desarrollo normal de la vida de relación*, desde el lugar donde decidan a la misma proyectar (20).

(20) Esta aseveración incluye además los documentos realizados para/por las personas jurídicas reconocidas en el ordenamiento positivo.

X. Referencias

- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Ad-Hoc.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra.
- Alterini, J. H.; Angelani, E. B.; Corna, P. M. y Vázquez, G. A. (1997). *Hacia una teoría general de las ineficacias*. ED 172-942.
- Aristóteles (1967). *Obras completas*, IV tomos. Bibliográfica Omeba.
- Armella, C. N. (2015). Escrituras públicas. En E. G. Clusellas (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, tº 1. Astrea.
- Atienza, M. (1997). *Tras la justicia*. Ariel.
- Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho*. Ariel.
- Boethwick, A. E. C. (2001). *Nociones fundamentales del proceso (O una selección -de elite- de autores de derecho procesal abordando los temas trascendentes del proceso)*. Mave.
- Boffi Boggero, L. M. (1996). Instrumento público. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tº XVI. Driskill S. A.
- Bono, G. A. (2015). El artículo 7º frente a los derechos reales: esquema general y consideración especial de las adquisiciones por usucapión y por donación. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-1. Rubinzal-Culzoni.
- Borda, A. (2016). *Derecho Civil-Contratos*. La Ley.
- Cañal, D. R. (2005). *El contenido formal y sustancial del derecho: una contradicción aparente (Una mirada desde el derecho del trabajo)*. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nº topográfico 253.521/2005.
- Capolupo de Duradoña y Vedia, A. M. (1999). *La sentencia. Su fundamentación. Recursos* (TD). Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nº topográfico 253.383.
- Carminio Castagno, J. C. (2006). *Teoría General del Acto Notarial y otros estudios*, tº I. Ediciones del Autor.
- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos*. Ad-Hoc.
- Cosola, S. J. (2013). *Fundamentos de derecho notarial. La concreción del método*. Ad-Hoc.

- Cosola, S. J. (2020). *El documento Notarial en el Código Civil y Comercial*. Astrea.
- Cosola, S. J. (2008). *Los deberes éticos notariales*. Ad-Hoc.
- Couture, E. J. (2005). *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*. Fas.
- D'Alessio, C. M. (2015). Escrituras públicas. En R. L. Lorenzetti (Dir.), F. De Lorenzo y P. Lorenzetti (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tº II. Rubinzal-Culzoni.
- Etala, C. A., (2016). *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*. Marcial Pons.
- Etchegaray, N. P. y Capurro, V. L. (2011). *Derecho notarial aplicado*. Astrea.
- Fiss, O. (2013). *Los mandatos de la justicia*. Marcial Pons.
- Gattari, C. N. (1974). *El juez, el notario y la ley extranjera*. Ediciones Librería Jurídica La Plata.
- Gattari, C. N. (2008). *Manual de derecho notarial*. Abeledo Perrot.
- Gilson, E. (1974). *El realismo metódico*. Rialp.
- Gozaíni, O. A. (1996). *Teoría general del derecho procesal*. Ediar.
- Guibourg, R. A. (2006). *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Colihue.
- Guibourg, R. A. (2013). *Saber derecho*. Abeledo Perrot.
- Guibourg, R. A. (2017). Filosofía para el derecho-Jornada de debate interdisciplinaria entre iusfilósofos y constitucionalistas. *Boletín Derecho al Día*, año 16, N° 284. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 18 de mayo.
- Hervada, J. (2007). *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Rubinzal-Culzoni.
- Lamber, R. A. (2003-2006). *La escritura pública*, IV Tomos. Fen.
- Llambías, J. J. (1991). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tº II. Editorial Perrot.
- Lloveras de Resk, M. E. (1991). *Tratado teórico-práctico de las nulidades*. Depalma.

López Mesa, M. (2015). *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Procesales y administrativos*. BdeF.

Lorenzetti, R. L.; Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. L. (2014). Título preliminar. En R. L. Lorenzetti, (Dir.), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I. Rubinzal-Culzoni.

Lukaszewicz, S. (1998). Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos. En C. N. Armella, (Dir.), *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, tº III. Ad Hoc.

Massini Correas, C. I. (1990). *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Ábaco.

Muñoz Rivera, I. (2014). La función del derecho notarial. *Escriva-Otoño*.

Mustapich, J. M. (1955). *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, tº I. Ediar.

Nicolau, N. I. y Hernández, C. A. (Dir.); Frustragli, S. A. (Coord.) (2016). *Contratos en el Código Civil y Comercial de La Nación*. La Ley.

Nieto Blanc, E. E. (2005). *Nulidad en los actos jurídicos*. Ad-Hoc.

Núñez Lagos, R. (2013). *Los esquemas conceptuales del instrumento público*. Gaceta Notarial.

Portela, J. G. (2006). *La justicia y el derecho natural* Universidad Católica San Pablo.

Prieto Sanchís, L. (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Temis.

Quiroga Lavié, H. (1995). *Lecciones de derecho constitucional*. Depalma.

Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2014). Título preliminar. Art. 3. En J. C. Rivera, y G. Medina, (Dir.), M. Esper (Coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I. La Ley.

Rivera, J. C. y Covi, L. D. (2016). *Derecho Civil-Parte General*. Abeledo Perrot.

Rivera, J. C. (2010). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, tº II. Abeledo Perrot.

Rocco, A. (2003). *La sentencia civil*. El Foro.

Rosatti, H. (2016). *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*. Rubinzal-Culzoni.

Santo Tomás de Aquino (1987). *Suma teológica. La prudencia, la justicia y el derecho*, tº XI. Club de Lectores.

Vallet de Goytisolo, J. B. (1973). *En torno al derecho natural*. Sala Editorial.

Vallet de Goytisolo, J. B. (1992). La misión del notario. En J. F. Delgado de Miguel, *Deontología Notarial*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

Vigo, R. L. (2013). *Constitucionalización y judicialización del derecho (Del estado de derecho legal al Estado de Derecho Constitucional)*. Porrúa.

Vigo, R. L. (2015). *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni.

Zavala, G. A. (1998). Nulidades instrumentales. En C. N Armella (Dir.), *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, tº III. Ad Hoc.

Zuvilivia, M. C. (2008). *El notario y la seguridad jurídica*. Juris.

Fecha de recepción: 31-03-2024

Fecha de aceptación: 26-09-2024