



En este número se publican los trabajos de investigación del Perito  
dentro del Colegio de Abogados. Don Williams Muñoz es el autor de este  
trabajo y autor del sub-título del artículo publicado a cargo del Dr. Carlos  
José Gutiérrez.

Además, el Dr. Fernando Carr nos presenta la familia de la pena  
de muerte el Dr. Rafael González, el Dr. José A. los principios gene-  
rales del procedimiento de ejecución en la Ley de la Administración pú-  
blica, completando la gama de temas con un estudio concreto de la  
clase dentro del campo de la ejecución o cumplimiento.

El Director y Editor

Dr. Carlos José Gutiérrez

Dr. Alfonso Muñoz

Dr. Fernando Carr

Dr. Rafael González

Dr. José A. los principios

Dr. Carlos José Gutiérrez

Dr. Alfonso Muñoz

### LA LEGITIMACION EN LA FUNCION NOTARIAL

*Dr. William R. Muñoz C.*

Presidente Colegio de Abogados de  
Costa Rica  
Profesor de Derecho Notarial U. C. R.

El notario es un funcionario público que ejerce su función en nombre del Estado y en virtud de un mandato legal. Su función es esencialmente de fe pública, lo que significa que sus actos tienen una fuerza especial de certeza y seguridad jurídica. La legitimación en la función notarial se refiere a la capacidad legal que el notario tiene para realizar sus actos en nombre del Estado y en virtud de un mandato legal. Esta legitimación se fundamenta en la ley y en el reconocimiento del Estado. El notario debe cumplir con ciertos requisitos para ejercer su función, como ser abogado, tener una buena conducta y ser reconocido por el Estado. La legitimación en la función notarial es un elemento esencial para que el notario pueda ejercer su función con plena libertad y seguridad jurídica. Sin esta legitimación, el notario no podría realizar sus actos en nombre del Estado y sus actos no tendrían la fuerza de fe pública que les caracteriza. Por lo tanto, la legitimación en la función notarial es un elemento esencial para el ejercicio de esta función y para la seguridad jurídica que ella garantiza.

SUMARIO: I. Introducción; II. El acto notarial público; III. La forma notarial; IV. Diversos pasos de la forma; formas parciales; V. La eficacia jurídica de la función notarial; VI. Conclusiones.

## I.—INTRODUCCION

*En el principio fue el documento. Este se encuentra configurado por dos clases de elementos los de formulación estática en cuanto consideran al documento como una cosa, como dimensión papel y los elementos de estructuración dinámica, que se refieren a todo el desarrollo procesal. En ese orden de ideas, son elementos de formulación estática, entre otros, la declaración de voluntad en sí misma, la capacidad de las partes contratantes u otorgantes de un acto jurídico, el objeto del negocio, el Notario como sujeto principal de la función, la propia función notarial, el documento notarial y fundamentalmente, para los efectos del presente trabajo, la eficacia de ese documento.*

*De otro lado, son elementos de la estructuración dinámica: la voluntad negocial (ya declarada) como causa genética de los negocios jurídicos y a la necesidad de exteriorización de esa voluntad, para que tengan la eficacia jurídica mencionada. Asimismo, todo el procedimiento notarial, dentro del que se incluye además de la actuación de las partes, plasmada en la rogatio, o rogación, sus declaraciones, la labor notarial, de identificación, de fe de conocimiento, de recepción, calificación, instrumentación, lectura, otorgamiento y autorización.*

*Nuestro interés consiste en señalar, algunos elementos de ese documento, ya de formulación estática, bien de estructuración dinámica, que nos lleven, obligadamente, a considerar la eficacia del documento notarial actual, su importancia esencial y su plena vigencia en las relaciones humanas que abarca.*

*El acto notarial produce como consecuencia jurídica inmediata en nuestro Sistema Latino o Francés, la eficacia jurídica plena. Debemos de lo mencionado supra, autoconvencernos plenamente los Notarios y los Profesionales en Derecho en general, con firmeza y necesaria dedicación. Esa eficacia jurídica es sencillamente esencial en el Derecho Notarial actualmente pregonado.*

*No sólo el documento público es o posee como característica por antonomasia, la de ser auténtico, en cuanto y en tanto le da autoría a la documentación notarial, sino algo más importante aún, consistente, en la eficacia, y en una eficacia máxima, desde un estricto y necesario ángulo jurídico.*

*Esta eficacia jurídica es el resultado a la vez de lo que se ha llamado en nuestra disciplina Legitimación Notarial. Y es que el proceso de legitimación notarial consecuentemente, pretende la eficacia jurídica del documento notarial, resultado de la Función Notarial, en tanto se*

constituye en principal y al final quizá único objetivo de su existencia. De que valdría el documento sin eficacia plena?

Pretendemos referirnos y reafirmar lo manifestado anteriormente. Para ellos nos referimos al Acto Notarial Público, tema profusamente discutido y estudiado entre otros, en el VI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Montreal, Canadá, en 1961, en aquella oportunidad como primer punto del temario. Para estos fines, no obstante, forzadamente soslayaremos por cuestiones obvias, y quizás siguiendo el apotegma goetheano de que "todo punto que se profundiza es infinito", aspectos de mucha trascendencia e importancia.

Es la causa que producirá el efecto querido: La eficacia.

Haremos un estudio del Agente típico de la función notarial, indicando sus perfiles a través del tiempo y sus caracteres actuales.

Al principio bastó, en el Notario los caracteres de probo y honrado que daba documentos auténticos y nada más, y que es lo que sucede en el sistema Sajón. Hoy no: además de eso debe dar el Notario documentos plenos, legítimos, eficaces, por su condición de ser profesional en Derecho.

El resultado material y sustancial de nuestro hacer, debe serlo, objeto de estudio, mención y referencia, y cumplimos con ellos incurriendo en tal vasto y amplio tema, quizá con defectos propios de nuestra preparación.

Como "la teoría de las formas es la cantera fecunda, para la creación de un Derecho Notarial Nuevo" al decir sencillo y profundo del Maestro González Palomino, y vinculado como está con el tema, es necesario y así lo hacemos, referirse al Proceso, al decir de Gattari "Procedimiento"—Notarial, en sus diversos pasos o "formas", que con Bardallo, consisten en: Calificación, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación. En esa tercer forma, finalmente, nos detenemos y la observamos, para concluir en que en virtud de ella se obtiene la eficacia jurídica de la Función Notarial, cuyo único propósito es contribuir al desarrollo del Derecho, en su estado normal, como efecto necesario.

## II.—EL ACTO NOTARIAL PUBLICO

El acto representa una idea simple, pues hay acto con una sola manifestación de voluntad de una persona, sin que deje de serlo cuando intervienen dos o más personas. Ese acto puede ser jurídico o no, obviamente, según produzca consecuencias jurídicas o bien, que carezca de ellas. Entonces el acto, que como dije, representa o comprende manifestaciones unilaterales o bilaterales y bien plurilaterales, representa la idea de género.

El Acto Notarial Público, significa en forma genérica, al intervenir dos o más voluntades coincidentes o conformes, la idea de convenio,

y con la convención, la idea de contrato. Este es entonces una convención jurídica que tiene una finalidad específica, cual es, la de crear una obligación, mientras que la convención jurídica en general se refiere a todas las relaciones jurídicas, así sea para modificarlas o transformarlas o bien para extinguirlas.

El acto notarial público es el contenido, del continente —forma—, y es redactado —negocio jurídico— o simplemente narrado —hecho jurídico—; y así distinguimos entre escritura pública o acta notarial.

En ambos casos está revestido de un rito jurídico, previamente establecido en la ley, en el ordenamiento jurídico en vigor.

El Acto Notarial se descompone en dos hechos: Hecho forma, el cual es producido por el Notario. De él emanan efectos de autenticidad, sobre los diversos hechos y efectos de Legalidad, referidos a la esfera del Derecho; y en segundo término el hecho acto, ajeno al derecho Notarial, pero valorado por la participación del Notario.

"Sólo nos interesa el valor jurídico de la forma instrumental, pero que no será que establezcamos ante todo la diferencia entre lo externo (forma de instrumento en sí o estructura jurídica) y lo interno que es el acto jurídico o declaración que contiene, llamado también en la doctrina italiana, germánica y española, negocio Jurídico. Entre nosotros —Argentina— acto jurídico"<sup>(1)</sup>; nos apunta González.

La inexistencia del acto en que no se ha cumplido el requisito de la forma exigida como necesaria, se formula Forma Dat esse rei: La forma da al tema a la cosa<sup>(2)</sup>. De aquí la importancia de analizar "la forma" más adelante.

### A) Sujeto-Autor:

Hemos dicho y lo aceptamos con la Doctrina, que en el principio fue el documento, el cual se encargó de crear al Notario. Pero es el Notario el que hace el documento. Es la humanidad misma representada por hombres de hueso y carne, a quienes no debemos olvidar y sí recordar. Sus funciones son dos, en nuestro sistema Latino o francés: autenticar y para ello son requisitos básicos la marcada probidad y la honradez intachable. Legalizar, y para esto se debe ser técnico y competente en Derecho.

Con esos caracteres en la formación jurídica preventiva, referido al hecho notarial, se obtiene la correcta aplicación del Derecho.

El autor del documento notarial, ha de contar con dos requisitos fundamentales: ciencia y virtud. La virtud, lo dijimos<sup>(3)</sup>, dejémosla de la-

- (1) GONZALEZ, Carlos E. *Derecho Notarial, La Ley*, Soc. Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, Argentina 1971, p. 371.
- (2) GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial Español*, Vol. I, U. de Navarra, España, 1964, pp. 279-280.
- (3) MUÑOZ, William R. *Medios para sistematizar los Estudios del Derecho Notarial*, mimeo, Acapulco, México 1974, p. 3.

do, pues esa probidad en el humano ejercitante de la noble función notarial, debe estar consustanciada en él, y es de una trascendencia innegable siempre". La ciencia, debe ser tan necesaria, que en dicho trabajo expusimos profusamente, las ideas necesarias, para obtener un hacedor óptimo del documento notariado, de una formación universitaria plena, y mediante la profundización posterior, a través de los diversos medios y sistemas; guardando relación con las necesidades y posibilidades de todos y cada uno de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Porque "Notario es un jurista facultado por la ley para interpretar y configurar, autenticar, autorizar, y resguardar tanto el documento notarial (o medio objetivo) como el objeto material (o contenido) de la función notarial, siendo el órgano de dicha función"<sup>(4)</sup>. "El Notario es el autor de la forma en cuanto vuelva sobre el Protocolo, individualizándolo las normas jurídicas, que configuran la escritura pública"<sup>(5)</sup>.

Núñez Lagos, recalca la idea manifestada y nos dice que "Autor del documento público es exclusivamente el funcionario que lo autoriza, es siempre una imputación auténtica, una paternidad legítima"<sup>(6)</sup>.

#### 1.—Breve evolución histórica del Notario:

Nos interesa señalar la evolución histórica del autor del documento, a efecto de establecer su constancia en la solución de la necesidad social que lo inspiró y su perfeccionamiento a través de la evolución temporal.

Se ha dicho reiteradamente que la función hace al órgano. Veremos la evolución de la instrumentación producto de la necesidad social que generó la función. El órgano —notario—, particularmente en el sistema latino, ha ido paulatinamente evolucionando hasta adquirir el grado que ostenta orgulloso en el presente, como epicentro de una disciplina jurídica en plena efervescencia científica, buscando cada día el progreso y una mayor elevación científica y cultural.

Antiguamente el documento, como correlativo lógico del status de su autor, no tenía la fuerza y eficacia que en la actualidad ostenta.

Y es que el notario al principio fue hacedor y realizador de funciones estrictamente privadas. Pasaron luego a ser públicas, adquiriendo su poder fideifaciente, a partir de los siglos XII y XIII, dotando a sus "obras" de fe pública, notarial, a partir de la escindencia de ésta, de la extra-notarial (judicial), como lo diría Martínez Segovia, a partir de la

(4) MARTINEZ SEGOVIA, Francisco, *Función Notarial, Estado de la Doctrina y Ensayo Conceptual*, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 21.

(5) VILLALBA WELSH, cit., por González, Carlos E., op. cit., p. 355.

(6) NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Perfiles*, en Rev. Notarial, p. 1273, cit. por Gattari, Carlos en *Objeto de la Ciencia del Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1971, págs. 107-108.

ley del 25 Ventoso del año XI. Llegó así a ser el notario asesor-consultor, configurador y autenticador. Este plus de cualidades ha hecho del notario latino un profesional de Derecho que destaca por la alta misión que cumple. Es lo que pretendemos esbozar en el presente capítulo, valga decir, la idoneidad técnica-científica indispensable para realizar su función. El paso del simple escribano narrador de hechos, con función privada, al de un hombre conocedor de Derecho, con un contenido en su función de asesoramiento y consejo en la faz normal del Derecho, gracias a la perfección formal del instrumento público dotado de fe pública es lo que caracteriza la evolución histórica.

Originalmente la función notarial se reducía, a la de un simple escribidor, la del amanuense.

A partir del siglo XII, la histórica e importantísima Escuela de Bolonia marcará un hito trascendental en el notariado latino: el notario será jurisperito, conocedor de Derecho.

"La historia del notario ha de dividirse concreta y tajantemente en dos grandes períodos: 1) El escribano amanuense, simple escribidor de cuanto le dictaba el señor feudal, o el mandante de turno; 2) el notario jurista, que como intérprete de las voluntades y del derecho indica la validez y forma del negocio jurídico que le traen, asesora debidamente y ordena finalmente la realización de todos los trámites legales y administrativos pertinentes para que las partes tengan un instrumento valedero con plena seguridad jurídica"<sup>(7)</sup>.

En el mismo sentido, Avila Alvarez<sup>(8)</sup> nos apunta: "El notariado nace cuando al redactor de los documentos, en que se contienen relaciones de derecho privado, se le concede la facultad de testificar privilegiadamente, es decir, cuando el documento por su intermedio tiene valor de testimonio o, mejor dicho, cuando el poder público de credibilidad en el contenido de dichos documentos" y agregamos nosotros, en el actuar de su autor.

Observamos, aunque sin la detención necesaria y la prudencia que el tema y su importancia indican, esa evolución del notariado, y del notario a través de la historia, comenzando, claro está, por la Antigüedad.

Sanchis<sup>(9)</sup> atribuye origen divino a la profesión. Dice que fue Moisés el primer notario al ser encargado de transportar las tablas de la ley. En Egipto, los escribas sacerdotales eran encargados de la correcta redacción de los contratos. Existían además particulares con verdaderas funciones notariales, dando garantías a los derechos de los contratantes. Los escribas consejeros de los faraones se limitaban a eso, a dar su consejo.

(7) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 46.

(8) AVILA ALVAREZ, Pedro, "El Notariado Español", Revista Internacional del Notariado. N° 54, pág. 111.

(9) SANCHIS, citado por Bollini, Jorge A., en "Contribución al Estudio Histórico del Documento de la Institución Notarial", Separata, Buenos Aires, 1958, p. 15.

21  
En Grecia existía el Mnemon como encargado de formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos. Recordemos también que en Atenas existió el principal antecedente del Registro Público, donde se inscribían los contratos, llevado por los Singraphos, verdaderos notarios. Destacan también en Grecia el scriboe, el argentam, el legógrafo.

En Roma, absorbida por la civilización greca, pese a su condición de vencedora, conservó al scriboe y argentarii. Surgieron luego los Tabularii y los logographi, encargados de las contabilidades comunales y de los archivos públicos. Nos interesa particularmente el llamado notarii que desempeñaban como escribanos de notas y que suplantaron a los scriboes.

Finalmente, los Tabelliones, llamados también Chartularii, que pueden considerarse como los verdaderos escribanos, y con misión, entre otras, de constatar las transacciones civiles. También se les llamaba Tabellios. Parece ser que el carácter original de los notarios fue privado; entonces paulatinamente, fue adquiriendo el matiz público, dados sus conocimientos y su necesaria y posterior obligatoriedad de ser aceptados sus consejos por la comunidad en general. El estado, por tales motivos, les investirá la fe pública.

Justiniano (483-565 D. C.), en sus Corpus Juris Civiles estableció funciones a los tabulariis, de oficiales de censo, con carácter de profesionales privados y sujetos a control de la magistratura. De igual manera se les encomendó la custodia de documentos oficiales. Por vía de excepción se les otorgaba para su intervención en ciertos actos, la fe pública. Se inicia acá este aspecto de tanta trascendencia. Después de Justiniano se confieren los nombres de tabularii, tabelliones, así como scriboe, consillieri y notarii, subsistiendo esta última denominación durante la Edad Media y pasando hasta nuestros días.<sup>(10)</sup>

Allende, refiriéndose a la obra de Justiniano, establece que "La actividad del escribano con funciones documentales empezó a adquirir el cariz de profesión autónoma y a ser reglamentaria en base a disposiciones legales... Justiniano fue quien acordó al notario función documental organizada".<sup>(11)</sup>

Es indudable que los antiguos, no concibieron ni conocieron el notariado de hoy.

En Italia, siglo XIII, surge revitalizado el notariado. Con Irnerio, Reinieri de Perugia y Rolandino (Príncipe de los notarios), el más brillante y de una personalidad polifacética.

Será Rolandino el primer notario latino, quien con sus fórmulas traspasó el umbral del espacio, del tiempo y de la historia. Francia re-

coge sus fórmulas. Alfonso X El Sabio en España y sus Siete Partidas establecerán identidades en sus formularios. Ellos trascenderán a América, con aportes franceses a Quebec en Canadá, a Louisiana en Estados Unidos, con ciertos matices portugueses a Brasil. Corresponderá finalmente a la conmoción social y política más grande de la Edad Moderna (la Revolución Francesa), fijar las bases firmes del notariado y sus disposiciones se extenderán a todas las legislaciones posteriores del mundo notarial latino.<sup>(12)</sup>

Examinaremos lo más expedito posible, tratando de hilar en nuestras observaciones, las etapas dichas en los citados países, la referencia directa al notario, como agente de la función notarial.

En Italia: Hemos dicho que fue el país en donde renació el notariado y en donde gracias a la Escuela de Bolonia surge el notariado que hoy conocemos como sistema latino. "Su evolución de simples personas que escribían a hombres conocedores de derecho, puede afirmarse que recién nace en el siglo XIII, con la Escuela de Bolonia, en donde aparecen los primeros instrumentos jurídicamente autorizados".<sup>(13)</sup>

Al usarse el término "notarius" se distingue a quienes escribían notas. Luego se designó con el nombre a los funcionarios de la Cancillería, encargados de redactar instrumentos internacionales. En ambos casos estaban sujetos a la confirmación imperial. Con Rolandino en Italia se acordó relevancia jurídica profesional al notario, nos dice Allende<sup>(14)</sup>.

La Ley Italiana de 1913 le da al notario el carácter de oficial público, encargado de autorizar documentos llamados actos notariales. En síntesis el notario italiano de alto prestigio y relevancia cumple su cometido y su función, y brilla como ejemplo entre los países de la Unión Internacional del Notariado Latino.

En Francia: Los antecedentes remotos en Francia nos indican<sup>(15)</sup> que en el año 1270, con el fin de recibir actos de jurisdicción voluntaria y darles el carácter de actos de autoridad pública, San Luis creó 60 notarios. En 1302 Felipe IV el Hermoso estableció notarios en todos los dominios de la corona y así fue adquiriendo autonomía la institución notarial.

Será en virtud de la promulgación de la Ley 25 de Ventoso del año XI, época que particularmente nos interesa, donde se marca la división entre notariado medieval y el notariado moderno. Escinde la magistratura judicial y la notarial, encargándose al notario de redactar de acuerdo con las formas legalmente establecidas. Se separan la fe pública nota-

(10) BOLLINI, op. cit., p. 17.

(11) ALLENDE, Ignacio M., *La Institución Notarial y el Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 27.

(12) BOLLINI, op. cit., p. 19.

(13) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 44.

(14) ALLENDE, op. cit., p. 27.

(15) MARTIN, Edouard, "El Notariado Francés, sus orígenes, su estado actual, sus aspiraciones", en Revista Internacional del Notariado N° 54, p. 129.

rial y la extranotarial (Judicial). Se designa al agente de la función con el nombre técnico correcto notario. Influirá este ordenamiento legislativo en España consecuentemente en América. Se inviste al notario por delegación del poder público, con el cargo de funcionario público. Será, empero, un profesional liberal, con ciertos rasgos típicos de una función pública.

Por ordenanza del 2 de noviembre de 1945 se les otorgó el rango de oficiales públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a los cuales las partes daban o quieran dar el carácter de autenticidad inherente a los actos de la autoridad pública y para asegurar a ellos la fecha, conservarlos en depósitos y expedir copias, con o sin carácter ejecutivo.<sup>(16)</sup>

No dudamos que esta ley influyó notablemente en la consolidación del notariado. Los notarios Guardiola y Moneta manifiestan que la institución notarial se consolida en el período comprendido entre el ocaso de la Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna.<sup>(17)</sup>

En España: Antes de las regulaciones legislativas dictadas en tiempo de Alfonso X El Sabio, no existieron leyes sobre el notariado. Sí, redactores de documentos o documentos redactados con intervención de personas que se dedicaban a ello (principalmente monjes, dada su situación socio-cultural). En las Siete Partidas, magna obra de Alfonso X El Sabio, del año 1265, es donde se encuentra, sin lugar a dudas, el origen del notariado español. Se tiene por escribano al hombre sabedor de escribir y entendido en el arte de la escribanía. Su función era la de escribir las cartas de las ventas y de las compras y de las posturas que los hombres ponen entre sí ante ellos, en las ciudades y en las villas, y testamentos y otras cosas que pertenecen a este oficio, quedando recuerdos de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que manden y en las cartas que hacen.<sup>(18)</sup>

La Ley Orgánica del Notariado Español de 1862 sienta las bases para la concepción autónoma de la función notarial. Se le fija el carácter de función pública y se establece una sola clase de notarios. Es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Ejercer íntegramente la fe pública notarial y en su condición de profesional de Derecho está la obligación de asesorar y configurar, por disposición de los Reglamentos de 1935 primero y 1944 posteriormente.<sup>(19)</sup>

(16) MARTIN, Edouard, op. cit., p. 135.

(17) GUARDIOLA y MONETA, "Sistematización didáctica de los estudios notariales", en Revista Notarial N° 739, nov.-dic. 1961, La Plata, Argentina, p. 114.

(18) AVILA ALVAREZ, Pedro, op. cit., p. 114.

(19) Ibid., p. 115.

En América el notario está determinado en su funcionamiento por la influencia de España.

En la época conquistadora se observa al notario como tripulante de las primeras expediciones, dando fe de las "conquistas". La regulación que sobre el particular existía en España será la base sobre la que descansará el ordenamiento notarial en los diversos países americanos. Así las cosas, "el título de escribano, es decir, el título que le acreditaba idoneidad, lo que hoy llamaríamos título académico, no era más que un derecho potencial para actuar como escribano. La selección provenía mediante la examinación hecha por la Real Audiencia".<sup>(20)</sup>

No vamos a entrar a analizar el bosquejo histórico del notario y de la institución notarial en los países americanos. Bástenos mencionar, los caracteres que actualmente tiene en algunos países.

En México es un funcionario investido de fe pública y es un profesional de Derecho. En el primer aspecto estructura los negocios jurídicos, dándoles autenticidad, validez formal y como profesional asesora, aconseja e ilustra a las partes en materia jurídica.<sup>(21)</sup>

En Puerto Rico es un profesional de Derecho que tiene el carácter de funcionario público.<sup>(22)</sup>

En Uruguay se destaca el carácter de profesional en Derecho, dentro del marco de profesional liberal con el carácter de función pública que implica al notariado.<sup>(23)</sup>

En la República Argentina es profesional de Derecho y un funcionario público de características especiales, según la doctrina dominante. En todo caso, es un profesional de Derecho con ejercicio de una función autenticadora.

En Costa Rica es un profesional de Derecho que ejerce una función pública.

La controversia doctrinaria sobre este punto es ardua y compleja; no entraremos a analizarla, pues por obvias razones nos separaríamos del tema.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en 1948, estableció claramente que el notario latino es el profesional de Derecho encargado de una función pública.<sup>(24)</sup> Sucesivos congresos de la Unión, los encuentros internacionales del Notariado

(20) PONDE, Eduardo B. *Origen e Historia del Notariado*, Buenos Aires, 1967, p. 348.

(21) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 98.

(23) Larraud, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, págs. 589-98. Este autor considera incorrecta la equiparación de funcionario público y admite el carácter de función pública de la función notarial.

(24) *Congresos Jornadas*, Ediciones Repertorio Notarial, La Plata, Argentina, 1969.

Americano que han tratado el tema han corroborado y confirmado ambos caracteres, y para ello han establecido la necesidad de una adecuada formación jurídica universitaria.

Observamos, entonces, que las condiciones esenciales que caracterizan al notario actual surgen a partir del siglo XIII. Es decir, el notario conocedor de Derecho, jurisperito, dotado de poder fideifaciente. La denominación ha variado. En la Roma justiniana se le llamó tabelión. A partir del siglo XII, notario y escribano indistintamente. La Ley de Ventoso del año XI le denomina notario, término generalizado y aceptado por la Unión Internacional del Notariado Latino. Excepcionalmente Argentina y Uruguay lo denominan escribano.

Concluimos de que los orígenes, la trayectoria histórica y el estado actual del notario y del notariado en general, han satisfecho todas y cada una de las necesidades que originaron su función. Ha ido obteniendo reformas, algunas veces como respuesta a los ataques sufridos, pero que en vez de debilitarlo lo han fortalecido. El dinamismo que le caracteriza es condición sine qua non de su supervivencia y por ende de su superación científica e institucional.

## B) OBJETO: Documento Público Notarial.

### 1) Generalidades.

Núñez Lagos, ha dicho que "Los Notarios hacemos documentos. En nuestro oficio. Hablar de documentos debiera ser nuestro gozo. Sin embargo, se habla más del oficio".<sup>(25)</sup>

Nos referiremos en este párrafo al documento notarial en dos aspectos: caracteres y requisitos. No obstante consideramos conveniente hacer incursión en algunos tópicos generales del documento notarial en sí.

El documento es una cosa material y por lo tanto perceptible a nuestros sentidos. Las legislaciones usualmente lo suelen considerar como un bien mueble corporal.

Larraud<sup>(26)</sup> nos dice que es una cosa corpórea, tiene volumen con extensión tridimensional limitada e impresiona nuestros sentidos, y es además mueble, ya que puede transportarse de uno a otro lado, aún pasando de mano en mano.

Necesariamente hay que acudir al maestro Carneluti<sup>(27)</sup> para que nos de la base estimológica: documento, es una cosa que docet, esto es,

(25) NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el Documento Público*, Ediciones U.N.A., Bs. Aires, 1969, p. 11.

(26) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 197.

(27) CARNELUTI, Francesco, "Sistema de Derecho Procesal", tomo II, p. 414, citado por Bollini, Jorge A. en "Contribución al estudio histórico del documento y de la institución notarial", separata, Buenos Aires, 1958, p. 5.

que lleva en sí la virtud de hacer conocer. Esta virtud se debe a su carácter representativo; por eso documento es una cosa que sirve para representar a otra. Por otra parte, siendo la representación siempre la obra de un hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo), del trabajo de un hombre.

Por tal razón está dotado de significación intelectual.

González Palomino, rechazando el concepto unitario del documento, distingue documentos, de los documentales y documentoides, considerando documentales a los fotogonofráficos, por ejemplo, fotografías, copias magnetofónicas, placas fonográficas, documentoides, el boleto del ómnibus, entradas al teatro.<sup>(28)</sup>

Pero del género documento nos interesa la especie, documento público notarial, o bien instrumento público. Instrumento<sup>(29)</sup>, del latín instrumentum, de instruo, es, ere, instruir, designa todo lo que sirve en juicio para la instrucción de una causa, o conduce a la averiguación de la verdad, abarcando, por tanto, toda clase de documentos.

En sentido específico, como derivación del concepto clásico proveniente del derecho progenitor, instrumento y documento tienen un valor etimológico similar. De igual manera, obedecen fundamentalmente a ser forma exteriorizada de la voluntad, tomando en consideración que ésta puede resultar externada por la vía oral y por la vía escrita; en este último sentido, resulta el documento. Este es el resultado normal, cuando la escritura recepta una de las formas o procedimientos de exteriorizarse la voluntad del individuo, impulsada por la autonomía privada.

Calificamos el documento notarial de público. Lo es así por llevar en sí la prueba de su procedencia. De ahí que se hace innecesaria toda probanza acerca del autor de la misma. Contrariamente, los documentos privados no emanan de funcionario público o profesional de Derecho encargado de una función pública, por lo que no llevan la presunción de validez, haciéndose necesaria la comprobación de su procedencia.

Ahora bien, de la función notarial y el documento notarial deviene una relación de suma importancia, dado que, tal y como lo dice Núñez Lagos<sup>(30)</sup> toda la actuación del notario está conversivamente orientada hacia el instrumento público. Este, como parte de una rama del Derecho, como resultado del quehacer notarial, busca la certeza y seguridad.

Gattari<sup>(31)</sup>, sobre el particular, nos dice: En toda actuación notarial distinguimos tres hechos: los dos primeros son: a) el hecho de las

(28) GONZALEZ PALOMINO, José, "Negocio jurídico y documento", págs. 147 y ss. citado por Larraud, op. cit., p. 198.

(29) GONZALEZ, Carlos Emérito, op. cit., pág. 305.

(30) NUÑEZ LAGOS, Rafael "Los esquemas", p. 16, citado por Gattari, Carlos N., op. cit., págs. 77-8.

(31) GATTARI, Carlos N. Ibid, p. 85.

partes, y b) el hecho del notario, los cuales al ser manifestación de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, son objetos culturales egológicos. Pero, como ambos se dan en la dimensión tiempo, si se quiere que sus consecuencias perduren es necesario proveerlos de un sustrato permanente c) el hecho instrumental.

El primero de ellos no pertenece al derecho notarial puro, aún cuando sea necesario para que se realice el segundo. El instrumento público es objeto cultural mundanal que se encargara de convertir el hecho constitutivo en hecho auténtico, merced a la fe pública del notario "como atribución y potestad que posee el notario, considerado en sí mismo, en su calidad de tal, y en su carácter eminentemente personal, per se; en cuanto desarrolla una actividad que le es propia y en la que pone, no solo el ejercicio de sus facultades operativas, sino su esfuerzo personal fundado en los elementos que le da la ley, por un lado, y su investigación y responsabilidad individuales por otro".<sup>(32)</sup>

## 2) Concepto.

Para Fernández Casado: Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.<sup>(33)</sup>

Según Sanahuja y Soler, el documento notarial es el documento autorizado por notario.<sup>(34)</sup>

Larraud nos habla del documento notarial o instrumento notariado, como aquel que ha sido autorizado por notario; el expedido por un escribano en ejercicio de la fe pública, del cual será su autor cierto.<sup>(35)</sup>

González, siguiendo a Giménez Arnau y a Alberto de Velasco nos apunta: Documento es el que, como funcionario, interviene notario competente, y en el que se puede consignar bajo su fe y con arreglo a las leyes, los negocios jurídicos de los particulares o los actos o hechos que no requieren declaración de voluntad o prestación de consentimiento y se quieren revestir de notoriedad, fijeza o eficacia.<sup>(36)</sup>

De las definiciones anteriormente expuestas, la última nos parece completa, dado que se analiza la necesidad de que el documento sea autorizado por notario competente, con las formalidades legales, teniendo por contenido hechos o actos jurídicos, para dotarlos de autenticidad. De acá notamos las dos clases típicas de documentos notariales: escritura pública y acta notarial.

(32) Ibid., p. 89.

(33) FERNANDEZ CASADO, citado por González, Carlos E., op. cit. p. 304.

(34) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup> "Tratado de Derecho Notarial", tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1945, p. 421.

(35) LARRAUD, op. cit., p. 202.

(36) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 308.

## 3) Caracteres.

Caracteres es la circunstancia con que una cosa o persona se distingue de las demás.

El documento notarial, siguiendo a González<sup>(37)</sup> presenta los siguientes rasgos que lo tipifican y caracterizan como tal:

a) Garantía. Es misión del Estado en situación de derecho hacer imperar en todo momento el resultado de la actuación notarial. Así, al constituirse una obligación, velará por su cumplimiento evitándole la patología jurídica y adversamente admitiéndose la realización normal del derecho.

Se protegerá mediante el documento notarial a partes y a terceros, dando garantía eficaz en la sociedad.

b) Credibilidad. La credibilidad que emana del documento autorizado por notario es contra todos y para todos. Se afirma tanto en su aspecto externo (signos exteriores públicos) como en cuanto a las enunciaciiones contenidas en él. Es veraz. Por lo tanto debe ser y es creído.

c) Firmeza e irrevocabilidad. Ninguna autoridad superior o posterior puede revocarlo. Nació por la voluntad autónoma de las partes y bajo la autoría del notario autorizante. Sólo las partes, en otro documento, podrán variar el contenido. El documento es firme y es irrevocable. Núñez Lagos dice: No cabe apelación contra ella (refiriéndose a la escritura pública), aunque quepa acción de nulidad en un proceso independiente en línea colateral.<sup>(38)</sup>

d) Ejecutoriedad. Se vincula este carácter del documento con un criterio fundamentalmente procesalista, dada la inescindibilidad del documento en sí y el carácter de ejecutorio del juicio, dado su matiz de indubitabile.

e) Fecha cierta. La fijeza y veracidad de la fecha es un carácter impreso en el documento notarial. Sus efectos en derecho son importantes y valiosos.

f) Seguridad. Si el fin del Derecho en general es conferir certeza y seguridad, la actuación notarial traducida en el documento se encamina a ese fin común y básico. La sociedad en general, las partes en concreto, otorgan el instrumento dado el carácter irreversible que denota y emana de él y se traspasa a quien lo detenta. El documento notarial constituye derecho y confiere seguridad. Falbo<sup>(39)</sup>, refiriéndose a la escritura pública en particular, nos apunta: La escritura pública en cuanto

(37) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 317 y ss.

(38) NUÑEZ LAGOS, Rafael "Hechos y Derechos en el Documento Público" págs. 281, citado por González, Carlos E., op. cit., p. 319.

(39) FALBO, Miguel N., "Naturaleza jurídica del documento notarial", Ed Cuadernos Notariales, N<sup>o</sup> 33, Universidad Notarial Argentina, La Plata, p. 26

es título acreditativo de una situación, importa una construcción jurídica que confiere seguridad a quien la ostenta y esta seguridad equivale a un resultado que es uno de los fines esenciales del Derecho.

g) Autenticidad. Una de las principales cualidades del documento notarial es ser auténtico. Es decir, es válido, de autor cierto, que hace plena fe, fe pública de lo que ha pasado en su presencia y lo ha constatado "de visu et auditu sui sensibus", pues la autenticidad —per se— es prueba.

Desde otro punto de vista, de incuestionable importancia, los caracteres del documento se clasifican en: externos e internos. Los externos son: Pieza escrituraria o instrumental, escritura o grafía y sellos. Los internos resultan ser: tenor o contenido literal y autoría.<sup>(40)</sup>

El Cuarto Encuentro Internacional del Notariado Americano, celebrado en Bogotá, Colombia, en el año 1968, refiriéndose al documento notarial y su distinción con los demás documentos, declaró: "De acuerdo al concepto actual de la doctrina especializada, el documento público notarial, se distingue de los demás documentos: 1) Por la especialidad de caracteres que lo integran, o sean: a) los externos o extrínsecos (es decir, la escritura en sí) como cosa corporal o soporte físico de las relaciones jurídicas, entre ellas el papel con sus características particulares en cuanto a numeración, valor fiscal, foliatura, rúbrica, lugar y fecha de otorgamiento y su grafía, la que a su vez debe reunir los requisitos de legibilidad, indelebilidad, etc.; y b) los internos o intrínsecos como su tenor instrumental, la posibilidad de comunicación y fijación del pensamiento del autor de la declaración al destinatario, el idioma, el lenguaje, etc..."<sup>(41)</sup>

#### 4) Requisitos.

Son requisitos del documento notarial: el ser autorizado por notario competente y estar configurado con las formalidades legales.

El primer requisito nos lleva necesariamente a indicar la necesidad de que el agente de la función notarial esté legalmente investido, valga decir, introducido al ejercicio activo de la función notarial, con los deberes, obligaciones y derechos que la misma señala. Asimismo, dotado del carácter fedatario que el Estado le ha otorgado, y que su actuación se enmarque dentro de los moldes de la competencia, por razón de la materia del territorio y de las personas.

La competencia notarial está compuesta por los siguientes elementos, al decir de Gattari<sup>(42)</sup>: rogatio el petitio, que responde a la roga-

(40) LARRAUD, op. cit., p. 206 y ss.

(41) Resolución IV Encuentro Internacional del Notariado Americano, en Congresos y Jornadas, Ediciones Repertorio Notarial, La Plata, 1969, pág. 183.

(42) GATTARI, Carlos N., "Competencia voluntaria e instrumental", en Revista Notarial, N° 763, La Plata, 1965, pp. 1895 y ss.

ción; primera audiencia y cognitio; la instrumenti factio, de gran trascendencia también, dado que comprende lo referente a la redacción del documento público de acuerdo a las formalidades que la ley señala tanto de fondo, como formalmente; la subscriptio, por las partes; la tabellionis absolutio, o sea la firma por el notario, autorizando el documento y por último la inscripción del título, según que el acto autorizado así lo requiera.

Hemos examinado el documento, sus generalidades, sus caracteres y requisitos. Nos interesa, seguidamente, señalar la importancia que a través de la historia ha reflejado el mismo como obra del notario.

#### 5) Evolución histórica del documento.

Uno de los problemas fundamentales que el hombre como miembro de una sociedad ha enfrentado, es la probanza de los hechos que constituyen ulteriormente derechos, por medio de las relaciones jurídicas. Por estos motivos resulta de interés y no menor importancia el estudio de los orígenes de la contratación escrita y el auge del documento en ella, así como la consecuente y necesaria aparición del sujeto o agente típico encargado de su redacción.

Núñez Lagos dice: En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento.<sup>(43)</sup> Se impone, de tal manera, el estudio evolutivo del documento y particularmente del documento notarial, hasta llegar al documento notarial en la actualidad, que analizaremos infra. El estudio del documento notarial ayuda a conocer la historia y a la vez su influencia recíproca en la comunidad. "La historia del documento es breve. Poco estudiada y mezclada con otras materias del derecho. Sus hitos a pesar de todo son claros. Primero la palabra bastó. La voluntad se representaba rudimentariamente. La ciencia jurídica avanzó y nivó el papel y la imprenta y aparece el instrumento público, factor final de seguridad en el negocio jurídico",<sup>(44)</sup> nos apunta González.

Por otra parte, Larraud<sup>(45)</sup> manifiesta que mediante "una evolución extendida a lo largo de siglos, el documento con contenido de negocio privado desprendió una especie que poco a poco fue ligándose a la actividad del Estado, acentuando su carácter oficial e incorporando rasgos de eficacia que conjugaron finalmente una virtualidad tal, como para convertirlo en un elemento de técnica jurídica inapreciable, aparte para constituir las relaciones de derecho, para probar en juicio y fuera de él, la existencia y el alcance de las obligaciones constituidas, facilitando la circulación de los bienes y la seguridad del tráfico jurídico. Nos referimos, claro está, al instrumento notariado". Por supuesto que se ha ido trans-

(43) NUÑEZ LAGOS, Hechos... op. cit., citado por Bollini, op. cit., p. 7.

(44) GONZALEZ, op. cit., p. 302.

(45) LARRAUD, op. cit., p. 199.

formando insensiblemente y después, gracias a la investidura de fe pública a su autor, sus actos quedarán beneficiados de esa particular validez y eficacia. Si el documento particularmente considerado contenía una declaración negociada con contenido de derecho privado, se fue configurando la especie más típica de los instrumentos públicos: la escritura pública.

Es así como aparece el documento notarial, creado con la participación del notario, y autorizado dentro del marco prefijado a la función notarial.

Mustápic<sup>(46)</sup> establece que la historia del notariado es la historia de la transición del documento privado, en la vida del derecho, a la categoría del documento público, por la intervención ahora necesaria de un oficial público que jerarquiza al mismo con intervención.

Lo cierto es que hubo necesidad de una etapa de transición, condicionada de una parte por la simplicidad, ésta a la vez caracterizada por el temor divino, bien por principios religiosos o dada la existencia de una buena fe "desbordante" de la sociedad primitiva. Por la otra la complejidad creciente de las relaciones humanas hizo necesario probar, formalizar o darle autenticidad a sus actos. Esto dará lugar al nacimiento de la escritura o documentación para asentar relaciones jurídicas. Se va justificando paulatinamente el nacimiento del documento notarial y de su autor. Pero veamos, aunque sea a grandes rasgos, esa "gestación" del documento notarial. Probaremos históricamente la importancia de él y consecuentemente de su autor, en nuestro notariado latino.

Es conveniente relacionar, al estudiar el origen del documento contractual, los diferentes ordenamientos jurídicos en la antigüedad, sean el babilónico, el asirio, el griego, el egipcio y el romano. En todos y cada uno de ellos, con variantes propias de la civilización, es utilizada la escritura como un medio de crear o probar relaciones jurídicas, así como el documento en el campo de la contratación. No entraremos a analizar estos Ordenamientos Jurídicos in extenso por considerarlo disgregación del tema. Lo tomaremos como un círculo determinante para el análisis del origen del documento contractual.

Tanto el Derecho Asirio como en el Babilónico, los primeros testimonios de contratación escrita se remontan a los sumerios, 2900 años antes de Cristo. La forma del documento utilizada, para aquellos que contienen negocios jurídicos, ofrece dos formas esenciales, nos dice Bollini<sup>(47)</sup>: o bien son tablillas delgadas de cuatro esquinas con ángulos redondeados, o gruesas con cuatro ángulos rectos sin redondear. Pero lo más importante para lo propuesto en el presente trabajo, es que el signo característico existente en la tablilla con escritura cuneiforme es la presencia de testigos, constituyendo con el sellado del documento los elementos de prueba de su autenticidad.

(46) MUSTAPICH, José M., "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial", tomo III, Ediar S. A., Buenos Aires, 1955, p. 11.

(47) BOLLINI, op. cit., p. 11.

Variaba el número de testigos entre dos y veintitrés.

Las partes del contrato imprimían su sello. En cuanto a la clase del documento es admitida su condición de privado, dada la misma condición del autorizante. El documento se caracteriza por la uniformidad y continuidad de sus elementos integrantes y la invariabilidad de los mismos. Los formularios utilizados comienzan y siguen en igual forma: exposición de hechos, objeto del negocio, nombre de los contratantes, nombres de los testigos, del escribano, sellos y fecha. Los documentos cuneiformes, desde el ángulo de su valor jurídico, son fundamentalmente probatorios, no dispositivos, pero gradualmente llegan a desempeñar la función de los documentos constitutivos.

En el Derecho Griego destacan los siguientes documentos, que contenían contrataciones jurídicas: el síngrado y el quirógrafo. El primero era un documento público dada la concurrencia de numerosos testigos y el carácter ejecutivo del mismo. No obstante hay quienes lo consideran como un contrato bilateral con fuerza obligatoria y hay para quienes es un simple documento probatorio. Para otros, en cambio la causa constitutiva de la obligación no sería el documento mismo sino la verbal declaración efectuada ante los testigos y ante un funcionario, lo que realmente le confiere al documento la fuerza dispositiva. A este documento se le da el valor de la Stipulatio romana. En cuanto al quirógrafo es un documento en forma de carta, hecho por escribano.

El mismo Bollini, nos dice que en cuanto a la forma de los documentos griegos es interesante dejar constancia de la repetición de giros de redacción y cláusulas especiales, que aseguraban la validez del documento.<sup>(48)</sup>

En el Derecho greco-egipcio, el papiro tiene una importancia notoria. Los rasgos del documento están determinados en cuanto a la forma: introducción, fecha, nombre del otorgante, texto, nombre del escribano y de los testigos. La influencia griega se deja observar merced a la introducción en Egipto de la documentación escrita durante la dominación macedónica.

Los documentos públicos griegos tienen las siguientes características: a) en el año 265 antes de Cristo, crean los ptolomeos, encargados de funciones notariales, y los documentos otorgados ante ellos constituyen el ejemplo típico del instrumento público; al principio del documento se encuentra la fecha, luego el nombre del notario, declaración de las partes, firma del notario. El documento era conservado por el Notario, reuniendo los de un determinado período temporal, pudiendo las partes solicitar la expedición de copias de ellos. Los notarios acostumbraban llevar un índice de los documentos por ellos autorizados con un extracto de su contenido; b) estipulaciones ante el juez, juntamente con las funciones de los notarios, las autoridades judiciales tienen facultad para otorgar documen-

(48) BOLLINI, op. cit., p. 12.

tos públicos; c) existían además los documentos bancarios, cuando el pago de contratos otorgados ante notario, debía realizarse por medio de una institución bancaria.<sup>(49)</sup>

En el derecho romano, cuyas características principales son el formalismo y la oralidad, encontramos la *mancipatio* y la *stipulatio* como actos jurídicos principales. La *mancipatio*, referida principalmente a la adquisición del derecho de propiedad quiritaria y la segunda, para contraer obligaciones civiles. Nos apunta Bollini: Junto a estas dos instituciones típicas de los derechos civiles romanos, el derecho de gentes fue introduciendo nuevos tipos de negocios exentos de formalidades; así la tradición fue ganando terreno a la *mancipatio*, los contratos reales y consensales fueron disputando a la *stipulatio* su campo de aplicación.<sup>(50)</sup>

Dada la característica de oralidad del Derecho contractual romano, lógico resulta que el papel de la escritura en la contratación escrita en Roma desempeñaría un papel estrictamente probatorio y no dispositivo, principalmente en el período clásico. Luego se produce una evolución hacia las formas escritas, dada la atenuación del formalismo, cobrando así valor constitutivo, supliéndose a la prueba testifical. Ya en las Compilaciones de Justiniano aparece la *stipulatio* como acto escrito sin exigencia oral, creándose el documento como medio de crear obligaciones. Se fue transformando el sistema contractual romano de su forma oral a la forma documentada.

La novela 45 de Justiniano es la encargada de la regulación de las actuaciones notariales; aquí encontramos el origen del protocolo. La novela 48 establece la forma en que corresponde empezar las escrituras y los requisitos a que debían sujetarse los Tabelliones. La número 76 señala la fuerza probatoria de la escritura.<sup>(51)</sup>

Estos son los antecedentes del documento notarial latino que según López,<sup>(52)</sup> la historia conocida del instrumento público salta desde Roma a la aparición de los Códigos Alfonsinos, el Fuero Real y las Siete Partidas y atribuye a la Escuela de Bolonia con Rolandino al frente, buena influencia sobre los redactores de los Códigos Alfonsinos, en aquel siglo XIII, siglo de oro del notariado español y del notariado en general.

#### 6) El documento notarial latino.

La institución notarial sobrevive en Italia, en el siglo XIII, con modalidades propias y siguiendo también los lineamientos clásicos pero con mayor fuerza y significación de su función técnica y social.

(49) BOLLINI, op. cit., pp. 13-14.

(50) Ibid.

(51) ALLENDE, M. Ignacio, op. cit., p. 30.

(52) LOPEZ, Eduardo, Libro... p. 224, citado por González, op. cit., p. 300.

El arte notarial con ciertos aspectos científicos lo inician en Italia, dadas las publicaciones que hacen, Innerio, con su *formularium tabeliorum*; Rainieri di Perugia, quien escribió *Ars Notariae*, y por supuesto Rolandino Passaggero, con sus inmortales obras *Summa Artis Notariae* y *Aurora*. En España, los Códigos Alfonsinos; la ley de las Siete Partidas es muestra clara de la importancia que de la institución notarial en general, y particularmente del instrumento público, se tenía. Todo este conjunto sistematizado de conocimientos será trasplantado a América. Examinemos, pues, el documento notarial en los países europeos y finalmente su incidencia en América.

A finales del siglo XI la actividad de las partes es reemplazada por la actuación del notario primeramente eclesiástico, y luego laico, pero pareciera que ya dotado y alcanzado por la fides pública. Nos dice Pondé que "no habrá que otear históricamente el hecho único, aislado la concepción gubernativa por la que se investía de facultad fideifaciente al notario, sino la concatenación de hechos variados, repetidos, con una sistemática capaz de incorporarse a la vida humana como norma de derecho consuetudinario".<sup>(53)</sup>

Pero "cuando el notario aparezca dotado del poder fideifaciente, entonces la carta adquirirá una valoración preponderante y por la energía del poder fedante del hacedor del documento, ascenderá a la condición de instrumento".<sup>(54)</sup>

El documento notarial de esta época, dotado de autenticidad, requería la exactitud en la redacción en el idioma latín. La definición que del documento notarial da Azpeitia,<sup>(55)</sup> es claro ejemplo de lo manifestado, toda vez que consideraba instrumento todo aquel que ha sido hecho por "mano pública", o sea por los tabeliones, y que esos instrumentos tienen y mantienen y defienden la integridad de lo verídico de su contenido, a no ser que acreditara prueba en contrario.

El documento notarial comprendía dos partes: tenor del negocio, que contenía las convenciones de los contratantes, y una segunda parte que era su publicación con la solemnidad correspondiente encargada de darle el carácter de público y auténtico. Núñez Lagos,<sup>(56)</sup> considera que los requisitos del documento se refieren, por una parte al notario y por la otra al documento en sí mismo. Respecto al notario son: "la rogatio", "la auditio", "la facción" del documento y su publicación. Son requisitos del documento en sí mismo, las publicaciones y el tenor del negocio. En estos dos últimos requisitos del documento, hallaremos todos los elementos que

(53) PONDE, Eduardo B., op. cit., p. 146.

(54) Ibid, p. 128.

(55) AZPEITIA, Esteban Matero, "Derecho notarial extranjero", Reus, Madrid, 1929, p. 84, citado por Pondé, op. cit., p. 169.

(56) NUÑEZ LAGOS, Rafael, "El Documento Medieval y Rolandino", Madrid, 1951, págs. 115 y ss., citado por Pondé, op. cit., págs. 175-7.

hoy, en alguna medida pulidos, atañen a la conformación de nuestro documento notarial. El contenido de las publicaciones implicaba la enumeración de todas las circunstancias especiales que debían hacerse constar, así como también los hechos que debían producirse (fecha, día, hora).

Otra parte componente de las publicaciones era la "arenga", si bien es cierto con poca importancia, consistente en una exteriorización de un estado de ánimo, coincidente con el momento de la autorización del documento notarial. Para efectos de publicidad del contenido del negocio, se redactaba una fórmula con los caracteres de una notificación, dirigida y con efectos erga omnes. Posteriormente se procedía a la lectura, autorización, firma y signo.

En cuanto al tenor del negocio son importantes los siguientes elementos: contratantes, descripción de la cosa objeto del negocio, precio, transmisión, domicilio, cláusula de evicción, penas o sanciones por incumplimiento y sus consecuencias. Podemos afirmar, con Pondé, que desde ese entonces, por la fundamental influencia que los formularios de estos juristas de la escuela de Bolonia impusieron con su autoridad, los documentos notariales pasaron a redactarse en general de la misma manera.<sup>(57)</sup>

La Ley de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, dictada en España, en su Partida tercera, título XIX, establece la regulación de la institución notarial, condiciones éticas y técnicas de los notarios. Pero nos interesa más el título XVIII de la citada Partida,<sup>(58)</sup> que viene a referirse al documento notarial, y la ley LIV viene a establecer que el documento debía hacerse por mano de escribano público, debiendo aparecer los nombres de las partes, objeto del contrato, la forma del mismo, testigos, día, mes, lugar donde se firmaba o suscribía el documento, y el signo del escribano autorizante. El notario debía dar fe de conocimiento e identificación de los comparecientes, aspecto al que se le da mucha importancia.

La Ley del 25 de Ventoso del año XI (6 de marzo de 1803),<sup>(59)</sup> de trascendencia esencial en el notariado latino, en su sección segunda, título I, se refiere a las formas, actas, minutas, certificaciones y protocolos. Denomina al documento notarial (circunstancia que se mantiene actualmente en Francia) acto o acta, sin necesidad de especial distinción, excepto que entre escritura y acta, tal y como la doctrina lo señala, la diferencia se encuentra tanto en la forma como en el contenido, y no en el nombre.

El documento notarial bajo esa circunstancia hace fe notarial y está dotado del carácter ejecutivo. Las actas deben contener el nombre y residencia del notario, nombre y residencia de los testigos instrumentales, lugar, día, hora y año de la autorización, nombre, apellido, condición y residencia de las partes; unidad de texto, así como prohibición de claros, abreviaturas, cifras, sumas (estas últimas deberán estar en letras); el acta será suscrita por las partes y autorizada por el notario.

(57) PONDE, Eduardo B., op. cit., p. 181.

(58) *Las Siete Partidas*, en Pondé, op. cit., págs. 588-601.

(59) *Ley del 25 ventoso, año XI*, en Pondé, op. cit., págs. 608-14.

La Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de mayo de 1862<sup>(60)</sup> vino a restablecer en España el orden, quebrado en virtud de la espúrea institución conocida como "venta de oficios", tan perniciosa y desacreditadora de la organización notarial española. Vino esta ley a establecer el carácter o cualidad de autenticidad al documento, al igual que la ley francesa.

Su autorización consistirá en la firma, sello y signo del notario. La fe de conocimiento ampliamente regulada, y el documento se redactará en lengua castellana, sin usarse abreviaturas ni guarismos. De igual manera son prohibidos los claros. Se debe indicar el lugar, fecha de otorgamiento, nombre del notario, nombres de los testigos, de las partes, así como su vecindad. Deberá concordar la lectura con la unidad del acto. La fe pública y su actividad fideifaciente, se encuentra circunscrita a la demarcación territorial.

La Ley Italiana del 13 de febrero de 1913 es, según opinión generalizada, la que puso al notariado italiano a la altura organizativa que correspondía en su artículo 51 fija los requisitos y solemnidades del acto o "atto público", así como a la necesidad de que haya unidad de acto; se prohíben abreviaturas, se exige lectura y los nombres y apellidos del notario, partes y testigos.

En América, la Recopilación de las Leyes de Indias dispuso lo pertinente para regular la institución notarial, estableciendo que el documento debía ser autorizado por quien estaba investido para ello. Se prohíben abreviaturas y se debían escribir las cantidades en letras.

Observando lo anteriormente expuesto, podemos concluir que no es sino a partir del siglo XIII que el documento notarial aparece dotado de una cualidad de autenticidad como resultado lógico del poder fideifaciente de que está investido su autor. El resumen de la institución notarial y del documento notarial lo da Larraud, quien afirma: "A partir del siglo XIII y hasta fines del siglo XVIII por lo menos, la institución notarial adquirió extraordinario desarrollo, y el escribano vino a convertirse en un verdadero y con frecuencia obligatorio documentador profesional de los más importantes actos jurídicos, públicos o privados... Para que sus instrumentos quedasen beneficiados de una particular eficacia, fue investido (el notario) de fe pública..." El escribano era, pues, autor del documento que autorizaba".<sup>(61)</sup>

## 7) El documento público notarial actual.

Examinaremos dentro del último enfoque al documento notarial, su situación actual, la función que cumple y en consecuencia las necesidades que llega a cubrir. De esta manera lograremos continuar marcando su

(60) *Ley Orgánica del Notariado Español*, en Pondé, op. cit., págs. 614-20.

(61) LARRAUD, Rufino, op. cit., págs. 199-200.

importancia, su justificada existencia y la eficacia que innegablemente produce en el desenvolvimiento normal del Derecho.

El documento notarial, formalmente válido, con una redacción técnica en general encaminada también a la validez y a la eficacia del negocio jurídico contenido, como resultado primordial de la actividad del notario dentro del marco de su competencia, cumple tres funciones básicas, cada una como respuesta a una necesidad social y jurídica: es forma es prueba y da validez y eficacia al acto o negocio jurídico.

#### a) Forma.

La forma es producto de la exteriorización de las voluntades vinculantes.

Sólo exteriorizada la voluntad producirá efectos en derecho. Esa realidad será un "molde" preparado por el jurisperito y dotada de autenticidad.

En consecuencia, esas relaciones jurídicas que tienen por objeto un contrato, por ejemplo, nacerán a la vida en forma de escritura pública. Eso permitirá determinar claramente el carácter jurídico de los actos y su presencia hace de la celebración de los actos, acciones humanas conscientes y prudentes.

Digamos por ahora únicamente eso. En el capítulo siguiente, ahondaremos las consideraciones sobre la importancia de la forma.

#### b) Preconstitución de la prueba.

Históricamente es indudable que el instrumento notarial ha servido de medio probatorio; la pérdida de importancia del testimonio oral, dadas ciertas condiciones de innegable trascendencia y que resumimos en el simple paso de lo sencillo o lo complejo. La busca de la verdad encontró en el documento (notarial concretamente) y a su individualidad y propia fuerza probatoria fue prolongación de años del humano vivir.<sup>(62)</sup>

Por tales razones hemos visto, y tomando un criterio procesalista, que el documento notarial no es sino un medio de prueba, medio de prueba de un futuro litigio. El derecho notarial, para este criterio, no es sino derivación del derecho procesal. No analizaremos la discusión que sobre el particular se ha planteado.

Modernamente, en contraposición a dicha concepción, se considera que pretender considerar la preconstitución de la prueba objeto del Derecho Notarial (mostrado éste a través del documento), es un objeto de tipo negativo, nos dice Gattari.<sup>(63)</sup> Y es un objeto de tipo negativo por subordinar el objeto principal del hecho notarial a una situación posible (aspecto procesal probatorio), que en la inmensa mayoría de los casos no se da. Siendo un carácter negativo, no puede ser esencial ni pretender ocupar

la atención en primer término. En el orden axiológico, además representan desvalores.

"Si se ha logrado expulsar del derecho notarial puro lo que Mengual y Mengual llamó derecho contractual (civil, comercial), es hora de que definitivamente se tire por la borda el lastre que significa considerar como función primordial el hecho notarial la preconstitución de la prueba, que es un concepto netamente procesal y por ello fuera de enfoque propio".<sup>(64)</sup>

En idéntica situación Núñez Lagos nos dice: "El documento no tiene, como nota característica, la de formarse para ser un medio de prueba. Naturalmente que si el documento expresa hechos jurídicos, podrá ser, además de documento, medio de prueba, más una cosa es su aptitud de ser medio de prueba y otra muy distinta es su naturaleza y su estructura".<sup>(65)</sup>

En síntesis, consideramos que el documento notarial en una de sus consecuencias, y tendiente a su finalidad accidental es un medio de prueba. En algunos casos será indispensable. Pero ese documento, si no se requiere procesalmente, no tendrá ninguna vinculación con el efecto antedicho. No es el fin, es un accidente.

El Séptimo Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Bruselas, en 1963, resolvió, que el documento notarial constituye un medio de prueba legal, siendo un elemento jurídico indispensable para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas.<sup>(66)</sup>

#### c) Validez y eficacia del negocio jurídico.

Obviamente, el documento notarial en su nacimiento tiende, en el medio social, a servir de eficacia del negocio jurídico que documenta. Viene a imprimirle certeza y seguridad a las relaciones jurídicas particulares, evitando así el peligro de intervenciones judiciales contenciosas que no contribuyen al desarrollo del Derecho en su etapa normal. Mediante la intervención notarial se dota la autenticidad al documento.

El Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París en 1954, estableció que el documento autorizado por notario constituye, por el hecho de serlo y en virtud de la delegación del poder público cuya autenticidad no puede ser desconocida más que atacándola por causa de falsedad.<sup>(67)</sup>

Hemos analizado el documento notarial, en sus caracteres y requisitos, su evolución histórica y su función o finalidades que cumple en la

(64) GATTARI, Carlos N., *El objeto...* op. cit., p. 54.

(65) NUÑEZ LAGOS, Rafael, "Perfiles acerca del concepto y clases de documentos", en *Revista Notarial*, p. 708.

(66) *Congresos y Jornadas*, op. cit., págs. 107-8.

(67) *Congresos y Jornadas*, op. cit., p. 65.

(62) PONDE, Eduardo B., op. cit., p. 566.

(63) GATTARI, Carlos N., op. cit., págs. 51 y ss.

actualidad. Su importancia es obvia, palpable y determinante. No parece conveniente explayarnos más en el tema.

### III.—La Forma Notarial.

"El Derecho no tolera la carencia de forma. Puede vivir bajo el reinado exclusivo del formalismo. Prefiere el más extremado rigor de éste a la falta absoluta de la forma" ha sentenciado claro Jhiering.<sup>(68)</sup>

Y el Derecho Notarial no puede como disciplina jurídica escapar de esa forma. Y lo que es más importante, es esencialmente básica para el Derecho Notarial.

Ya lo dijimos en la introducción del presente tema, repitiendo a maestro González Palomino<sup>(69)</sup> que la teoría de las formas es la cantera fecunda para la creación de un Derecho Notarial nuevo.

La forma tiene que existir porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas. El hombre crea, produce hechos jurídicos, pone luego su voluntad y estos se convierten en actos jurídicos. "Toda declaración de voluntad exige una forma y en ese sentido, todos los negocios jurídicos son formales".<sup>(70)</sup>

Esa forma notarial está estrechamente vinculada con el estudio de instrumento público como lo vimos anteriormente. "El estudio del instrumento público se vincula a la forma, a la prueba y al negocio jurídico que contiene.

De ellos, no hay duda alguna que la forma descuella sobre las otras, porque sin el cumplimiento de los requisitos legales formales, el instrumento público no existe".<sup>(71)</sup>

La forma jurídica tiene que existir, porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas. El hombre crea, produce hechos jurídicos por su voluntad y estos se convierten en actos jurídicos.

La única manera para que el exterior, el mundo, conozca la declaración que debe salir al espacio físico, la cual ha sido generada en el interior humano es revelándola, volcándola en un molde que será preparado por el Notario, y de esa manera, preferiblemente, nacerá a la vida en forma de documento público notarial, auténtico y legítimo. Pues "los hechos jurídicos —humanos— sólo se ven cuando se saben ver. Sólo se pueden afirmar como evidentes cuando se está capacitado para tener su evidencia... mediante la técnica jurídica, de ahí la preparación jurídica necesaria para el Notario".<sup>(72)</sup>

(68) JHIERING, Espiritu, III, p. 187, cit. por González Palomino, op. cit., p. 90 y por González, Carlos E., p. 347.

(69) GONZALEZ PALOMINO, José, op. cit., p. 87.

(70) GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial Español*, Vol. I, U. de Navarra, España, 1964, págs. 277 y ss.

(72) GONZALEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Rev. Madrid, 1948, p. 87.

Al igual que el ser orgánico el instrumento público tiene materia y forma, esto es cuerpo. Es la aplicación de la teoría Aristotélica del hilemorfismo. Sobre el particular nos dice Neri<sup>(73)</sup> que así como el cuerpo es indispensable al hombre, así la forma es necesaria para el instrumento público. La doctrina de Aristóteles es absoluta, como absoluta resulta su aplicación al instrumento. Parangonando a Barcia, digamos que "...la forma esté en el universo, en la naturaleza, en la creación elemental... la forma es la necesidad y universal revelación de todo principio..."<sup>(74)</sup>

De otro lado, Giménez Arnau, destaca la importancia de la forma Notarial haciendo hincapié en la superioridad lógica de la forma pública en general y de la Notarial en particular, sobre la forma privada.<sup>(75)</sup>

Sobre el particular hemos dejado sentado sobre el presente, que la documentación pública es superior en validez, efectos y formas a la privada. Con el instrumento protocolizado, llega la forma jurídica a su punto culminante y se comprende que haya sido objeto de solícita reglamentación por las legislaciones. Sobre la función que presta la forma pura, además de que se obtiene con la escrita, se añade la que deriva del carácter jurispericial y público, del autorizante y la conservación del documento en el Protocolo.<sup>(76)</sup> ¿Y cuál es el origen de la forma notarial?: Bollini<sup>(77)</sup> nos dice que al lado de las formas más o menos ceremoniales y solemnes manipuladas por personas privadas, se dio origen a un tipo de forma en la que se producen actos de autoridad pública. A esta clase de forma, que se llama funcionarista, pertenece la forma notarial, que llega al resultado del instrumento público; de un lado el hecho de la forma notarial —instrumentum— y del otro su contenido —negotium—.

Ahora bien. ¿Cuáles son las ventajas de la forma? Siguiendo a González Palomino<sup>(78)</sup> se establecen los siguientes: a) Permite determinar el carácter jurídico de los actos, la facilidad y seguridad del diagnóstico. La forma es para los actos jurídicos, lo que el sello para la moneda. Permite establecer, cuál es el acto jurídico querido y llevado a cabo; b) Actúa como despertador de la conciencia jurídica. Quien quería realmente obligarse, lo hace mediante una forma eficaz. Por supuesto que pueden darse los casos contrarios, es decir, que quien quería obligarse, se vea contra su voluntad cargado de una responsabilidad, que no quería; c) La forma, principalmente ante autoridades, y para el caso ante Notario, asegura, la ulterior prueba y a la publicidad del acto, con efectos respecto de terceros. Asegura a veces la ejecución del negocio y su perdurabilidad.

(73) NERI, Argentino, *Tratado de Derecho Notarial*, Vol. II, págs. 59 y ss.

(74) BARCIA, *Sinónimos Castellanos*, cit. por Neri, op. cit., p. 59.

(75) GIMENEZ ARNAU, op. cit., págs. 279-280.

(76) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, *Tratado de Derecho Notarial*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1945, págs. 98-99.

(77) BOLLINI, op. cit., p. 5.

(78) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., págs. 87-88.

¿Y sus inconvenientes? Nos continúa diciendo el autor citado que son: a) el incumplimiento de algunos requisitos, podrían provocar la nulidad de los actos por vicios de forma. No es quizá de la forma en sí, sino de la regulación; b) su inconformidad... los interesados pueden llegar a preferir una cómoda incertidumbre a una molesta seguridad; c) es de naturaleza ética.

Declarar no obligatoria la palabra empeñada por causa de un vicio de forma, es desconocer y arruinar el sentido moral y el comercio jurídico en su base. La lealtad, en parecidos términos para Sanahuja y Soler<sup>(79)</sup> las finalidades que cumple la forma instrumental o notarial son: a) Fija el carácter jurídico de las relaciones que se contraen en la escritura. Ejercer una igual misión que el rito fugaz y que la simple escritura, pero de una manera más definida y patente. Es lo cierto que las partes al otorgar una escritura pública se obligan jurídicamente, y no por mero propósito intrascendente; b) Señala el paso de la fase valorativa, simplemente económica y psicológica, a la jurídica; el tránsito del proyecto al contrato; c) Especifica el tipo de negocio a que se contrae. Es decir el continente contenido tiene un nombre en el Derecho Positivo.

d) Es una prueba del contrato o negocio que constituye su contenido, y no una prueba que necesite el apoyo de otras, y no una prueba plena que vale por sí sola y en buena doctrina únicamente puede ser desvirtuada en procedimiento especial; e) El acto o contrato se presenta en el instrumento público con todos los elementos esenciales y accidentales; f) Perpetúa mediante el Protocolo, los elementos formales, probatorios y sustanciales expresados; g) Es un medio de fijación normal de las obligaciones para pedir su cumplimiento y h) Cumple, dentro de ciertos límites con los fines de publicidad inherentes a ciertas relaciones jurídicas.

Las formas pueden ser, en términos generales, naturales o artificiales. No hay preponderancia, ni relación jerárquica entre unas y otras. Las artificiales pueden convertirse en determinado momento histórico y en espacio en naturales.

Y es que la función notarial es un tipo de forma natural, recogida y desenvuelta por la ley.

En razón de sus fines, pueden ser de solemnidad y de prueba. Las primeras pueden ser "de ser" y las segundas "de valer". Las primeras pueden ser establecidas y exigidas por la ley o bien dispuestas por los interesados. En este caso el negocio, podría suceder, no existe sin la forma, en cuyo caso, es de carácter constitutivo. La otra forma es agregada al negocio para su eficacia. No es constitutiva. La primera también llamada ad-solemnitatem. La segunda ad-probationem. Pero ambas convergen o tienen como fin último hacia un elemento probatorio y éste a su vez, o independientemente de él, hacia la eficacia.<sup>(80)</sup>

(79) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, op. cit., p. 99.

(80) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., p. 104-105, GIMENEZ ARNAU, Enrique, op. cit., pp. 277 y ss., SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, op. cit., p. 97.

En el procedimiento de la forma, en la forma auténtica de los negocios jurídicos, en especial, se cumplen normalmente las siguientes etapas: calificación, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación; correlativamente corresponden a formas parciales, de: forma primaria, de validez, de eficacia, concreta, material y de autoridad, siguiendo a Bardollo.<sup>(81)</sup>

Analizaremos en las líneas siguientes con detenimiento y más amplitud todas y cada una de dichas formas parciales.

Todas absolutamente todas, individualmente consideradas o en conjunto tienden a evidenciar los hechos jurídicos en un instrumento que les conferirá certeza, y eficacia. Es cierto que existe una escala de valores de la eficacia, que como tal, es variable en cuanto a los hechos afirmados por él en el instrumento público. Pero van desde la existencia vital del hecho afirmado, en dependencia de su afirmación instrumental, hasta la simple presunción de existencia, pasando por los escalones intermedios de validez de la eficacia.<sup>(82)</sup>

Porque existencia y eficacia, como efectos, son dos y diferentes "están situados en dos planos distintos, sin contacto alguno. Son dos compartimentos estancos. Un hecho puede ser válido, pero incierto. Un hecho puede ser cierto, pero ineficaz. La comunicación entre ambos compartimentos, nos ha proporcionado la doctrina de las formas jurídicas, que nos explica la escala entera: desde las formas de ser jurídicamente, hasta las formas de valer jurídicamente<sup>(83)</sup>, y a estos extremos, creo, nos hemos referido ya.

En síntesis, ya para terminar este aspecto del presente trabajo digamos que en virtud de la forma, que es base del Derecho Notarial, se ponen en movimiento la función notarial; y esta función notarial que es garantía de la verdad del hecho, es otro tema, en el que por ahora no nos atrevemos a introducir.

#### IV.—Diversos pasos de la forma; formas parciales.

Cada una de las formas mencionadas supra, es forma respecto de la materia sobre la que actúa, porque la determina y la agrega alguna perfección de la que antes carecía. Esas formas parciales, o los diversos pasos de la forma, para distinguirlas de la forma final, en la que se resumen, son entre sí distintas y asegura cada una de ellas, su propio efecto jurídico. Y como lo hemos dicho reiteradamente, todas, —aunque distintas y parciales o bien similares o idénticas—, actúan siempre sobre la misma materia, constituidas por el acto o negocio jurídico. Examinémoslas.

(81) BARDALLO, Julio A., *El Escribano autor de la forma auténtica*, en Rev. Not. N<sup>o</sup> 754, p. 639.

(82) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., p. 88.

(83) GONZALEZ PALOMINO, op. cit., ibid.

### A) Calificación o forma primaria esencial.

El enunciado es claro. La importancia para obtener la eficacia, objeto del presente trabajo en general, de la calificación que el Notario, en virtud de ser un profesional de Derecho, debe dar a los inconexos hechos que le presentan las partes; es fundamental para esa eficacia del instrumento público. Justifica sobre todo, en nuestro sistema francés, el carácter dicho del Notario. La intervención fría, irracional, lega, se descarta y se obtiene una intervención justa, versada, consciente, técnica. Y esto agregado a su probidad, da el opus perfecto. La propia patología del documento debemos derivarla de aquí. La responsabilidad del notario, la propia validez, o invalidez, o ineficacia del documento, depende de la buena o mala calificación que haya realizado el Notario. Estaríamos entonces, según el caso, frente a una nulidad absoluta o relativa, o frente a una falsedad material o ideológica; ambos aspectos en sus diversos matices y efectos, claro está.

Recordando la definición de Notario dada al inicio del presente trabajo, aceptada hoy unánimemente por la Unión Internacional, queda establecida, expresa y claramente, la condición de ser Notario un profesional en Derecho. Los conocimientos que deba tener el notario, la preparación universitaria, extrauniversitaria y en general su ciencia, debe ser suficiente, para que califique el acto que está contenido en su obra: el instrumento público. Es lo mínimo que se le puede pedir al Notario en su carácter profesional; los hechos inconexos, ayunos de calificación por los comparecientes, deben ser encuadrados en una institución jurídica, en un cumulo de disposiciones de Derecho positivo, de cualquiera de las ramas del derecho sustancial.

"Si analizamos uno, cualquiera de los hechos a los que atribuimos calificación jurídica podemos distinguir dos elementos: primero, un acto acaecido en determinado momento y en cierto lugar, perceptible sensorialmente: un acontecimiento, una significación específica; y luego, el aspecto o elemento de que el hecho recibe su sentido y significación propiamente jurídicas, en virtud de una forma que a él se refiere, convirtiéndole en su propio contenido. La cualidad de un hecho por virtud del cual constituye éste, por ejemplo, un testamento o un contrato, esa cualidad que no pueden apreciar los sentidos, se obtiene mediante un proceso lógico, confrontado el hecho con el Código Civil, nos dice Kelsen".<sup>(84)</sup>

La calificación es esencialmente extensible también a la capacidad. Aún en el caso de que la ley no lo establezca expresamente, sino tácitamente, pues en estos casos es posible que no sea omisión.

Esa calificación viene impuesta por la propia naturaleza y la finalidad del instrumento público. "Se trata de un requisito que conceptual

(84) KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Legaz, p. 10, cit., por SANAHUJA Y SOLER.

y lógicamente viene impuesto ab initio para conseguir la eficacia del documento y del acto documento".<sup>(85)</sup>

Y es que en esa capacidad toma fuerza el acto jurídico en virtud de las manifestaciones de las partes. Ese consentimiento, recordemos, no es únicamente interno de querer, sino debe ser exteriorizado, manifestado expresamente, en virtud y perdónese nos la redundancia, de una manifestación de voluntad, clara, diáfana, manifiesta.

No creemos oportuno extendernos al ámbito y las reglas para determinar la calificación de la capacidad.

Digamos únicamente que debe extenderse fundamentalmente a:

- 1) La capacidad de goce; 2) La capacidad de ejercicio, para el acto jurídico de que se trate; 3) La inexistencia de prohibiciones expresadas en la ley; 4) La conciencia libre y la voluntad actual; 5) Cuando el compareciente actúa en representación de otra persona, individual o jurídica, capacidad del representado, capacidad del representante y suficiente legalidad y autenticidad del instrumento poder.<sup>(86)</sup>

En síntesis, por una tesis genérica del bien hacer, a que está obligado el Notario es esencialmente necesaria esa calificación. Bien podría suceder, que la no existencia de calificación de esos hechos en una determinada relación y con respecto a una singular institución jurídica, no acarree nulidad ni ineficacia en general. Pero, son razones de utilidad, de conveniencia, de técnica jurídica y sobre todo, de técnica notarial.

### B) Legalización o forma de validez.

Es la función mediante la cual el fedatario —Notario— verifica el enlace del acto con su significación, es decir, el contraste del acto, con la norma de Derecho aplicable.

En la forma típicamente notarial; la autorización de una escritura implica la declaración de legalidad del negocio jurídico que la misma contiene.

Legalizado el documento, el negocio jurídico es válido. Larraud, nos dice que la legalidad, al igual que la legitimidad, son cualidades que el comercio jurídico reconoce pacíficamente, de ordinario, al documento notarial: en cierto modo, integran la medida de su Eficacia sustantiva, ya que él no sólo acredita la existencia de los derechos, sino también su modo de ser. Ello reconoce fundamento racional de manera preponderante a la calidad de jurista del Notario, de conecedor y sabedor del Derecho.<sup>(87)</sup>

La legalización, como se ve, es una garantía del Derecho, es juridicidad de segundo grado, que no se halla comprendida dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad.<sup>(88)</sup>

(85) GIMENEZ ARNAU, Enrique, Vol. II, op. cit., p. 28.

(86) Ibid.

(87) LARRAUD, Rufino, op. cit., págs. 550.

(88) SANAHUJA Y SOLER, José M<sup>o</sup>, op. cit., p. 40.

Se extiende la legalización a las diversas y variadas ramas del Derecho, y en consecuencia no es exclusiva ni privativa de los actos, hechos o negocios jurídicos privados. Al contrario, dice el autor citado<sup>(89)</sup> es en el Derecho Político donde encuentra con más nitidez, pues un Órgano Colegiado o bien unipersonal, lo lleva a cabo.

"La legitimidad de firmas en Derecho Notarial es... un complejo de tres operaciones: autenticación, legalización y legitimación. En cambio, por extraña paradoja, la legalización del signo, firma y rúbrica del Notario, encaja mejor en el concepto de autenticación y aún en el de legitimación que en el de legalización".

Se limita en síntesis, a la capacidad, a la aptitud del objeto, licitud de la causa, o bien, en general, a la validez de la relación jurídica en conjunto.

Se da en forma positiva o negativa. Esto es que, bien se puede certificar la legalidad de un acto, diciéndose que el acto es legal y válido, o bien por el contrario que el acto certificado no contiene nada contrario a las leyes.

Se distinguen dos clases de legalización: la genérica, si se contrasta la validez del acto, y la específica, si se adapta el acto a uno de los variados y diversos tipos regulados por la ley, y se le da una calificación jurídica correspondiente; desde otro punto de vista, admite dos formas: la del caso que la norma jurídica se ofrece como un molde rígido dentro del cual se vacía el acto o contrato, dando a éste una conformación adecuada a la ley; y dado un determinado hecho o un conjunto de hechos se le aplican las disposiciones legales pertinentes. En el primer caso el acto de legalización es coetáneo al de autenticación.

Los efectos de la legalización en suma, pretenden excluir todo examen y calificación ulterior. Pero debemos admitir, y mal haríamos en no hacerlo, que se puede convertir en relativo, si se pone en litigio esa validez del acto o contrato ya legalizado, debidamente por los medios procesales que la ley fija y establece.

### C) Legitimación o forma de eficacia.

Llegamos así a lo que hemos escogido como punto central del tema tratado. Con la autenticación lograremos —ya lo veremos— la adecuación del acto a la realidad. Al legalizarlo, lo vimos, su adecuación a la ley.

Según Sanahuja<sup>(90)</sup> legitimación se llama a la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia. Tiene dos manifestaciones: inscripción de la relación jurídica actual dentro del círculo de la anterior, declaración auténtica de haberse verificado en forma la conexión entre ambas.

(89) Ibid.

(90) SANAHUJA Y SOLER, op. cit., p. 48.

Para Orgaz<sup>(91)</sup> legitimación es la constancia o certificación de que un documento o la firma del funcionario lo que expide son auténticos.

La legitimación es por regla general, coetánea a la celebración del acto o contrato, pero ninguna razón existe para que no pueda ser posterior.

Por ejemplo, con la adquisición de la cosa por parte del transmitente puede quedar legitimada una cesión anterior. Con el subsiguiente matrimonio de los padres se legitima la relación de filiación pre-establecida de hecho.

Carnellutti<sup>(92)</sup> nos establece que la legitimación al subordinar a la existencia de una situación jurídica previa la eficacia de un acto, puede constituir un grave riesgo para la parte que tiene interés en dicha eficacia y a la que puede ser difícil el conocimiento exacto de la referida situación.

¿Qué corresponde a la legitimación? Todo cuanto se refiere a la coincidencia entre la persona que actúa y aquella a quien se ha conferido la facultad, valga decir del Notario, o el derecho de actuar respecto a una situación ajena, corresponde la legitimación.<sup>(93)</sup>

Se habla de varias clases de legitimación. Puede ser bilateral o unilateral, según que para la eficacia del acto sea necesaria la legitimación de uno solo de los sujetos o bien de ambos. Desde otro punto de vista, se señala la legitimación de hecho, aquella basada en lo que generalmente ocurre más que en lo que debe ocurrir. Ha de presentarse en forma clara y sencilla, de suerte que excuse toda corroboración por parte de los Órganos Oficiales. La otra clase, es la legitimación de Derecho, consistente en la declaración oficial que se emita. Ha de quedar investida de una presunción iuris tantum, apta para que tal legitimación tenga completa eficacia, mientras no se ventile ante los tribunales.

Consta la legitimación de tres operaciones según González:<sup>(94)</sup> La adaptación del acto a la norma; confrontación del acto con la norma y la declaración de hallarse el acto conforme con la norma.

Pero ello no debe llevarnos a confundir la legitimación con la capacidad. La capacidad es una cualidad, es decir, un modo de ser de los sujetos en sí, mientras que la legitimación es una posición suya, o sea, un modo de ser suyo en relación con otros.

Pese a lo manifestado, la función notarial en cuanto legítima, se halla muy limitada y así debemos reconocerlo. Aspectos muy importantes y vinculados o enmarcados dentro de su órbita, gravitan fuera o salieron, pese a haber pertenecido a otra. Ejemplo típico de ellos, es el moderno

(91) ORGAZ, cit. por GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 219.

(92) CARNELLUTI, Francesco, p. 265, cit. por SANAHUJA Y SOLER, en op. cit. p. 49.

(93) SANAHUJA Y SOLER, op. cit., p. 49.

(94) GONZALEZ, Carlos E., op. cit., p. 218 y ss.

Derecho Inmobiliario; en virtud de cuya ciencia o disciplina aféctanse los derechos reales sobre inmuebles.

Pero aún así, con Larraud, debemos manifestar que en cuanto al cumplimiento de la función notarial debe partir, por necesidad de un examen minucioso de la genuinidad de los derechos que el caso pone en juego: el derecho es legítimo cuando se funda en una situación jurídica regular, de la que deriva.

La concurrencia de esos elementos, la gravitación racional de ellos, primordialmente, da fundamentación sólida a la eficacia sustancial del instrumento notariado.<sup>(95)</sup>

#### D) Configuración jurídica o forma concreta.

Es la acción de aplicar a un determinado hecho los conceptos formativos necesarios para la realización del supuesto previsto en la ley, conforme al interés de las partes.

Se dice que es condición previa o simultánea a la autenticación del acto. El Notario imprime en la materia, la forma jurídica interna que constituye la base de la forma externa o instrumental, es decir, del instrumento público.

Esa materia puede ser de índole económico-patrimonial o bien solamente moral.

No pueden ser materia de configuración aquellos hechos de pura objetividad que interesan a los particulares y que son objeto principalmente de las actas, en las cuales la función notarial se reduce simplemente a la autenticación.

Para que la configuración surta los efectos inherentes a su naturaleza, precisa una cierta posición del Notario frente al hecho y frente a las partes.

En síntesis la labor configurativa imprime al acto la forma jurídica interna y lo hace apto para ser autenticado, esto es, para revestirlo de la forma externa o instrumental.

#### G) Documentación o forma material.

Consideramos que hemos ahondado en este aspecto en el puente I, cuando in extenso nos referimos al Documento Notarial.

#### F) Autenticación o forma de autoridad.

Es la última de las formas parciales, enunciadas.

La autenticación tiende a la verdad. Podría definirse, simplemente como verdad. . . claro que mientras en proceso no se demuestre lo contrario.

(95) LARRAUD, Rufino, op. cit., págs. 550.

En sentido etimológico el acto es auténtico, porque tiene autoridad, porque es propio del autor. Pertenece al Autor.

Autenticación en sentido genérico, nos dice Sanahuja<sup>(96)</sup> es la acción de garantizar, mediante un acto oficial, la certeza del hecho, convirtiéndolo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad. Responde a una necesidad jurídica, en cuanto a ciertos hechos que son base del Derecho, si la certeza de estos no se halla garantizada por sus caracteres ni por las circunstancias que concurren. En el sentido indicado, autenticación equivale a certificación oficial.

De aquí, como lo hemos mantenido y demostrado, la necesidad exigida, siempre, al autor del documento notarial, al sujeto activo de la función notarial, de que sea persona proba y honorable.

De esa manera llegamos al ciclo final de la estructuración jurídica de la escritura pública, en general del documento público notariado.

Cumplidas todas las condiciones que enumera la ley. . . comenzando por el requerimiento o rogación de las partes, la configuración del instrumento en sí, la actuación de los otorgantes hasta la calificación del acto y la fe de conocimiento, por solo mencionar a los esenciales, el instrumento se perfecciona con la firma del notario o exteriorización de su propio consentimiento al acto formalizado. Desde ese instante, el instrumento hace fe pública con todos sus consiguientes efectos, nos indica Giménez Arnau.<sup>(97)</sup>

De esa manera mediante la autorización, se autentica el acto, dando vida y carácter de público al documento mediante la imposición del signo, firma y rúbrica del Notario, y también la imposición del sello, como lo dice Escobar<sup>(98)</sup> mediante la autorización el Notario, como funcionario público imprime personalidad y existencia al acto formalmente considerado, entrando el documento a gozar de la fides pública.

Claro que además de la firma del Notario, para lograr esa autenticidad, es necesaria la participación de los otros elementos subjetivos que intervienen en el acto, tales como testigos instrumentales, de confrontación o de asistencia, la participación y aceptación de las partes que han intervenido, etc., lo que se denomina autenticidad personal o subjetiva. La otra, la autenticación material u objetiva consiste en la correcta numeración de los pliegos del Registro Notarial o Protocolo, numeración de los instrumentos protocolados, fecha de otorgamiento y la no presencia de intercalaciones, borraduras, entrerrenglonaduras.

El ámbito de la autenticación se verifica generalmente por percepción directa de los hechos. De visu et auditu sui sensibus.

(96) SANAHUJA Y SOLER, op. cit., págs. 24 y ss.

(97) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *El Derecho Notarial Español*, op. cit.

(98) ESCOBAR, cit. por Giménez Arnau, ibid.

## V.—La eficacia jurídica de la función notarial.

“...de tal manera que el vocablo “eficacia jurídica” puede consistir en adelante un “slogan” que simbolice uno de los aspectos más importantes de nuestra intervención profesional”.<sup>(99)</sup>

En términos generales, la eficacia del Derecho alude al hecho de que los hombres se comportan en la forma que deben comportarse de acuerdo con las normas jurídicas, que constituyen el Derecho Vigente y el Derecho Positivo. Las normas en tal carácter son realmente aplicadas y obedecidas, tienen como fuente de validez, los valores que ellas pretenden regular,<sup>(100)</sup> como reguladoras de la conducta humana.

El Derecho pretende indudablemente la eficacia, realizando la seguridad de la vida social. Eficacia de una cosa, dice Larraud<sup>(101)</sup> es su fuerza para producir ciertos efectos.

Vimos en el capítulo II que además de la forma y la prueba, el tercer fin principal del documento público notarial es dar eficacia legal al negocio jurídico. Preténdese con ello contribuir al desarrollo del Derecho en su estado normal alejando el peligro de intervenciones judiciales congresivas que supone un estado patológico, de anormalidad.

Eficacia del documento Notarial es la fuerza para producir ciertos efectos jurídicos, es la virtud que él tiene para provocar aquellos efectos previsibles como una consecuencia de su creación o de su existencia. No es, como han pretendido los civilistas, de que sea parte del proceso. En primer lugar porque no es parte del proceso, dado que ha nacido y se ha generado muy antes del proceso. Tiene por el contrario, carácter antiprocesal, en segundo lugar y finalmente porque como dice Larraud<sup>(102)</sup> su naturaleza es la de ser formas de valer para la garantía del tráfico, que viven y actúan fuera y antes del proceso.

De otro lado, la forma notarial, reflejada y materializada en el propio documento notariado, tal y como lo establecimos atrás, en algunas oportunidades tiene eficacia constitutiva del negocio jurídico contenido.

Entonces, el documento, además de darle forma al negocio, ser prueba legal, tiene esa eficacia que constituye el negocio. El valor y la eficacia del negocio jurídico instrumentado depende entonces —obvio resulta— de ese documento.

Examinemos, brevemente, la eficacia de las diversas clases de documentos notariales. La escritura pública, instrumento notarial cuyo conte-

(99) PEREZ MONTERO, Hugo, *Escribano Público, Coordinador Internacional del Tema II: La Legitimación en la Función Notarial, IX Encuentro Panamericano del Notariado Latino*, carta, Montevideo, Uruguay, junio 1976.

(100) GUTIERREZ, Carlos José, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Tridente, Madrid, 1963, págs. 132-93.

(101) LARRAUD, op. cit., p. 507.

(102) *Ibid.*, p. 509.

nido es un negocio jurídico, autorizada en el protocolo notarial por el Notario, en ejercicio de sus funciones, con las formalidades de ley, tiene un autor cierto en consecuencia es auténtico, fehaciente. Hace plena fe de los hechos consignados, y de los hechos cumplidos ante él, de las circunstancias propias tales como testigos, fecha, partes, recibos o entregas de dinero, etc. Es eficaz plenamente, pues ha demostrado que fue otorgada por quiénes, ante quién, o quiénes, cuándo, dónde y todas las demás circunstancias que establece, amén de la autoría del documento.

Únicamente podrá atacarse, al igual que los otros documentos, por las causas específicas de ineficacia que establece la ley y que como ya lo apuntamos, son falsedad o nulidad en sus variantes y clases.

En cuanto al Acta Notarial, instrumento público en el cual el Notario ha hecho puros y simples, en virtud de percibirlos de visu et auditu sui sensibus, procede a darles carácter jurídico. No contiene negocios jurídicos (principal diferencia con la escritura pública), aún cuando en la clásica distinción de actas típicas y atípicas, se les asigna a las últimas la características de que eventualmente contengan un negocio. Tiene un autor cierto, el Notario. La autenticidad y la consecuente legitimidad y eficacia se circunscribe a las manifestaciones propias del Notario, en relación y referencia a hechos propios, y los que los particulares han realizado en su presencia, no declaraciones de voluntad.

“En el plano de la eficacia procesal del documento, los principios que rigen el tema de la autenticidad de las actas notariales colinden con las garantías exigidas por el procedimiento probatorio. El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba debe producirse con ingerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente perjudica... pues nadie puede hacerse una prueba a su favor a espaldas de la contraparte...” nos establece Larraud.<sup>(103)</sup>

Refiriéndose a los traslados notariales, cualquiera de ellos, tienen un autor cierto, el propio Notario autorizante o el depositario del Registro Notarial, y hacen fe de aquellos hechos directa e inmediatamente presenciados por el Agente: La existencia del documento que toma por modelo y lo traslada. En el tráfico jurídico, las copias, tienen la misma y exacta eficacia, el máximo de eficacia que el original, y el legislador le ha dado, por razones circunstanciales palpables.

En términos generales, y aludiendo al documento público notarial, se habla de su eficacia ejecutiva, pues el documento acredita un derecho a promover en la vía procesal ejecutiva.

No cabe pues, negar eficacia al documento notarial, ni en la esfera privada del tráfico jurídico, ni en el ámbito administrativo. Quien desconoce injustificadamente, fuera de juicio, la plena fe, que la ley re-

(103) LARRAUD, op. cit., p. 520.

conoce al documento notarial expedido en forma, comete un acto ilícito debe reparar el daño que por su culpa se hubiere ocasionado.<sup>(104)</sup>

Esa es en sencillos y aceptables términos la eficacia jurídica del documento notarial, consecuencia inmediata de la legitimación de la función notarial.

En nada afecta, para estos fines, los excepcionales casos de impugnación de esa eficacia, que se realizan ante los Tribunales. La conducta de los hombres puede diferir radicalmente de lo ordenado por la esencia filosófica que inspira la función notarial y su resultado. Es parte del libre juego de libertad de que el humano vivir nos señala en determinado momento histórico. Por ello no entraremos a analizar la teoría general de la ineficacia del instrumento público; sería —así lo consideramos—, desvirtuar el objeto del tema y además quisiéramos que no existiera la enfermedad ni el estado patológico anormal. Creemos que actualmente es plena esa eficacia y no quisiéramos pensar tampoco en desmejorarla ni que está en crisis. Por el contrario, tiene plena vigencia.

## VI.—Conclusiones.

Coincidentes con lo establecido en el presente trabajo, y conciente de las aspiraciones del Gremio Notarial, establecemos las siguientes conclusiones:

A) El Notario en el Sistema Notarial Latino es el autor del Documento Público Notarial. Su función originalmente fue estrictamente privada, de simple escribidor y narrador de hechos, ejercitada en ocasiones por "religiosos"; paulatinamente fue adquiriendo el carácter público, gracias a la fe pública de que se le dotó, imprimiendo con ese sello el documento, el cual adquirió el carácter de auténtico. A partir de la promulgación de la ley 25 de Ventoso del año XI (marzo de 1803), se escinde la fe pública notarial de la judicial o extranotarial.

El carácter de Jurisperito, de Profesional en Derecho, también es el resultado de una lenta evolución. Es a partir de los siglos XII y XIII, en la Escuela de Bolonia, impulsada principalmente por Imerio, Rainieri de Perugia y Rolandino Passaggero, en que se inicia la profesionalidad en el Notario, dándole a la función y al Notario, como contenido, el de ser asesor, consultor y configurador jurídico. Actualmente es un profesional de Derecho, encargado de una función pública, tal y como, reiteradamente, lo ha considerado la Unión Internacional del Notariado Latino.

B) El documento público notarial es el resultado principal y primordial de la actuación del Notario en el ejercicio de su función.

Es la configuración de las voluntades privadas, recibidas, interpretadas y ajustadas al ordenamiento legal. Antiguamente el documento notarial tenía el carácter privado, dado el contenido del negocio privado y de la investidura de su Autor. Con el devenir del tiempo, una especie se fue desligando y adquirió caracteres públicos, en virtud del ligamen estatal, se convirtió en auténtico, gracias a su autor cierto.

C) El documento notarial es forma de actos, hechos y negocios jurídicos. Esa forma o en general la llamada Teoría de las Formas es base y esencia del Derecho Notarial en general. En tal virtud la forma notarial está estrechamente vinculada al instrumento público notariado.

D) En el procedimiento de la forma, en la forma auténtica de los negocios jurídicos, se cumplen normalmente las siguientes etapas: calificación, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación; correlativamente, corresponden a formas parciales de forma primaria, de validez, de eficacia, concreta, material y de autoridad. Todas estas, consideradas en conjunto o individualmente tienden a evidenciar los hechos jurídicos en un instrumento, que les conferirá certeza, pero fundamentalmente, eficacia jurídica.

E) La legitimación en la función notarial, es la forma de la Eficacia Jurídica. La actuación notarial debe dar fe en términos absolutos, gracias a ello. Debe de revestir una presunción iure et de iure, mientras no sea probada su nulidad o falsedad.

Con autores de la talla de Bellver Cano, en sus "Principios de Régimen Notarial Comparado", de Castán Tobeñas, en su "Función Notarial", con Sanahuja y Soler, en su "Tratado de Derecho Notarial", con Farre, en su obra "Algo sobre el Tercero Notarial", y sin perjuicio de considerar la posibilidad excepcional de que deben los Tribunales rever los actos en que aparezcan vicios de fraude, simulación y otros, propugnamos el reconocimiento pleno de la eficacia de la jurisdicción notarial. Coincidimos con dichos autores. La idea no es nuestra. Todos debemos coincidir...

(104) El Código Civil Francés, art. 1382, El Código Civil Uruguayo, art. 2.1319, el Código Civil Argentino, Art. 1067, el Código Civil Español, art. 1902, el Código Civil Chileno, art. 2314, el Código Civil de Costa Rica, arts. 732 y ss.