

1. **TRABAJO FINAL DE CARRERA**

Título: RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DERIVADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS

Área del conocimiento: DERECHO NOTARIAL

Palabras clave: DERECHO NOTARIAL. RESPONSABILIDAD.
SUSTITUCION DE PERSONA

Datos Alumno

Nombre y Apellido: Eliana De Los Ángeles Rubin

Matrícula: 31830

Datos Tutor

Nombre y Apellido: Fabricio Baffigi

Tema de investigación: FALSEDAD DOCUMENTAL NOTARIAL POR
SUSTITUCION DE PERSONA



2. PLAN DE INVESTIGACIÓN

Objetivos de investigación:

Analizaremos los casos de falsedad documental notarial, específicamente en los supuestos de sustitución de personas, determinando si a la luz del artículo 293 del Código Penal de la Nación, requiera que su autor este motivado por el dolo directo y no eventual.

Buscamos analizar los hechos de responsabilidad de los notarios por los supuestos de sustitución de personas, para ello analizaremos el artículo 293 del Código Penal de la Nación.

Además intentaremos determinar la necesidad del dolo en el delito descrito, siendo que la tipificación objetiva no admitiría la culpa.

Para comenzar con el presente trabajo creo que será necesario el análisis de los diferentes ámbitos de responsabilidad notarial para crear un marco objetivo que englobe a toda la investigación, ya que abarca los ámbitos civil, penal, administrativo, fiscal y disciplinario. Por un mismo caso el notario puede responder simultáneamente en los distintos ámbitos. La diferencia radica en los distintos bienes o valores jurídicos protegidos que respectivamente tienden a tutelar:

a- La responsabilidad civil surge del acto irregular del notario, cuando en el ejercicio de su función falta a los deberes propios de su actividad, e incumple obligaciones que y tengan origen convencional o legal por acción u omisión culposa o dolosa, productora de un daño que él sea imputable según las reglas de la causalidad, sea a un tercero o una parte.

b- La responsabilidad penal, aun admitiendo que el notario no es funcionario público, cada vez más que el Código Penal se tipifica un delito relacionado con los funcionarios públicos como sujetos

activos del mismo, tal tipificación vincula al notario por el ejercicio de la función pública.

c- La responsabilidad fiscal, acontece por el incumplimiento de los deberes que corresponden por las leyes fiscales y tributarias en su carácter de agente de percepción y/o retención y/o información.

d- Responsabilidad disciplinaria, ocurre por infringir normas profesionales y éticas que lesionan el correcto desempeño de la función y provocan un daño a los particulares y a la institución.

Ahora descripta brevemente las responsabilidades, nos centraremos en la responsabilidad penal en los supuestos por la sustitución de persona.

Planteo del problema de investigación:

Una vez analizada que la responsabilidad del notario abarca muchos ámbitos, nos centraremos en el ámbito penal, más específico en el supuesto de la falsedad documental que puede ocurrir por la sustitución de persona y en especial, si está tipificado solamente el dolo directo y no el dolo eventual.

Para iniciar creo que tendríamos que explicar a que nos referimos cuando hablamos de "falsedad documental" en el Código Penal Argentino, dicho código lo analiza en el capítulo tercero, art 292 y ss, donde nos indica la primera diferenciación, por un lado los documentos en general y por otro los documentos públicos, son sobre estos últimos trabajaremos.

En específico el artículo 293 nos reza, que será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.- Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. Ahora pasaremos a analizar tanto los elementos objetivos como subjetivos:

ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

a) El verbo típico: es el que describe aquello en que la acción consiste y, en esta figura penal, tiene dos variantes:

1) “Insertar, en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho, que el documento público debe probar”. Es menester destacar que quien inserta la falsedad en el instrumento público es solo el oficial público que autoriza el documento.

2) “Hacer insertar, en una escritura pública, declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento público debe probar”, Características de la acción: La realización de una escritura pública contractual es una compleja obra de elaboración intelectual, que excluye toda posibilidad de culpabilidad a título de dolo eventual. Ello, porque la acción debe ser típica, debe ser analizada a través del lente del tipo, y, en el caso de los escribanos, consiste en “insertar –a sabiendas– una declaración falsa en una escritura, concerniente a un hecho que el documento debe probar”.

b) Sujeto Activo: El sujeto activo de la figura puede ser el que inserta la afirmación falsa, que siempre será un oficial público, como el escribano, quien, si bien no reviste usualmente el carácter de funcionario público, por la falta de relación jerárquica y remuneración del Estado, es un profesional del derecho que ejerce función pública y, en consecuencia, queda abarcado por la norma penal; o bien, el que hace insertar, quien, en los supuestos en que interviene un escribano como fedatario, será siempre alguno de los intervinientes en el acto escriturario.

c) Sujeto Pasivo: en la medida en que la comisión de este delito, en principio, pues suele concurrir con otras figuras defraudatorias que perjudican patrimonialmente a particulares o el propio Estado, afecta a la fe pública, potestad de este último, es prudente concluir que el sujeto pasivo es el Estado.

d) Elementos circunstanciales: El perjuicio: en la figura, es un elemento circunstancial, así

descripto: “de modo que pueda resultar perjuicio”. Es por demás trascendente señalar que ese perjuicio no necesariamente debe ser efectivo, pues basta con que resulte meramente potencial.

e) Elementos normativos: El tipo penal de la falsedad ideológica tiene como elemento normativo al instrumento público y, por ende, corresponde remitirse a las normas jurídicas ajenas a la esfera penal para su determinación. Por regla, sólo el instrumento público puede ser objeto de un atentado contra su veracidad, lesionador de la fe pública, por cuanto es el único que compromete la garantía estatal de la veracidad erga omnes de lo manifestado por el otorgante.

f) Consumación: cabe resaltar que el delito de falsedad ideológica se consuma cuando el documento público queda confeccionado como tal, con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren al efecto, aunque no se hayan realizado todavía cada uno de los actos necesarios para oponerle la prueba por él constituida a terceros, pues ya desde aquel momento nace la posibilidad de perjuicio contra los derechos e intereses de otras personas que no intervienen en el acto.

LA TIPICIDAD SUBJETIVA DEL TIPO Todo tipo penal tiene una tipicidad objetiva, que es la descripción legal de la figura penal. Y una tipicidad subjetiva que se integra con un elemento cognoscitivo (el conocimiento que el autor tiene de la realización de su conducta). Y otro volitivo, que es la voluntad rectora de ese conocimiento. De ahí que el agente puede obrar con dolo directo, indirecto o eventual.

A) A TÍTULO DE DOLO DIRECTO Para la Cámara Nacional de Casación Penal, dolo es la voluntad del agente de realizar el tipo penal, con la conciencia de que se está realizando todos los elementos que lo constituyen. Por eso el dolo requiere conocimiento, conciencia y voluntad de

afirmar lo falso o de negar lo verdadero. Y en cuanto al concepto genérico de dolo, se estableció que: “El dolo, como forma de culpabilidad, requiere conocimiento y voluntad, que debe probarse, para adecuar la conducta a una figura penal determinada”. Finalmente, respecto a la falsedad documental que nos ocupa, estableció: “La conducta típica del artículo 293 es insertar en un documento declaraciones falsas y que ellas tengan aptitud para producir perjuicio. El dolo estriba en el conocimiento del carácter del documento, del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose a la posibilidad de perjuicio. Solo funciona lo que se denomina dolo directo. En las falsedades documentales se requiere que el agente proceda a sabiendas de que falsifica y que actuó con voluntad de hacerlo, lo cual no puede proceder de simples violaciones del deber de cuidado, que no permiten encuadrar la conducta dentro del dolo directo. En consecuencia, el escribano solo puede incurrir en falsedad documental, al realizar una escritura pública, cuando se acredite fehacientemente que actuó a sabiendas de que introducía en ella declaraciones falsas acerca de hechos que el documento debía probar y con plena voluntad de hacerlo. No siendo posible, en consecuencia, atribuir la conducta delictiva a título de dolo eventual.

B) A TITULO DE DOLO EVENTUAL Para SOLER “obra con dolo el que quiso, de modo directo, el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción”. Para ROXIN, “quién actuó con dolo eventual, está de acuerdo con la producción del resultado dañoso, en el sentido de que se conforma con él, aprobándolo, o, al menos, se resigna a la realización del tipo”. Cabe aclarar que ninguna norma del Código Penal menciona al dolo eventual como posibilidad para acreditar responsabilidad en esta sede. Es una creación de la doctrina, casi unánimemente aceptada, pero que conlleva una enorme dificultad para acreditarlo, ya que habría que introducirse en la mente de la gente para establecer, con certeza apodíctica, que se representó el resultado disvalioso e igualmente siguió adelante en su obrar. El dolo eventual se da cuando el

**TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS**

sujeto activo o autor se representa la producción de un resultado jurídicamente desaprobado y, no obstante, en vez de cesar su conducta, continúa con la realización de la misma. No debe confundirse al dolo eventual con la culpa con representación. Para determinar si hay culpa con representación o dolo eventual debe establecerse si el autor se representó el resultado lesivo de un bien jurídico tutelado por la ley penal sustantiva, mas confía en que su pericia lo evitará; mas sise representó en su mente el resultado y, a pesar de ello, continúa con su obrar, se configura el dolo eventual. Es así que, en términos corrientes, en los supuestos de dolo eventual el agente, advirtiendo la posibilidad de producir un resultado perjudicial para diversos bienes jurídicos, razona del siguiente modo: “Que se fastidie”, “Que se embrome”, “No me importa”, etcétera, y persiste con su accionar delictual. Mas como es imposible realizar una “intromisión” en la mente del sujeto activo, debemos guiarnos por los signos exteriores, con el riesgo de conculcar la garantía constitucional de determinar claramente los límites de la culpabilidad: nullum crimen, sine culpa.

FALSEDAD DOCUMENTAL POR INIDONEIDAD DEL DOCUMENTO
IDENTIFICATORIO: SÓLO IMPUTABLE POR DOLO DIRECTO

En el artículo 293 del Código Penal, “el dolo estriba en el conocimiento de carácter de documento del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose, también, al de la posibilidad de perjuicio, por lo que las falsedades no pueden proceder de simples violaciones del deber de cuidado, que impiden encuadrar la conducta en el específico tipo subjetivo”. Si el imputado no tomó los recaudos necesarios para comprobar si había ocupantes, “su obrar fue negligente en el cumplimiento de los deberes que le correspondían en la tarea de Oficial Notificador que desempeñaba”. Pero, “no puede considerarse validamente acreditado el conocimiento efectivo y la voluntad de realización del tipo

objetivo, es decir el dolo específico de la figura en análisis”. Paralelamente, y esto es muy importante, si un escribano identifica a una persona con un documento que él juzga idóneo, pero, producida la sustitución de persona, el Juez del caso entiende que el documento identificatorio era “inidóneo”, no podrá imputarle falsedad documental, ya que, a lo sumo su obrar será negligente, culposo, mas no se dará el dolo directo, que requiere la figura. Entonces, de aceptarse la doctrina de este fallo por los Jueces penales del país, el fantasma del riesgo de imputación penal, en la sustitución de persona, se alejará para siempre al notariado. A los colegios notariales de cada demarcación corresponde la difusión de estos fallos e ideas para hacerlo posible.

A modo de **CONCLUSIÓN** el delito de falsedad ideológica requiere que el autor, sea quien fuere, escribano o no, actúe motivado por dolo directo y no eventual.

3. HIPOTESIS

Este trabajo es de real importancia porque si la falsedad documental notarial solo es punible a título de dolo directo, en el proceso se deberá probar fehacientemente que el escribano realizó la escritura sabiendo que la persona que comparecía no era quien decía ser, con conciencia de que creaba un instrumento público ideológicamente falso. Y no se podrá fundar la imputación en la existencia de dolo eventual, verbigracia porque, dada las circunstancias, “el notario debió prever o dudar o sospechar que quien comparecía no era el titular del inmueble, en la venta o hipoteca, y si, no obstante tal prevención, duda o sospecha, creó el documento ideológicamente falso, sería punible a título de dolo eventual”. Ello, unido a que el anterior artículo 1002 del Código Civil, en el inciso c), solo exigía al notario tener a la vista el documento de identidad idóneo del compareciente, como uno

de los medios para su identificación, la confluencia de ambos elementos traerá tranquilidad a la actividad notarial.

Cabe admitir la posibilidad de existencia de dolo eventual en la figura prevista en el artículo 293 del Código Penal, pues es incuestionable que todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se presentan ante él, con el fin de celebrar un acto. Si el Notario se conforma con la presentación del documento y no toma los recaudos para tener la certidumbre sobre la verdadera idoneidad, su conducta podría ser –en algunos casos– la de quien se reserva la posibilidad de que se inserte una falsedad y no realiza todas las medidas a su alcance para adquirir el conocimiento exigido por la ley, sin importarle, las consecuencias, lo que podría configurar el delito de falsedad ideológica con dolo eventual.

A) La Verdad

No cabe duda alguna de que los instrumentos públicos deben ser fiel reflejo de la verdad, pues ello redundaría en la seguridad jurídica que precisa el tráfico cotidiano de toda sociedad civilizada.

Es así que el vocablo verdad se utiliza, primariamente, en dos sentidos, a saber: **1)** para referirse a una proposición; y **2)** para indicar una realidad.

En el primer caso se sostiene con acierto que una proposición es verdadera a diferencia de la falsa. Y, en el segundo caso, se afirma con certeza que una realidad es verdadera a diferencia de lo aparente, ilusorio, irreal, inexistente, etc. No siempre es fácil distinguir entre estos dos sentidos de verdad, puesto que una proposición verdadera se refiere a una realidad, y de una realidad se asevera que es verdadera. Esto es lo que ocurrió con la idea de verdad que predominó desde los comienzos de la filosofía. Sentado ello, en la medida en que, sin desmerecer la destacada importancia de la cuestión, lo relevante para el caso es la implicancia de este concepto respecto de

los instrumentos públicos. Cabe tener presente que aquellos deben ser fiel reflejo de la realidad y, por consiguiente, de lo verdadero. De no ser así, el instrumento puede ser falso, en su aspecto material, o bien contener una falsedad, esto es, manifestaciones que resultan ser una dolosa divergencia entre lo declarado, sea por el oficial público o por alguna de las partes intervinientes en el acto, y la realidad extradocumental, es decir, el mundo de lo sensible.

B) La Fe Pública

Es cierto que actualmente, y desde el surgimiento de los estados modernos, la fe pública es una potestad que les resulta inherente; sin embargo, cuadra resaltar, pues resulta ser una muestra sólida e incuestionable de la importancia que la misma tiene para las personas que anhelan desarrollar su vida de manera organizada y bregan por la civilización. Ello es así, por cuanto aquellos precisan de la certeza y seguridad que brindan ciertos documentos, primordialmente, la escritura pública.

Si partimos de las dos funciones que tiene el Estado dentro de un plano legisferante común, bien puede definirse al bien jurídico fe pública como la confianza general que despiertan las instituciones creadas por el estado en esas dos funciones. Mas esta fórmula, si bien es cierta, peca por insuficiente, pues abarcaría también el ámbito procesal de la prueba y las simples relaciones entre particulares. Entonces, debe ceñirse el concepto de fe pública al amparo o tutela, en su primera función, de los signos e instrumentos convencionales que el Estado impone con carácter de obligatoriedad y, en su segunda función, a los actos jurídicos que respetan ciertas formas materiales y que son destinados a los objetivos legalmente previstos.

Las expresiones signos e instrumentos convencionales se refieren a la moneda, sellos, escrituras, bonos, títulos y todos los emitidos por el Estado como creador e imponentor. A la vez, por actos jurídicos sometidos a formas y objetivos se comprenden a los instrumentos aptos para establecer

**TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS**

relaciones jurídicas entre las personas, a los que el Estado les impone un determinado número de requisitos o formas, que deben observarse para la existencia y viabilidad del acto, y a los cuales, además, les asigna una finalidad específica.

Es así que, la presencia inescindible de formas y objetivos explica que puedan existir verdaderas falsificaciones sancionadas nada más que con una pena nominal, tal como sucede con la impuesta por el artículo 292 del Código de Fondo, en caso de falsedad de instrumentos privados, que no son utilizados en absoluto o no se los destina a su fin específico creado ad prompam vel ostentationem, donde está ausente el objetivo; en tanto se dan comportamientos que, sin que importen falsificación alguna en la forma, resultan, en cambio, punibles por distorsión del objeto, como lo del uso previsto en el artículo 296 del mismo cuerpo legal.

De ahí que, para justificar la incriminación de estas conductas, que sólo son concreta o potencialmente lesivas cuando aúna el uso, suele recurrirse a la teoría del deterioro del normal desenvolvimiento de la vida social, sin advertir que esta situación también se da cuando los comportamientos vulneran la primera función. Ocurre que la confianza general, bien jurídico preponderante, se apoya, precisamente, sobre el supuesto de que tanto ciertos signos e instrumentos como actos jurídicos con determinadas formas y objetivos son los socialmente aptos para el desenvolvimiento normal de la vida civil, en la medida en que el Estado los ha reconocido y regulado. Tampoco es plenamente válida la utilización de los conceptos, supuestamente antinómicos de autenticidad e imitatio, por un lado, y de veracidad e inmutatio, por el otro, para distinguir tipos de acciones perjudiciales para la fe pública, como dividiendo el bien en dos niveles. La autenticidad, definida como lo cierto y positivo por caracteres, requisitos o circunstancias que en ella concurren, está presente en la fe pública, mas no en una, sino en ambas funciones. Tanto la moneda como el quehacer particular deben estar vinculados a la fórmula de certeza dada por el Estado. En cambio, la

veracidad, identificada, en general, con la fuerza probatoria, también exige conformidad con lo que se dice o expresa, mas es más propia para la formulación de un bien autónomo, protector de la prueba en sí, íntimamente ligada con la administración de justicia, que para la de la fe pública, dentro de lo cual no juega un papel preponderante, por aquello de que no todo lo que afecta a la prueba lesiona, a la vez, a la fe pública. Toda confusión proviene, en gran medida, de haber utilizado, para desentrañar el concepto de fe pública, concepciones históricas formalmente similares a las aparentemente contempladas en los tipos de falsedad, cuyo método es predominantemente inductivo, sin reparar en que la concepción de fe pública elaborada por el legislador moderno nada tiene que ver con el contenido que el falsum tenía para los juristas en el Estado romano.

En efecto, el legislador refleja esa yuxtaposición que resume en las instituciones del Estado y que el intérprete, posteriormente, debe desbrozar para hallar el bien jurídico rector o preponderante que ha orientado la modelación de los tipos, y así interpretarlos, acudiendo al método sustancialmente deductivo. En definitiva, lo que interesa, y a guisa de síntesis, es que el concepto de fe pública aparece como unitario, no divisible, y que tanto en uno como en otra función esté presente, en el contenido, la yuxtaposición antes referida, aunque solo se lo advierta en una primera observación superficial.

Luego, el esquema debe, por lógica, aplicarse al interés social, es decir, a ese juicio de relación que nace contemporáneamente con el concepto de bien jurídico, pues, como quedó dicho, en la tipificación legal, están insitos los objetos, esto es, sujetos e instituciones, con derecho a la protección.

Finalmente, cuadra destacar que es en el sistema de valores donde el intérprete aporta el grado necesario de flexibilización que extrae de la conciencia social, del cual debe valerse para extender correctamente la voluntad protectora de la fe pública al caso concreto y, de esta forma, podrá

establecerse la acepción actualizada de moneda, billete, documento, falsificación material, falsedad ideológica, instrumentos públicos y privado, uso, adulteración, supresión, etc., que son todos aspectos de las circunstancias de la conducta que puede perjudicar al bien jurídico.

4. ESTADO ACTUAL DE CONOCIMIENTO SOBRE EL TEMA

Buscamos en el trabajo analizar los hechos de responsabilidad de los notarios por los supuestos de sustitución de personas, para ello analizaremos el artículo 293 del Código Penal de la Nación, Analizamos los casos de falsedad documental notarial, específicamente en los supuestos de sustitución de personas, determinando si a la luz del artículo 293 del Código Penal de la Nación, requiera que su autor este motivado por el dolo directo y no eventual.

Para ello, comenzaremos a analizar alguna jurisprudencia relevante para visualizar la evolución jurisprudencial (*1) Por ello, en el caso Alamo, el tribunal sostuvo, con acierto que, para condenar por dolo eventual, debía “profundizarse en la mente del sujeto para determinar sin hesitación, qué pasó por su imaginación”. Entonces, la posibilidad de dolo eventual se da cuando el agente, en su accionar, asume que, como consecuencia de ello, provocará un resultado desaprobado por la ley penal sustantiva y lesivo de bienes jurídicos, continuando con su proceder, en vez de desistir. Alfredo MOLINARIO establece que la falsedad documental notarial debe ser insertada “a sabiendas” por el escribano. Por consiguiente, deviene incuestionable que la descripción de la falsedad ideológica prevista en el artículo 293 del Código Sustantivo, solo permite la imputación de la figura a título de dolo directo, esto es, con pleno conocimiento y voluntad. Un conocimiento ab initio de que se están insertando afirmaciones falsas: por eso no pueden ser realizadas por dolo eventual y solo pueden

serlo por dolo directo, como lo estableció acertadamente la Cámara Nacional de Casación Penal. Sentado ello, es evidente que, en los dos casos transcritos al inicio –el que falsamente sostiene que el escribano siempre duda al individualizar una persona y el de aquel que lo hace con documento inidoneo, jamás se podrá arribar al dolo eventual y siempre será menester acreditar el dolo directo del Notario. El razonamiento de ambos casos deviene inexacto, no solo por cuanto sostuviéramos, que ya es más que suficiente, sino también en la medida que la reforma introducida en los artículos 1001 y 1002 del Código Civil, por la ley 26.140, determina que la identidad puede ser acreditada, entre otros medios, con la exhibición que el compareciente hiciere al escribano de documento idóneo, debiendo agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes, acorde la preceptiva del inciso c), del citado artículo 1002. Si el documento resulta inidóneo, como en el segundo caso, no se podrá sostener que el accionar del escribano fue doloso, por dolo eventual, sino culposo en la medida que violó obligaciones funcionales y, por lo tanto, no punibles, en sede penal, porque la figura exige dolo, como luego veremos. Luego, corresponde asumir que, si el notario actúa acorde la referida norma jurídica, mal puede ser imputado en orden al delito de falsedad ideológica, por cuanto la acción no resulta ser antijurídica, quedando excluida toda transgresión al ordenamiento jurídico represivo. No está de más aclarar que son concurrentes aquellos que se presentan al acto escriturario, incluso, el escribano, cuya presencia resulta esencial, sin él no hay escritura pública; comparecientes los que arriban ante el notario al acto que será documentado por el mismo; y otorgantes los que realizan una declaración de voluntad, por sí o representados por otro, generadora de derechos y obligaciones inherentes a su persona y/o patrimonio. Por ello, el escribano debe determinar la identidad de todas aquellas personas que se apersonan ante él en oportunidad de otorgarse un acto jurídico que instrumentará en escritura pública, sean otorgantes, testigos, firmantes a ruego, intérpretes, etcétera

1* Jurisprudencia Camara Nacional Crim. y Correcc., Sala V, “ Alamo, Simón”, causa nro. 33.993,
rta. 13/03/1997

5- LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La unificación de la Responsabilidad Civil en el código Civil y Comercial de la Nación

El CCyC ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Los hechos dañosos posteriores al 01/08/2015 nos plantearán, entonces, una serie de dificultades referidas, especialmente, a los plazos de prescripción y a la legitimación, según quién sea el sujeto dañado. Los fundamentos que acompañaron al proyecto de CCyC dicen: “La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”.

La incorporación de una norma específica sobre la responsabilidad de los profesionales liberales no implica sostener que, para ellos, exista una responsabilidad a la que no se apliquen los presupuestos generales; se trata de un capítulo que, simplemente, puede estar teñido de algunas características particulares.

Corresponde, pues, analizar la responsabilidad del notario a la luz de esos presupuestos.

Antijuridicidad

**TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS**

El concepto de antijuridicidad evolucionó profundamente durante todo el siglo XX; la antijuridicidad *formal* que parecía requerir el art. 1066 del Código de Vélez fue sustituida por la doctrina y la jurisprudencia por la llamada antijuridicidad *material*; los textos debían, pues, ser sustituidos para adecuarlos a los criterios prevalecientes.

Para cumplir esa tarea, el legislador de 2014 podía elegir entre dos posiciones:

la que se inclina por la eliminación del requisito de la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad. Las razones invocadas son muy variadas pero, en esencia, se mueven en torno al desplazamiento de la noción de sanción hacia la de daño. También incide la necesidad de ampliar el campo de los daños reparables, cada vez más importantes, en la llamada “sociedad de riesgos”. Se afirma que para responder a esa nueva visión “los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción de antijuridicidad que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema de resultados *ex post facto*”. En realidad, “la antijuridicidad está herida de muerte”; su existencia está limitada a su mención didáctica; otra corriente, mayoritaria, que entiende que el presupuesto debe mantenerse, pero reformulado: la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva), todo bajo el principio cardinal del ordenamiento que prohíbe dañar a otro. Por eso, es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación y sin que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).

A esta posición responde el art. 1717 del CCyC, que mantiene la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil; la norma comprende las conductas positivas y negativas, o sea, las acciones y

TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS

omisiones, y a los actos voluntarios e involuntarios. Se consagra, pues, una antijuridicidad amplia o genérica, no específica, que comprende toda conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado.

Coincido con esta posición que argumenta, entre otras, con las siguientes razones: La exigencia de la antijuridicidad se adecua a la interpretación sistémica y dinámica del art. 19 de la CN que dispone en su última frase: *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. O sea, la Constitución admite un amplio espacio a la libertad, que no puede ser coartado indicando, como regla, la indemnizabilidad de todo daño. Eliminar la antijuridicidad material implicaría, entonces, el aniquilamiento de la libertad personal del agente. Por lo tanto, la discusión podría circular por el método de interpretación (si se exige tipicidad o no, mayor o menor flexibilidad, etc.) pero no respecto de la necesidad del requisito.

El hecho de que los daños se hayan multiplicado no implica que todo daño deba ser reparado. La vida cotidiana es una fuente incesante de daños: ocasiona daño quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, quien consigue un puesto de trabajo relegando a otras personas, quien obtiene las últimas entradas para ver un espectáculo determinado impidiendo que otras puedan conseguir las, etc. La enumeración puede ser infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan resarcibles. No lo son, porque falta antijuridicidad. En este sentido la Corte Federal afirma que “para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil resulta insoslayable verificar la existencia de un daño *injustamente* causado por un comportamiento imputable al autor, porque no existe en nuestro ordenamiento –como tampoco en la experiencia del derecho comparado– un deber genérico de resarcir ante la sola materialización del perjuicio”; i) no sería coherente que se exija antijuridicidad para la función preventiva y no para la función

reparadora. En efecto, el art. 1711 dice que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión *antijurídica* hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

En fin, el juez que resuelve un caso de responsabilidad profesional, en primer lugar, debe preguntarse si el demandado infringió alguna norma (genérica o específica) que establece pautas de conducta a su cargo. Si esa norma existe dentro del sistema, cualquiera sea su naturaleza (penal, administrativa, etc.), tendrá por acreditado el primer requisito de la responsabilidad.

Así, por ej., por no darse el requisito de la antijuridicidad, se ha liberado al escribano: que no solicitó al registro el certificado de dominio e inhibiciones de la vendedora al momento de la firma del *boleto*, “desde que las normas imponen ese deber cuando se va a escriturar, pero no en los actos previos, sea que el profesional resulte ser el autor del contrato o que se limite a certificar las firmas de las partes”; que no verificó la falta de aprobación municipal de la vivienda construida en el inmueble vendido, que resultó carecer de calidad antisísmica prometida por el vendedor, “si las partes, todas capaces y en pleno ejercicio de sus derechos, celebraron el contrato sin mencionar la vivienda”, por lo que no estaba obligado a verificar esas circunstancias.

El Factor de atribución

Más allá de las críticas formuladas por la doctrina, el CCyC acepta expresamente la distinción entre obligaciones de medio y de resultado (arts. 774, 1723 y 1768), dentro de las obligaciones de hacer hay dos clases diversas: las obligaciones de medios, también llamadas en nuestra doctrina de prudencia, diligencia o de comportamiento y, en España, “de actividad”, por un lado; y por el otro, las obligaciones casi unánimemente conocidas como obligaciones de resultado, aunque también se las llama obligaciones determinadas o de fines.

Esto incide sobre el factor de atribución, desde que, según el art. 1723 del CCyC “Cuando de las

**TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS**

circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva". Si es objetiva, "la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario" (art. 1722).

Para decidir en los casos de responsabilidad subjetiva, el juez debe tener especialmente en cuenta los arts. 1734 y 1735.

Conforme el primero, "...excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

La "novedad" legislativa (aunque no jurisprudencial) aparece en el art. 1735 que dice: "No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa".

Quizás, esta norma sea la más analizada por la doctrina nacional que se dedica al llamado Derecho de Daños. El espectro de opiniones semeja a un péndulo que va de un extremo a otro, aunque la mayoría de las veces se detiene en opiniones equilibradas.

Específicamente, con relación al escribano, los casos de responsabilidad (subjetiva y objetiva) más frecuentes que llegan a los tribunales están vinculados a las siguientes obligaciones:

1) Identificar a los intervinientes del acto autorizado: Actual artículo 306.

El resultado de la demanda por la que se reclaman daños causados por comparecer al acto un impostor está en estrecha relación con el modo como la ley exige al escribano justificar la identidad de los comparecientes.

**TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS**

Como es sabido, el art. 1002 del Código de Vélez fue modificado por la ley 26.140 que incorporó el siguiente texto: “La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano; b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación; c) Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes”. A partir del 01/08/2015, conforme el art. 306 del CCyC “La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano”, además de 2) Controlar el estado civil de los interviniente; 3) Controlar la re prestación; 4) Realizar estudio de título; 5) Registrar en tiempo oportuno; 6) Pagar impuesto y 7) Restituir títulos.

El daño

El requisito del daño no presenta peculiaridades.

Como es sabido, la mera antijuridicidad no genera responsabilidad si no hay daño. Por eso, con razón, se ha decidido que el escribano no debe ser condenado por la mera transcripción en un acta notarial de una llamada telefónica efectuada al domicilio del actor, pues si bien no cumplió con las formalidades legalmente establecidas, en tanto omitió identificarse ante la persona que atendió el teléfono, ni tampoco le mencionó su derecho a no responder, el contenido de la conversación transcripta tiene poco o nada de reservado y el único dato privado que surge de ella, en el caso, lugar en donde se encontraba el hijo del actor, no posee virtualidad nociva alguna en relación a su vida privada”.

**TRABAJO FINAL DE CARRERA- RESPONSABILIDAD NOTARIAL POR LOS HECHOS
DEREVIADOS DE LA SUSTITUCION DE PERSONAS**

La pérdida de la chance ha sido expresamente aceptada; así se ha entendido que el escribano es responsable por la pérdida de la chance de cobrar un crédito con garantía hipotecaria por no hacer un correcto estudio de títulos, por no verificar la identidad de uno de los deudores.

Podemos decir que el CCyC ha recogido la jurisprudencia vigente al momento de su entrada en vigencia. Las normas incorporadas han servido para mejorar la posición del dañado por las conductas antijurídicas del notario; tales son las que: (i) califican expresamente como responsabilidad objetiva el incumplimiento de una obligación de resultado; (ii) en los supuestos de responsabilidad subjetiva, cuando existe especial dificultad de probar, las que distribuyen la carga de la prueba con quien está en mejores condiciones de aportarla; (iii) colocan los derechos fundamentales como faro iluminador de la problemática.

6- BIBLIOGRAFIA

- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1970, T. II, p. 114.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal- Parte general. Civitas, Madrid, 1997, T. I, parag. 12.67.
- MOLINARIO, Alfredo, Los Delitos, tomo III, p. 502, actualizado y comentado por Eduardo Aguirre Obarr.
- NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal - Parte Especial, Ed. Lerner, Córdoba - Buenos Aires, 1976, p. 480.
- Trabajo de investigación presentado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires 53665.
- Lecciones y Ensayos, Nro. Extraordinario - 60 años de Lecciones y Ensayos, 2016 Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La responsabilidad del escribano en la jurisprudencia...”, pp. 177-205.
- Las obligaciones de medios y de resultado, dos criterios en pugna y una posible teoría superadora La discusión en el Derecho Argentino 1, Por Marcelo J. López Mesa.