

Responsabilidad del escribano. Responsabilidad civil, penal, fiscal y disciplinaria*

Domingo P. Barbé, Oscar J. García Rúa y José M. Lorenzo

Sumario: 1. Concepto. 2. Diferencias entre los ilícitos civiles y los penales. 3. Presupuestos de responsabilidad. 4. Responsabilidad y función notarial. 5. Responsabilidades comunes. 6. Responsabilidad civil. 7. Responsabilidad penal. 8. Responsabilidad fiscal. 9. Responsabilidad disciplinaria.

1. Concepto

Es responsable quien se obliga a hacer algo y lo cumple. Según Llambías,¹ *responsabilidad* es la aptitud que tiene el sujeto de conocer y aceptar las consecuencias dañosas de sus actos. Por ello, la ley lo sanciona. El único fundamento de la responsabilidad es el deber jurídico, porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 1197, C. C.). El deber surge de la norma jurídica que prescribe al individuo una conducta determinada y vincula una sanción a la acción contraria.

Otro presupuesto básico del deber u obligación es la libertad, que posibilita escoger entre cumplir y no cumplir. El hecho ilícito, entonces, será el acto voluntario reprobado por ley (art. 1066, C. C.), que causa un daño imputable al agente por dolo o culpa (art. 1067, C. C.).

2. Diferencias entre los ilícitos civiles y los penales

Los ilícitos civiles son múltiples, exigen daño, generan acción resarcitoria, derivan de delitos o cuasidelitos, no requieren tipicidad y se conciben dentro del ámbito del derecho privado.

En cambio, los ilícitos penales son propios del derecho público, solo delitos, taxativos, con sanción represiva, requieren tipicidad y podría no haber daño, siendo, incluso, punible la tentativa, lo que no ocurre en la esfera civil.

* Especial para *Revista del Notariado*.

I. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1993.

3. Presupuestos de responsabilidad

Los presupuestos de responsabilidad son aquellos del hecho ilícito, es decir, acto voluntario reprobado por la ley, que causa un daño imputable al agente.

Entonces, el hecho ilícito se configura cuando:

- 1) Existe conducta antijurídica que infringe alguna norma del ordenamiento respectivo, siendo que la infracción puede corresponder por una omisión o por una trasgresión.
- 2) Debe haber conformación de daño causado, que debe ser injusto o ilícito, ya que puede ser legal o contractual, siendo entonces evidente que el daño justo (art. 1071, C. C.) no ha de generar responsabilidad alguna. El daño provoca un perjuicio, menoscabo, detrimento, deber, aflicción en la persona o bienes por acción de otro. Todo perjuicio comprende el efectivamente sufrido y la ganancia de que se privó. Este es un presupuesto indispensable de responsabilidad, pues no habrá acto ilícito punible si no hubiere daño u otro acto exterior que lo pueda causar (art. 1067, C. C.). El daño es directo o indirecto, según lo sufren las cosas o la persona en sus derechos y facultades; actual o futuro, si necesariamente ocurrirá; eventual; patrimonial, si es susceptible de apreciación pecuniaria; moral, que provoca aflicción o dolor al espíritu, el cual no se resarce, pero da lugar a una satisfacción pecuniaria por el agravio (art. 1078, C. C.). Origina la obligación de reparar el perjuicio tanto por los delitos como por los cuasidelitos (arts. 1083 y 1109 C. C.).
- 3) Resulta pertinente contar con la relación causal o conexión entre la infracción y su autor. Se denomina como antecedente al hecho generador y consecuente al hecho generado, pero puede ser concomitante. Las consecuencias de la actividad humana son imputables a la persona, causa inteligente y libre. Estas consecuencias pueden ser inmediatas, mediatas, casuales y remotas; estas últimas guardan lejana vinculación; las otras son o pueden ser previstas por el agente. La tendencia actual es la objetividad, fundada en el riesgo calculado (art. 1113, C. C.).
- 4) Cuadra establecer la existencia de imputabilidad, o sea, la relación que la norma jurídica establece entre acto ilícito y sanción. El principio básico es que a mayor deber corresponde mayor obligación (art. 902, C. C.). También es me-

nester determinar si el agente obró con culpa o dolo. Por las consecuencias inmediatas, siempre se responde; por las mediatas, responde el agente que obra con dolo o culpa, salvo caso fortuito que ni prevé ni puede prever o fuerza mayor; por las casuales, responde el autor doloso y en ningún caso son imputables las que no tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho ilícito (arts. 513, 514, 903 y ss., C. C.). Doloso es el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro y se lo denomina delito (art. 1072, C. C.). Es una acción positiva y consta de una trasgresión; cuando alcanza su culminación, se vislumbra la malicia o inejecución maliciosa, regodeo y desaprensión ante los perjuicios graves; es la perversidad surrealista del mal por el mal. La culpa, en cambio, es un cuasidelito, consiste en la omisión de diligencias exigidas por la naturaleza del acto, según las circunstancias, para evitar el daño (art. 512, C. C.); también encontramos la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte.

4. Responsabilidad y función notarial

Larraud² sostiene que el notario no debe tener temor alguno de sus responsabilidades, pues grave error cometen quienes consideran que constituyen una especie de maldición de la profesión; en verdad, son el signo de su jerarquía; el cuerpo y cada uno de sus miembros deben enorgullecerse de ellas. En cambio, es preciso tecnificar el sistema.

En esta dirección, cuadra evocar que, en la XXV Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 1978), se sostuvo que:

- a) El notario es el profesional del derecho investido por el Estado para el ejercicio de la función pública notarial.
- b) La responsabilidad notarial es aquella en la que incurre el notario por incumplimiento de las obligaciones que le impone el ejercicio de su función.
- c) Habrá responsabilidad civil cuando el notario, faltando a los deberes propios de su actividad, incumpliere obligaciones que tengan origen convencional o legal por acción u omisión, culposa o dolosa, productora de daño que sea imputable según las reglas de la causalidad.

2. LARRAUD, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1966.

- d) La relación notario-Estado es de carácter público y extracontractual. La relación notario-requiere es extracontractual cuando aquel ejerce su actividad fedante y es contractual si lo hace exclusivamente en su carácter de profesional del derecho. Respecto de terceros, su responsabilidad es extracontractual.
- e) Si bien la ley autoriza cláusulas limitativas de las responsabilidades por culpa, esas son viables en la medida en que no se vulnere el interés público insito en la función notarial.
- f) El notario, en cuanto a la responsabilidad penal, no es funcionario público. En principio, el ilícito cometido por el notario en ejercicio de sus funciones solo puede tipificar los delitos de violación de secreto profesional, los concernientes a la falsificación de instrumentos públicos, como así también, estafas y otras defraudaciones (arts. 156, 172, 173, 292-294, C. P.).
- g) La responsabilidad disciplinaria es aquella que tiene su origen en el incumplimiento de los deberes impuestos al notario en ejercicio de su profesión por la ley que la reglamenta y por las resoluciones que se dictaren para el mejor desenvolvimiento de la función y resguardo de la ética y decoro del cuerpo notarial.
- h) En cuanto a la responsabilidad fiscal, cabe señalar que se encomienda al Estado que provea al notariado de los medios idóneos para poder cumplir la función con la eficacia que caracteriza al cuerpo, específicamente con respecto a los sistemas recaudatorios de tributos.

5. Responsabilidades comunes

Cuatro son las responsabilidades notariales; tres, de carácter personal; y una quinta, que se mueve en el contexto colegial. Las tres primeras son comunes: civil, penal y fiscal; en efecto, en la medida en que sus normas surgen de sus respectivos códigos o leyes especiales y se conectan con lo notarial en ciertos deberes específicos del oficial público.

Es así que, tomando al notario como un centro de imputación normativa, es como si en su derredor existieran varias esferas de normas que regulan su conducta. La mayor, formada por las normas que regulan la responsabilidad civil. La intermedia,

reguladora de su responsabilidad penal y fiscal. Y, por último, la normativa atinente a la responsabilidad ético-disciplinaria.

Ocurre que tales esferas tienen un atributo común, esto es, el principio de superioridad legal de todo el ordenamiento normativo: superioridad de la ley y la autoridad que la impone; de acuerdo con las previsiones del artículo 19 de nuestra Carta Magna, a contrario sensu, todos estamos obligados a hacer lo que la ley manda y privados de lo que ella nos prohíbe y, consecuentemente, sometidos a la autoridad que la ley impone.

Sin embargo, la órbita ético-disciplinaria notarial tiene las siguientes notas salientes:

- a) Sometimiento específico a la autoridad notarial, con deberes propios de la función (p. ej., imparcialidad, probidad, honestidad, entre muchos otros).
- b) Necesidad de equilibrio entre las atribuciones de la autoridad notarial de tutelar la legitimidad de la sanción, evitar arbitrariedades y respetar las garantías individuales de cada escribano.

6. Responsabilidad civil

Consiste en la obligación de reparar el daño causado a otro sujeto, originado en conducta violatoria del derecho de este. Obviamente, es trascendente determinar si el escribano es funcionario público o no, pues, si lo fuera, respondería también ante el Estado y este último, de manera solidaria, por la infracción de aquel (doctrinas funcionarista, profesionalista y ecléctica o mixta). La responsabilidad civil del escribano puede ser contractual o extracontractual; una prescribe a los diez y la otra, a los dos años (arts. 4023 y 4037, C. C.). Otra responsabilidad civil que puede caberle al escribano es aquella derivada de los hechos u omisiones de sus empleados, ya que la obligación de quien ha causado el daño se extiende al que causan sus dependientes (art. 1113, C. C.). Resulta discutible si el escribano titular del registro notarial es responsable por los hechos u omisiones de sus adscriptos. Como el titular tiene la dirección del registro notarial, será responsable en la medida en que la infracción u omisión pudiera haber sido verificada o controlada. No habrá responsabilidad alguna cuando consista en un juicio de valor o afirmación personal del adscripto.

7. Responsabilidad penal

Es importante no solo porque se relaciona con el orden público, sino porque las sanciones son las más graves: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Revierte sobre la persona del notario, pudiendo, inclusive, privarlo de su libertad. La responsabilidad penal del notario es aquella en que incurre el oficial público cuando comete o intenta cometer delitos atinentes a su profesión, tipificados por la norma común. Los delitos contra la fe pública, violación de secreto y estafas y otras defraudaciones son aquellos en que puede incurrir el notario en el ejercicio de la función notarial. Todas estas figuras son dolosas, mas de dolo directo y no eventual. Especialmente, las estafas y ciertas defraudaciones requieren ardid o engaño en el que debe tomar parte el notario para que la conducta resulte penalmente reprochable.

No es posible soslayar que ciertas figuras delictivas previstas en la Ley 26.735, en caso de infracción, bien pueden ser aplicables al notario, si correspondiere. En especial, el delito de apropiación indebida de tributos, contemplado en el artículo 5 de la citada ley, en la medida en que reprime al agente de retención de tributos nacionales, como lo es el escribano, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido, siempre que el monto ingresado no superase la suma de diez mil pesos por cada mes.

Por otra parte, en la medida en que el delito de falsedad ideológica –sin lugar a duda– es aquel que más concierne a la actividad notarial, cuadra estudiarlo de manera más específica que los restantes, lo que conlleva un repaso de ciertas notas salientes acerca del concepto de *instrumento público*, con relevancia en la esfera penal, sumado al análisis de otros institutos con implicancias en el ámbito notarial.

Entonces, 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:

- 1) Para referirse a una proposición
- 2) Para indicar una realidad

En el primer caso, se sostiene con atino que una proposición es verdadera a diferencia de la falsa. En el segundo caso, se afirma con certeza que una realidad es verdadera a diferencia

de lo aparente, ilusorio, irreal, inexistente, etcétera. 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. Ello es lo que ocurrió con la idea de verdad que predominó desde los comienzos de la filosofía.

Sentado ello –y sin desmerecer la suma importancia de la cuestión–, en la medida en que lo relevante para la actividad notarial 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.

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, que la noción *fe pública* es muy anterior a los Estados modernos e, incluso, a las monarquías. 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 legiferante 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 imponedor. A la vez, por *actos jurídicos* sometidos a formas y objetivos, se comprenden los instrumentos aptos para establecer

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 pueden 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 pompam 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 es del uso previsto en el artículo 296 del mismo cuerpo legal. De ahí que, para justificar la incriminación de estas conductas, que solo son concreta o potencialmente lesivas cuando aúnan 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 la 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.

En gran medida, toda confusión proviene 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, y a guisa de síntesis, lo que interesa es que el concepto de fe pública aparece como unitario, no divisible, y que tanto en una como en otra función esté presente en el contenido la yuxtaposición antes referida, aunque solo se lo advierta en una primera observación superficial. Luego, por lógica, el esquema debe 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 ínsitos 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; de esta forma, podrá establecerse la acepción actualizada de moneda, billete, documento, falsificación material, falsedad ideológica, instrumentos públicos y privados, uso, adulteración, supresión, etcétera, que son todos aspectos de las circunstancias de la conducta que puede perjudicar al bien jurídico.

7.1. *La figura penal*

7.1.1. *El tipo*

La ley describe el *tipo* del siguiente modo:

... el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento

deba aprobar, de modo que pueda resultar perjuicio. [Art. 293, C. P.]

7.1.2. Elementos del tipo objetivo

7.1.2.1. El verbo típico

Es el que describe aquello en que la acción consiste y, en esta figura penal, tiene dos variantes:

- a) *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. Ejemplo: realizar una escritura de compra-venta a sabiendas de que el vendedor no es quien dice ser y, además, el escribano utiliza documentación que –sabe– resulta apócrifa.
- b) *Hacer insertar en una escritura pública declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento público debe probar.* Ejemplo: un escribano realiza una escritura de transferencia de dominio, volcando en el documento afirmaciones falsas que le fueran informadas por alguno de los comparecientes al acto escriturario, como ocurre cuando se le manifiesta al notario un estado civil que no es real.

7.1.2.2. 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. Claramente, cabe concluir que el tipo penal en cuestión no admite de parte del autor un conocimiento probable o eventual, sino directo, actual y concreto.

¿Se puede realizar esta compleja labor intelectual, creando una escritura falsa, por inserción de una declaración falaz, sin pleno conocimiento, conciencia, de que se introduce tal falsedad, desde el comienzo de la tarea notarial? Sí. Mas lo cierto es que el tipo penal no contempla la variante de que el agente obre con dolo eventual.

7.1.2.3. *Sujeto activo*

Como quedó dicho, 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.

Es menester destacar que el instrumento público es verdadero respecto de los otorgantes y de la materialidad de su tenor, mas no es verídico como manifestación probatoria del hecho sobre cuya verdad o veracidad debe hacer fe pública, pudiendo ser autores del delito los escribanos o funcionarios encargados de extender el instrumento público, pues son los únicos que pueden insertar manifestaciones en él, como así también los particulares, a cuyo cargo la ley pone la obligación de hacer insertar por los escribanos o funcionarios encargados de extender los instrumentos públicos manifestaciones verídicas sobre ciertos hechos.

7.1.2.4. *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 al propio Estado, afecta a la fe pública, potestad de este último, es prudente concluir que el sujeto pasivo es el Estado.

7.1.2.5. *Elementos circunstanciales. El perjuicio*

En la figura, el perjuicio es un elemento circunstancial, así descrito: “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.

Por otra parte, cuadra observar que la conducta típica del artículo 293 del Código Sustantivo es *insertar en un documento declaraciones falsas* y que ellas tengan aptitud para producir perjuicio, siendo que el dolo estriba en el conocimiento del carácter del documento, del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose al de la posibilidad de perjuicio.

7.1.2.6. 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, solo 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.

El instrumento público suele definirse como aquel que, secundado por una disposición normativa, tiene fuerza probatoria auténtica, sea que esa disposición normativa requiera a ese efecto de la actuación de un oficial público, de un autorizado para actuar como tal u otros elementos en ella previstos. De tal modo que no es la autenticidad, como elemento caracterizante o calidad lo que da el concepto, sino la norma tomada en sentido amplio o material la cual, con sus recaudos y elementos, establece la condición de instrumento público y, por ello, este tiene autenticidad. Sin lugar a duda, la norma jurídica que confiere la calidad de instrumento público debe ser de carácter federal y no local. Entonces, es dable señalar que se considera documento público a las constancias extendidas por los funcionarios legalmente facultados en la forma solemne o no que las leyes o su reglamentación exigen o admiten, siempre que presenten los signos de autenticidad correspondientes a cada caso.

Luego, resulta incuestionable que las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo son instrumentos públicos, acorde a la preceptiva del artículo 979, inciso 1, del Código Civil. Tan es así que la escritura pública es el único instrumento público especialmente regulado en el título IV de la sección segunda del libro segundo del Código Civil.

Por consiguiente, en la medida en que el agente inserte –oficial público– o haga insertar –intervinientes en el acto– declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, más aún en una escritura pública autorizada por un notario, estaremos ante el concepto normativo de *instrumento público*, requerido para la configuración del tipo objetivo de la figura delictiva de la falsedad ideológica, descrita en el artículo 293 del Código Sustantivo.

En conclusión, cuando se insertan afirmaciones falsas en un instrumento público, y en especial en una escritura pública

–paradigma del género–, se produce un menoscabo de la fe pública en cuanto ha deformado el documento que lleva, sumándose a una lesión abstracta, la concreta posibilidad generar perjuicio, ocasionado directamente por la falsificación misma.

No es posible soslayar que las normas jurídicas que determinan el carácter de instrumento público del documento deben ser dictadas por el Congreso de la Nación, pues legislar cuestiones propias del derecho civil sustantivo, como esta, es una facultad delegada por los Gobiernos provinciales a la Nación.

Luego, no deben ser considerados como instrumentos públicos aquellos que no son declarados como tales por una ley nacional, siendo que, a pesar de ello, es frecuente que en el ámbito penal se aplique un criterio sumamente amplio y, por tanto, abarcativo de documentos que no tienen debido reconocimiento jurídico.

7.1.2.7. *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 haya 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.

7.1.3. *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.

7.1.3.1. *A título de dolo directo*

Dolo es la voluntad del agente de realizar el tipo penal, con la conciencia de que se están realizando todos los elementos que lo constituyen. Es así que el dolo requiere conocimiento, conciencia y voluntad de afirmar lo falso o de negar lo verdadero. Quien

miente, creyendo que dice la verdad, no comete delito alguno, porque subjetivamente no miente.

En efecto, el dolo, como forma de culpabilidad, requiere conocimiento y voluntad, que debe probarse, para adecuar la conducta a una figura penal determinada. ¿Conocimiento y voluntad de qué? De los elementos del tipo y su realización con conciencia plena.

Finalmente, respecto de la falsedad documental que nos ocupa, se estableció que 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 de 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 ideológica al autorizar 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 es posible, por consiguiente, atribuir la conducta delictiva a título de dolo eventual.

7.1.3.2. *A título de dolo eventual*

Para Soler,³ 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.

Por otra parte, Roxin⁴ sostiene que quien 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.

El dolo eventual se da cuando el 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 el 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 re-

3. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, 4ª ed.

4. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997.

sultado lesivo de un bien jurídico tutelado por la ley penal sustantiva, mas confía en que su pericia lo evitará; pero, si se 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*.

Por ello, bien puede sostenerse con atino que, para aplicar la doctrina del dolo eventual, debe 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. Sin embargo, es dable insistir hasta el hartazgo con que, cuando ello ocurre, lo acción solo será relevante para el derecho penal si, y solo si, el supuesto del dolo eventual se encuentra claramente descrito en el tipo penal en cuestión. De no ser así –no cabe duda–, se transgredirían preceptos constitucionales.

¿Cuándo será jurídicamente correcto aplicar el dolo eventual? Cuando la descripción del tipo comprende esa *representación* que se produce en la mente del autor. Muestra cabal de ello es el tipo del encubrimiento –previsto en el artículo 277, inciso 2, del Código Penal–, que de manera prístina contempla tal supuesto. En efecto, reprime al autor si, de acuerdo con las circunstancias, podía sospechar la procedencia de un delito de ciertos bienes.

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*.

Sentado ello, cabe resaltar que frecuentemente se admite 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 mera presentación del documento y no toma los recaudos para tener la certidumbre sobre la verdadera identidad, su conducta podría ser, en algunos casos, la de quien se representa 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.

Este razonamiento deviene inexacto, no solo por lo sostenido más arriba, que ya es más que suficiente como para desterrar esa errónea creencia, sino también en la medida en que, tal como fuera anticipado más arriba, la reforma introducida a los artículos 1001 y 1002 del Código Civil por la Ley 26.140 determina que la identidad puede ser justificada, entre otros medios, con la exhibición que el compareciente hiciera al escribano de documento idóneo, debiendo agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes, acorde a la preceptiva del inciso c del citado artículo 1002. Luego, corresponde asumir que, si el notario actúa acorde a 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.

En lo que atañe al documento idóneo referido por el inciso c del artículo 1002 del Código Civil, cabe señalar que, si se adopta un criterio de idoneidad jurídica, evidentemente consiste en el documento nacional de identidad, salvo en los casos de extranjeros que no lo tuvieren y cuyo domicilio no estuviere situado en territorio argentino, oportunidad en que deberán ser identificados con su respectivo pasaporte. En efecto, es obligatoria la presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas en todas las circunstancias en que sea necesario probar, como ocurre cuando un escribano autoriza una escritura pública, la identidad de las personas de existencia visible que concurren al acto escriturario, por aplicación de las disposiciones de los artículos 1 y 13 de la Ley 17.671, que debe considerarse como complementaria del indicado artículo 1002, en la medida en que este último, y solo

para los supuestos de instrumentación de actos jurídicos en escritura pública, prevé otros medios para justificar debidamente la identidad de los comparecientes.

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; 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. De ahí que 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.

Ahora bien, tampoco corresponde descartar de plano otro criterio consistente en la idoneidad material del documento, dando mayor importancia a las medidas de seguridad que detenta el documento, a fin de evitar la falsificación material del mismo. En consecuencia, es menester complementar la idoneidad jurídica y la material, a fin de brindar mayor seguridad jurídica a las personas que pretenden instrumentar un acto jurídico en escritura pública.

Sentado ello, cuadra evocar que, usualmente, se ha entendido que corresponde imputar una posible falsedad ideológica con dolo eventual al notario que, sin conocimiento de una de las partes celebrantes, realizó el acto escritural conformándose con la mera presentación de un triplicado del documento de identidad de esa parte, que contenía una foto borrosa pegada encima de la firma del interesado, lo cual supone que el profesional se representó la posibilidad de que se insertara una falsedad y, sin embargo, no realizó todas las medidas que tenía a su alcance para adquirir la certidumbre que le exigía la ley.

En primer lugar, el criterio precedentemente expuesto es anterior a la reforma de los mencionados artículos 1001 y 1002 del Código Civil, circunstancia que denota aún más la improcedencia de adoptarlo para dirimir una cuestión penal dirigida contra un escribano.

En segundo lugar, si el documento exhibido al escribano se encuentra palmariamente adulterado en su materialidad, no puede sostenerse la hipótesis del dolo eventual, pues esa situa-

ción fáctica demuestra fehacientemente que el notario obró con dolo directo.

En tercer lugar, y para el caso en que se pretendiera insistir en que debe sancionarse al escribano en orden a la comisión del delito de falsedad ideológica por dolo eventual, conforme fuera debidamente fundado *ut supra*, la falta de descripción típica de ese extremo torna en arbitraria toda decisión que acogiese ese temperamento, pues desde ningún punto de vista resultaría ser una derivación razonada del derecho.

Sentado ello, cuadra avocarse al estudio de la doctrina de la estafa notarial, habida cuenta de su trascendencia en la esfera del derecho penal, en lo que atañe al ejercicio de la función notarial, en la medida en que, seguramente, toda imputación de falsedad ideológica concurre con alguna figura estafatoria o defraudatoria.

7.2. *La estafa notarial*

La expresión *propiedad* no solo alude al dominio sobre las cosas, sino también al conjunto de todos los derechos con un contenido patrimonial susceptible de apreciación pecuniaria. Así, Soler⁵ sostiene que el delito de estafa es un acto contra la voluntad de disponer libremente del patrimonio, a fin de que no se disminuyan sus créditos y no aumenten sus débitos sin la intervención adecuada de aquella voluntad.

Entonces, así como, cuando el juez dicta una sentencia a favor de la parte que presentó pruebas falsas engañando al juzgador e inducido este último a error por ese ardid, se configura una estafa procesal, así también, cuando el escribano autoriza una escritura pública (arts. 979 y ss., C. C.) sobre la base de documentación apócrifa, se conforma un tipo de estafa, que bien puede denominarse como *estafa notarial*.

Para completar el paralelo entre ambas figuras, es menester tener en cuenta que la sentencia dictada por el juez es tal en la medida en que se encuentra rubricada por la firma del secretario de la judicatura, que ejerce –como el notario– fe pública en la esfera jurisdiccional. Así también, el escribano autoriza la escritura pública con su firma, dando fe pública en la esfera privada.

De modo que, así como el juez es *víctima* del ardid estafatorio desplegado por el autor del delito –una de las partes del proceso–, también lo es el notario en la estafa notarial, por cuanto el

5. SOLER, Sebastián, óp. cit. (cfr. nota 3).

autor –una de las partes del acto escriturario–, o aun no siéndolo, como lo es un testigo del acto a ser instrumentado, realiza un astuto despliegue de medios engañosos, tendiendo a inducir al notario a error, para que autorice una escritura pública continente de un acto jurídico que resulta a la postre patrimonialmente perjudicial para la otra parte interesada en el mismo, siendo que esta última realiza una disposición de ese carácter. Lo concreto es que el ardid recaer sobre el escribano, como en el otro supuesto sobre el juez, y que resulta damnificada una tercera persona, que es dable calificar como *damnificado*.

Este es un supuesto de *estafa triangulada*, donde la víctima del error puede ser una persona distinta de la víctima del perjuicio; y ello no obsta a que este último elemento típico deba encontrar su causa en el acto de disposición del sujeto inducido a error, siendo, en definitiva, las estafas trianguladas el género y las estafas notarial y judicial dos especies de aquellas.

Siguiendo este orden de ideas, el maestro Núñez⁶ señala que la víctima del fraude es la persona que padece el error causado por el ardid o engaño del autor. Aclara con atino que el ofendido por la defraudación es la persona perjudicada en su propiedad a causa de la disposición patrimonial realizada por la víctima del fraude, a raíz de su error. Y concluye acertadamente que ambas calidades pueden recaer en una misma persona o en personas distintas, lo que considera indiscutible.

De ello se colige que, en los supuestos de estafa notarial, el delito se consuma cuando se genera la disposición patrimonial perjudicial para el sujeto pasivo u ofendido directo, en razón del acto instrumentado por el notario *víctima del error* en que incurre por el ardid, engaño o toda clase de maquinación desplegados por el sujeto activo o autor de los mismos.

Por otra parte, habrá tentativa de estafa notarial cuando el autor realiza cada uno de los actos ilícitos tendientes a engañar al escribano y este, no obstante, advierte tal circunstancia –como lo es, por ejemplo, la falsedad de la documentación entregada al notario, entre muchas otras modalidades de engaños posibles que *victimizan* a los escribanos– y no autoriza la escritura pública del caso.

Luego, si el escribano –al igual que el juzgador en los supuestos de estafa judicial– incurre en error, autorizando una escritura pública que resulta patrimonialmente perjudicial para la otra parte del acto escriturario u otra persona, es porque el error le resultó invencible con los medios de que dispone. Por

6. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

ejemplo, si a un escribano, a fin de realizar un acto dispositivo en nombre y representación de otra persona, le presentan copia de una escritura pública en la que se instrumentó un acto de apoderamiento, generando una relación de mandato (arts. 1869 y ss., C. C.), y este cesó en su vigencia por fallecimiento del otorgante o mandante, por más que el notario realice el estudio de títulos correspondiente (art. 1963, C. C.), y si en la escritura matriz no hubiere nota marginal al respecto, el error en que incurrirá será invencible. De todas formas, y aunque el escribano hubiere obrado con falta de diligencia, prudencia o pericia, jamás le será imputable el delito de estafa previsto en el artículo 172 del Código Penal, pues, sin lugar a duda, requiere dolo directo.

La importancia de esta doctrina de la estafa notarial consiste en poner las cosas en su lugar, ya que el escribano, desde siempre, ha sido susceptible de ser objeto de maniobras defraudatorias; es injusto que sea sometido a una imputación penal en su contra, cuando antes es menester establecer si fue víctima del fraude y no participe en la maniobra, en cualquiera de sus formas. Ello no obsta adherir a la correcta pretensión punitiva estatal de aplicar con severidad el derecho penal sustantivo en casos en los que sí el escribano, sea como coautor o participe secundario o primario, toma parte en la estafa.

En suma, la estafa notarial queda comprendida por la especie de las estafas trianguladas –abarcadas a su vez por el género de las estafas–, siendo que en aquellos supuestos el notario no es partícipe del delito, sino víctima del ardid llevado a cabo por el autor.

Sentado ello, a fin de resaltar ciertos aspectos atinentes a la esfera del derecho penal con relevancia en el ámbito notarial, cuadra evocar aquellas conclusiones adoptadas en la XXVIII Jornada Notarial Argentina (Rosario, 2008):

- a) *Difusión de la función notarial.* Dado que los notarios somos profesionales del derecho en ejercicio de una función pública delegada por el Estado, que lleva una estricta regulación legal y contralor, resulta imprescindible que se *conozca y reconozca* a la misma, difundiendo su alcance como herramienta para la seguridad jurídica, evitando se incurra en injustas imputaciones, por lo que los colegios notariales de todo el país y el Consejo Federal del Notariado Argentino deben dimensionar la importancia de publicitar la función notarial.
- b) *Asesoramiento institucional.* Igualmente, los colegios notariales de todo el país deberán, entre sus funciones específicas,

proveer las herramientas de asesoramiento y asistencia en materia penal para sus colegiados y aun para sus órganos de conducción.

- c) *Institutos de derecho penal.* Proponer, en el ámbito de los colegios notariales de todo el país, la creación de institutos o comisiones de derecho penal que se ocupen de la investigación de los delitos en que la pretensión punitiva estatal afecta la tarea notarial, realizando labor docente de esos tipos penales.
- d) *Relación con los poderes del Estado, en especial el Judicial.* Promover una comunicación fluida y una colaboración adecuada con los poderes del Estado, en especial con el Poder Judicial, generando vínculos que permitan una actuación armónica y eficaz para obtener los mejores resultados, con la mayor economía de tiempo y menor desgaste jurisdiccional.
- e) *Deber de información y secreto profesional.* Es necesario resguardar el deber del secreto profesional del notario, amparado por su derecho al trabajo, facilitando el cumplimiento de su función en cuanto agente de información y retención, no requiriendo su intervención cuando el Estado, a través de sus distintas reparticiones, ya cuenta con esa información.
- f) *Falsedad material.* El Consejo Federal del Notariado Argentino deberá difundir entre todos los colegios notariales del país y las entidades y órganos del Estado que crea convenientes, y en la forma que juzgue adecuada, las medidas de seguridad que contienen los formularios y papelería de uso notarial en cada una de sus demarcaciones.
- g) *Falsedad ideológica.* La función fedataria es indelegable y requiere para su ejercicio inmediatez. Para que la dación de fe del notario como conducta sea tipificada como delito, y en consecuencia punible, requiere dolo directo. La falsedad ideológica requiere la existencia de un instrumento público del que surja la falta de veracidad de sus declaraciones respecto de un hecho que el mismo esté destinado a probar y que pueda causar perjuicio.
- h) *Artículo 1002 del Código Civil.* El artículo 1002 del Código Civil requiere que el notario llegue a la conclusión de que la identidad manifestada por el compareciente es la correcta. En el caso de sustitución de persona, la conducta del notario no será antijurídica si, cumpliendo con la ley, ha llegado a la convicción personal respecto de la identidad del compareciente.
- i) *Intervención institucional previa en todo procedimiento a realizarse en una notaría.* Establecer la necesaria intervención de los colegios notariales en toda acción o procedimiento administrativo o judicial vinculado al ejercicio de la función

notarial que involucre a un notario, impulsando que ello sea receptado por todos los ordenamientos locales.

- j) *Allanamiento de notarías.* El ingreso de la prueba documental al proceso penal puede realizarse mediante el secuestro de la misma o por su presentación por el notario por el cumplimiento de una orden judicial. En razón de ello, es aconsejable que el allanamiento solo constituya una medida procesal que se ordene en última instancia por el juez, cuando no exista *prima facie* la presunta comisión de un delito y siempre que el notario no haya presentado la documentación cuando le hubiere sido requerida, evitando, de este modo, dispendio jurisdiccional.
- k) *Sus recaudos.* Impulsar desde los colegios notariales el asesoramiento y la instrucción a los notarios sobre los recaudos que deben adoptar en circunstancias de allanamientos a sus notarías, tales como: verificación de la orden judicial, acreditación de investidura de funcionarios actuantes, reclamo de la asistencia al acto del representante institucional, estricta individualización de los documentos requeridos, verificación de la confección del acta judicial, la que dará cuenta exhaustiva de la diligencia realizada y documentación secuestrada. Propender a la unificación de criterios de trabajo con el Poder Judicial que permitan la mayor eficacia de la diligencia judicial que se ordene, secuestrando únicamente la documentación estrictamente necesaria.
- l) *Deber de custodia.* Establecer en qué lugar y bajo qué responsable será conservada la documentación secuestrada, separada de otros elementos que pudieran incautarse en el procedimiento, procurando evitar su pérdida o deterioro, debiendo limitarse temporalmente el plazo de restitución del material secuestrado. En la medida de lo posible, se procurará que la custodia se mantenga en la órbita notarial. En relación a este último párrafo, existió disidencia de la provincia de Buenos Aires, por considerar que cesa el deber de custodia del notario una vez que la documentación ha sido secuestrada, estando desde dicho momento el deber de custodia a cargo del juez de la causa.
- m) *Pericias judiciales.* Procurar que las tareas periciales que requieran consulta de protocolo o de documentación agregada a él deban ser cumplidas sin desplazamiento de los mismos, realizándose en el lugar donde se encuentren. Por excepción, y en caso de estar encuadrado, podrá requerirse al notario el desglose de la foja y la documentación anexa, en cuyo caso, hasta la reinscripción de los originales, se agregará copia del

material desglosado, ello como forma de preservar la integridad del resto de la documentación notarial.

Luego de plasmar tan importantes conclusiones, cuadra destacar la suma injerencia de la acción penal respecto de la civil, en la medida en que suspende la sentencia civil. Si mediare condena penal hace cosa juzgada en el proceso civil y suspende el término de la prescripción civil si se hubiere deducido querrela (arts. 1101-1103 y 3982 bis, C. C.).

No obstante, la sentencia penal absolutoria por falta de culpa no hace cosa juzgada en sede civil, si la responsabilidad del demandado se basa en un factor de atribución objetivo o en una presunción de culpa; en cuanto a la relación causal, se afirma que lo constatado por el juez penal en la sentencia absolutoria es revisable en sede civil, en donde el criterio de apreciación de ese ligamen es diferente. Por consiguiente, la absolución del acusado en juicio criminal no hace cosa juzgada respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

Por último, cabe señalar que, cualquiera sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada conservará todos sus efectos (art. 1106, C. C.). De ello se colige que, una vez dictada la sentencia civil y pasada esta en autoridad de cosa juzgada, la sentencia penal no modificará sus efectos.

8. Responsabilidad fiscal

La ley específicamente le impone al escribano el carácter de agente del fisco con distintas posibilidades: de recaudación, de retención y de información. Es responsable por la deuda ajena con carácter solidario; inclusive, el titular se solidariza con su adscripto (art. 9, Ley 11.683). Ello usualmente comprende tanto impuestos locales como nacionales.

Es dable señalar que el escribano, como agente de retención, es personal y solidariamente responsable cuando omite retener o, habiendo retenido, dejó de pagar a la Administración Federal de Ingresos Públicos dentro del plazo de 15 días siguientes a aquel en que correspondía efectuar la retención, si no acreditare que los contribuyentes han pagado el gravamen, y sin perjuicio de la obligación solidaria que para abonarlo existe

a cargo de estos desde el vencimiento del plazo señalado (arts. 6 y 8, Ley 11.683).

Sentado ello, cuadra destacar que la responsabilidad fiscal tiene conectividad con la responsabilidad penal del notario cuando resultan aplicables las disposiciones de la Ley 26.735.

9. Responsabilidad disciplinaria

Es la única específica del notario. Cada disciplina o profesión tiene caracteres diferentes con las otras; esto determina infracciones, normas éticas y deontológicas propias, órganos disciplinarios, procedimientos y sanciones que, si bien en la denominación pueden ser comunes, cierto es que aparecen configurados alrededor del concepto de la profesión. Tiene por finalidad mantener el orden y la imagen ideal, mirando no solo hacia la sociedad, sino también a las relaciones entre notarios y entre estos y el Colegio.

9.1. Elementos de la infracción

Toda infracción disciplinaria tiene los elementos siguientes.

9.1.1. La acción

La infracción disciplinaria notarial tiene la particularidad de ser frecuentemente omisiva. Y se estructura sobre la base de un conjunto de deberes ético-notariales establecidos por la ley o por resolución de las respectivas colegiaturas. Debe entenderse por irregularidad profesional todo acto u omisión, intencionales o culposos, que importen el incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen el ejercicio de la función notarial, así como la violación de las disposiciones dictadas o que se dictaren para la mejor aplicación de aquellas y el incumplimiento de los principios de ética profesional, en tanto y en cuanto tales transgresiones afectaren a la institución notarial, a los servicios que le son inherentes, al decoro del cuerpo o a la propia dignidad del escribano. Es así que, en los casos de omisión, la ley es alterada por un *no hacer*, por la no realización de un deber legal. Y en los supuestos de acción por comisión, la violación a la norma disciplinaria se produce por un *hacer algo*.

9.1.2. *Antijuricidad*

Si en el accionar del notario media una causal de justificación que legitime su conducta, tal causal la tornaría jurídica también respecto de la infracción disciplinaria.

Si el escribano retiene el título de una escrituración hasta que le sean pagados sus honorarios (art. 3939, C. C.), no comete falta disciplinaria alguna. Ello por cuanto el sistema jurídico debe ser una armonía y ordenada, con nuestra Constitución Nacional en el vértice superior y las demás leyes y normas jurídicas por debajo. De modo que, si una conducta es jurídicamente justificada en sede penal, también lo será en sede civil o disciplinaria. El derecho no puede quitar con una mano lo que confirmó con la otra.

9.1.3. *Tipicidad*

La acción sancionable del escribano debe adecuarse exactamente a la descripción de la norma que establece la infracción ético-disciplinaria, siendo menos estricta en relación a un delito penal. La infracción tiene que ser lo más clara posible.

9.1.4. *Culpabilidad*

En principio, debe tenerse en cuenta el dolo para determinar si hubo infracción disciplinaria o no. No obstante, la responsabilidad disciplinaria puede emerger de un hecho realizado con culpa.

9.2. *Vigencia de garantías en el proceso disciplinario*

Más allá de la discusión sobre si son aplicables al proceso disciplinario los preceptos y garantías constitucionales que gravitan en el proceso penal, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que, en el primero, deben mediar una suerte de *garantías mínimas*, lo que no implica que sean aquellas del proceso penal, ni tampoco que el notario pueda ser sometido a una situación de desprotección. Por consiguiente, debe existir un justo equilibrio entre libertad y sanción.

No es posible soslayar que el proceso disciplinario bien podrá ser considerado inconstitucional cuando el mismo órga-

no que establece las normas jurídicas que configuran las faltas ético-disciplinarias sea quien las juzgue, pues concentraría la suma del poder público y ello resulta inaceptable a la luz de la división de poderes consagrada por nuestra Constitución Nacional, lo que, obviamente, debe respetarse en la esfera disciplinaria.

Sentado ello, no tiene menor importancia la clara conformación de un supuesto de inconstitucionalidad cuando la letra descriptiva del tipo disciplinario resulta ser tan abierta que permite al juzgador decidir a su sola voluntad, vulnerando, además, preceptos de raigambre constitucional como la defensa en juicio y el debido proceso legal. En consecuencia, el tipo disciplinario debe ser claro, exacto, limitado y preciso.

9.3. Existencia de responsabilidad ético-disciplinaria independiente de la penal o la civil

Es frecuente que, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa, toda irregularidad disciplinaria haga emerger una responsabilidad con autonomía de aquellas otras. La autonomía de la responsabilidad disciplinaria se reafirma por la preceptiva de ciertas leyes locales que regulan al notariado, por cuanto reputan nulas las resoluciones judiciales o administrativas que impusieren sanciones disciplinarias a los escribanos sin haberse oído previamente al colegio de escribanos.

Dicha autonomía deriva, además, de disposiciones locales que permiten sancionar disciplinariamente al notario aun cuando fuere eximido de responsabilidad, tanto en sede civil como penal. La razón de ello estriba en que la responsabilidad ético-disciplinaria reviste una especial sujeción del notario a la autoridad colegial, palmariamente distinta del régimen jurídico civil, penal o fiscal.

9.4. Esquema normativo

Las normas que regulan la materia ético-disciplinaria de los notarios suelen enunciarse en forma de deberes cuya infracción, por medio de acciones comisivas u omisivas, según el caso, determina la sanción. La fuente de producción normativa es aquella establecida en las leyes locales que regulan el ejercicio de la función notarial.

9.5. *Órganos de fiscalización y disciplina*

En cuanto a los órganos de fiscalización y disciplina, cabe señalar que existen tres sistemas usualmente. Uno interno, cuando el control y el juzgamiento de la función notarial son ejercidos solo por órganos pertenecientes a la colegiatura respectiva; otro mixto, cuando intervienen órganos internos y externos de la colegiatura; por último, el externo, cuando solo toman cartas en el asunto órganos externos del colegio.

Estimamos prudente que la fiscalización y control inmediato lo ejerzan las colegiaturas, a través de sus cuerpos de inspectores. Mas entendemos que el juzgamiento de las faltas ético-disciplinarias debe quedar en manos de un órgano jurisdiccional externo que, preferentemente, se encuentre integrado por personas que hayan ejercido de manera intachable la función notarial. Ello así, dadas las particularidades y complejidad de las mismas, que, usualmente, no son debidamente comprendidas por los magistrados. De ahí la importancia de haber ejercido la función notarial, que no debe coincidir con el tiempo en que se juzgan faltas ético-disciplinarias, pues juzgar a un colega genera situaciones incómodas y, en muchos casos, bien puede ser utilizado para librarse de competencia.

Frecuentemente, las colegiaturas tienen las facultades siguientes:

- a) Velar por la actitud e ilustración en el ejercicio profesional, por el prestigio e intereses del cuerpo, proteger a sus miembros por todos los medios a su alcance y prestarles asistencia cuando se vieran afectados en el ejercicio regular de sus funciones.
- b) Vigilar el cumplimiento, por parte de los escribanos, de las leyes, sus reglamentaciones y de toda otra disposición atinente al notariado, incluso las resoluciones del mismo Colegio.
- c) Inspeccionar y calificar los registros y oficinas de los escribanos periódicamente, a efectos de verificar el cumplimiento estricto de las obligaciones notariales y comprobar que las escribanías respondan a las necesidades de un buen servicio público. A tales efectos, dispone de un cuerpo de inspectores con las facultades y deberes que determine generalmente el consejo directivo.
- d) Cuidar el decoro profesional, la mayor eficacia de los servicios notariales, el cumplimiento de los principios de la

- ética profesional y dictar resoluciones inherentes a estas materias.
- e) Aprobar resoluciones de carácter general tendientes a unificar los procedimientos notariales y a mantener la disciplina y buena correspondencia frente a los escribanos.
 - f) Tomar conocimiento de toda acción o sumario promovido contra un escribano, a efectos de determinar sus antecedentes y coadyuvar a la elucidación de su responsabilidad, emitiendo el dictamen correspondiente, en mérito de la intervención fiscal que le compete.
 - g) Instruir sumario, de oficio o por denuncia, sobre la conducta de los escribanos, sea para juzgarlos o para elevar las actuaciones al Tribunal de Superintendencia, en su caso, con sujeción a los preceptos de ley.

9.5.1. *Órganos de los colegios de escribanos*

Los órganos permanentes de los colegios de escribanos son, generalmente, la asamblea general y el consejo directivo. Ambos cuerpos estarán integrados exclusivamente por colegiados y jubilados en el ejercicio de la función en la demarcación que fuera. El consejo directivo se integra por un presidente, un vicepresidente, dos secretarios, dos prosecretarios, un tesorero, un protesorero, más diez vocales titulares y seis suplentes. Para ser presidente o vicepresidente, debe contarse, en la mayoría de los casos, con una antigüedad en la adscripción o titularidad no menor a los diez años. El consejo directivo, entre otras, tiene las atribuciones siguientes:

- a) Dictar resoluciones de carácter general o especial que tengan por objeto interpretar o aclarar disposiciones contenidas en la ley reguladora de la función notarial o sus reglamentos.
- b) Dictar el reglamento de actuaciones sumariales. El consejo dicta, además, en muchos casos, el reglamento de ética. En él se determinarán las normas a las que, en ese plano, se ajustará la conducta de los escribanos y las que precisen la composición y actuación del tribunal competente en el juzgamiento de tal conducta; y los miembros del tribunal, generalmente en número no inferior a tres ni superior a cinco y por el plazo de dos años.
- c) Designa a los miembros del tribunal, quienes deben, en general, tener una antigüedad mínima de quince años en el

ejercicio de la función notarial. El tribunal de ética emitirá el dictamen que estimare corresponder y, en su caso, pondrá al consejo la sanción que juzgare procedente.

9.6. Sanciones

Las sanciones disciplinarias, en su mayoría, consisten en apercibimiento, multa, suspensión de hasta dos años y destitución del cargo. Estas sanciones serán aplicadas previa instrucción de sumario, salvo en los expedientes de inspección de protocolos, en los que, previa vista a los interesados para que formulen los descargos pertinentes, podrá aplicarse multa de hasta 1000 pesos al escribano que, de modo activo o pasivo, incurriere en actos de indisciplina tales como no guardar el debido respeto a las autoridades del tribunal de superintendencia o del colegio; la falta de contestación de vistas o requerimientos y la presentación de informes o documentos. Las sanciones son aplicadas, según la gravedad de la falta cometida, de acuerdo con las siguientes normas:

- Apercibimiento y multas, por las negligencias profesionales, transgresiones a los deberes de funcionario de carácter leve, incumplimiento de las leyes o de la reglamentación de esta ley, indisciplina o falta de ética profesional, en cuanto tales irregularidades o faltas no afecten los intereses de terceros o de la institución notarial. Igual sanción será aplicada por gestos, palabras o actitudes irrespetuosas contra los miembros del tribunal de superintendencia, del consejo directivo, etcétera. Los importes de las multas pueden ser actualizados por el Colegio de Escribanos.
- La suspensión hasta tres meses será aplicada por reiteración de las faltas precedentemente mencionadas, por irregularidades de relativa gravedad o por resolución del consejo directivo por falta de pago de más de dos cuotas o aportes.
- Las penas de más de tres meses de suspensión o la de destitución corresponden por faltas graves en el desempeño de la función o por reiteración en las faltas que ya hubieren merecido la pena de suspensión.

9.6.1. Recursos y efectos de las sanciones

Los fallos del colegio, casi siempre, son apelables ante el tribunal de superintendencia. Ello respetando la debida instancia de

control de raigambre constitucional. El pago de las multas debe efectuarse en el plazo que establecen las leyes locales, desde su debida notificación. Las suspensiones deben fijar el plazo por el cual el escribano no podrá actuar profesionalmente.

Ningún titular del registro podrá permitir que actúe en su registro un escribano suspendido o destituido en aparente ejercicio de las funciones notariales, bajo pena de aplicación de suspensión por plazo no inferior a un mes.

La destitución del cargo importará la cancelación de la matrícula y la vacancia del registro y secuestro de protocolos si se tratare de escribano titular sin adscripto. Las sanciones firmes de destitución y de suspensión por más de un determinado tiempo, generalmente de quince días, se hacen conocer por medio de publicación o circular del colegio. En el caso de destitución se publicará, además, en el boletín oficial. Todo ello sin perjuicio de las publicaciones y notificaciones que el consejo directivo estimare corresponder.

Otra bibliografía consultada:

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996. BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1981. BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984. CABULI, Ezequiel, "Actuación notarial y falsedad ideológica", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 907, enero-marzo 2012, pp. 200-204 [comentario a fallo: CS, 12/4/2011, "M., W. L., G., M. A. y G., M. L."]. DESCARTES, René, *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, Buenos Aires, Orbis Hispamérica, 1983. GARCÍA RÚA, Oscar J., *El proceso disciplinario del escribano. Responsabilidad penal, civil y ética*, Buenos Aires, Ábaco, 2004. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, 2ª ed. JESCHECK, Hans-H., *Tratado de derecho penal*, Granada, Comares, 1993, 4ª ed. MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 1899. RAPOSO, Mario, *La función notarial*, en *RIN. Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, ONPI, n° 77, 1982. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951. TOMASELLA, Lourdes V., "Responsabilidad del escribano público", en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, n° 47, julio 2012. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil del escribano público", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 937, septiembre-diciembre 2000, pp. 741-765. VIERA, Carlos A., "La institución notarial. Su posición dentro de la sociedad jurídicamente organizada. El porvenir de la institución notarial", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 725, julio-agosto 1958.