

Hacia una consolidación de la teoría general del derecho notarial justo*

Towards a consolidation of the general theory of fair notarial law

SEBASTIÁN JUSTO COSOLA**

RESUMEN

El presente artículo pretende incentivar al lector de manera tal que pueda adoptar una nueva visión y comprensión de la importancia del derecho notarial en la actualidad. En efecto, el notariado siempre ha estado asociado a paradigmas dogmáticos relacionados con cuestiones eminentemente técnicas y prácticas, que permiten avizorar una clara comprensión formularia de la actividad fedante. Pero el notario en los tiempos actuales cumple una misión mucho más relevante inclusive, que la que lo relaciona con la actividad creadora del documento. Y se trata de la puesta en vigencia de los valores de verdad (fe), justicia y seguridad jurídica preventiva a través de la concreción de los deberes éticos notariales aplicados, que ocurren antes y durante la conformación documental, todos analizados desde una corriente innovadora para este tipo de disciplina: la perspectiva realista clásica. Para ello, es indispensable comprender cuál es la misión del notario en los tiempos actuales, y de qué manera a través de la prudencia puede consolidar una argumentación del derecho que sea omnicompreensiva de reglas, de normas y de principios que se captan por evidencia.

PALABRAS CLAVE

Prudencia, Ética, Deberes, Principios, Argumentación, Justicia, Realismo.

ABSTRACT

This article aims to encourage the reader of the importance that notarial law has now a days. It also wants the reader to have a new perspective and understanding of it. In fact, the notary has always been associated with dogmatic paradigms related to eminently technical and practical issues, which allow for a clear understanding of the form of the faith given activity. But the notary in the present times fulfills a mission that is more relevant than that is represented by the document itself. It is all about the implementation of values, truth (faith), justice and preventive legal security through the application of the ethical notarial duties, which occur before and during document formulation, all which are analyzed from a current and innovative manner of the discipline: The classic realistic perspective. Therefore, it is essential to understand what the notary's mission now a day, and how, through prudence, it can consolidate an argument of law that is all-embracing of rules, norms and principles that are captured by evidence.

KEYWORDS:

Prudence, Ethics, Duties, Principles, Argumentation, Justice, Realism.

* Artículo recibido: 28 junio de 2016. Aceptado para publicación: 8 de agosto de 2016

** Profesor Investigador en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. (sjcosola@gmail.com)

SUMARIO/ 1. Lo justo y el derecho notarial / 2. La antigua interpretación notarial del derecho / 3. Relevancia de la aplicación del derecho positivo / 4. La elección por el realismo jurídico clásico / 5. La determinación y argumentación notarial del derecho actual / 6. La prudencia jurídica / 7. La prudencia notarial / 8. Teoría general del derecho notarial justo (A partir del método Realista) / 9. Ensayando una despedida

1. LO JUSTO Y EL DERECHO NOTARIAL

Hace tiempo relativamente prolongado que el tema de la justicia en sede notarial viene llamando poderosamente mi atención. En algunos de mis libros y ensayos antecedentes me he preocupado por esquematizar al derecho notarial de manera tal que su relación con la filosofía del derecho sea además de frecuente, absolutamente indispensable para su explicación y comprensión actual¹. Para ello, he optado por asimilarlo a un esquema de filosofía del derecho realista clásica, captando – a modo de merecido homenaje– algunas de las enseñanzas de *Juan Vallet de Goytisolo*.

Recordemos que el *realismo jurídico clásico* –en la actualidad como una versión del *no positivismo*– es también conocido como *iusnaturalismo ontológico o metafísico* –que confía en la *realidad de un ser que existe*–, *iusnaturalismo católico, cristiano, trascendente, antropológico, teológico*, entre otros². De manera inmejorable en la Argentina, el profesor *Rodolfo Vigo* enseña que esta corriente de pensamiento presenta diversos tópicos de referencia³:

- a) Una consideración del derecho como *lo justo* analógicamente entendido⁴;
- b) En notable sintonía con *Juan Vallet*⁵, refiere a una explicación que diferencie y conecte, desde algún punto de vista, al derecho como lo justo analógicamente entendido con la virtud de la justicia⁶;

¹ Cosola, Sebastián Justo, *Los deberes éticos notariales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.008; *Los fundamentos éticos del derecho notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2.010; *Los fundamentos del derecho notarial- La concreción del método*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.013 y *La prudencia notarial*, Gaceta Notarial, Lima, Perú, 2.014.

² Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo realista-clásico*, en *Filosofía del derecho Argentina*, Andrés Botero Bernal (Coordinador), Temis, Bogotá, 2.008, p. 157.

³ Vigo, Rodolfo Luis Vigo, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Argentina, 2008.

⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵ Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans, *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico- En torno al derecho natural*, Sala Editorial, Madrid, 1.973, p. 65 y ss.

⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica...*, ob. cit., p. 18.

- c) Una *distinción* entre lo *justo natural* y lo *justo positivo*⁷;
- d) Un establecimiento de relaciones entre las normas y las leyes y el derecho o lo justo⁸;
- e) El establecimiento de lo justo natural⁹;
- f) La aprehensión de las *causas del derecho*¹⁰;
- g) La comprensión de los grados del *saber jurídico*¹¹;
- h) Una adecuada ubicación del derecho en el campo de la *ética*¹²;
- i) Un establecimiento de los presupuestos filosóficos del *realismo*: metafísica, gnoseología, y antropología¹³.

Desde una visión *realista clásica*, el planteo académico viene a reconocer, como primera medida, que no únicamente todo lo estrictamente positivo es derecho, y que en concreto, pueden existir fuera del ordenamiento jurídico principios, valores, y conductas que tengan un valor trascendental para el hombre y su vida en convivencia, muy a pesar de no ser reconocidos estos últimos ni por la sociedad ni por las autoridades¹⁴. De esta forma, la escuela realista insiste en que el término derecho es un concepto de realidades *análogas*.

El derecho es un fenómeno complejo, y lo jurídico no se agota en una sola *realidad*, sino que abarca a muchas *realidades distintas y diferenciadas*¹⁵. Al admitir lo antedicho, se hace presente que el derecho tiene distintos modos de ser, por ello es un término *análogo*. Esta afirmación significa que puede el derecho ser conocido o apreciado en realidades muy diversas -existen los profesores del derecho, existen las normas del derecho, las conductas de derecho, etc- y por ello es común reconocer que la *analogía* trata a los términos iguales y consecuentemente, a los diferentes *grados de la juridicidad*¹⁶.

⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰ *Ibidem*, p. 27. Cfr. Además Vigo, Rodolfo Luis, *Las causas del derecho*, 2ª edic, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.010.

¹¹ *Ídem*, p. 29.

¹² *Ibidem*, p. 33.

¹³ *Ibidem*, p. 35 y ss.

¹⁴ *idem*, p. 158.

¹⁵ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.978, págs. 13 y sig.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 16 y sig. Dice Massini: "Dentro de esta explicación se asume con *Aristóteles* que el *orden de la realidad* se divide en *teórico, práctico, lógico y productivo*, correspondiendo lo jurídico al *orden práctico*. Así, afirma que *"en este orden práctico, la razón -práctica- valora y dirige la actividad humana hacia el bien personal o común del hombre mismo"*. En definitiva, el orden práctico le impone al hombre un determinado obrar, para que pueda edificar su vida a través de actos concretos que le permitan alcanzar la obtención de bienes que necesita para su vida, y mucho más que ello *"para su vida perfecta"*, proyectada como bien común o vida perfecta común en la sociedad política para que se alcance el bien personal de cada uno de sus integrantes. En relación con lo antedicho, la coherencia de exposición *realista* de *Juan Vallet* con las que enseñan en el caso concreto los profesores de las

Como consecuencia del análisis mencionado, he oportunamente planteado que la constante y proyectada evolución del derecho presentó en los últimos siglos un crecimiento de un rigor absolutamente considerable, que en la actualidad reclama un ajuste de criterios en la *argumentación jurídica* de las profesiones en general, y en lo que a nosotros importa, de la notarial en particular. Es que no debe perderse nunca de vista que el notariado es una institución que si bien *técnicamente* se fundamenta en arte y ciencia, en la evidencia y en la fe¹⁷, hoy encuentra su máximo baluarte en el mejor desempeño que el hombre pueda realizar, buscando siempre lo justo de cada uno, frente a una sociedad que hace tiempo ha dejado de confiar en las instituciones¹⁸. Sin el sustento social, no habría notariado posible por mas técnica y ciencia que se puedan plantear para mejorar la calidad de vida –o el *comfort*– de las personas y su relación con las cosas. Cuando el exceso en la invocación del progreso avanza sobre los fundamentos esenciales de la vida en relación, se esfuma la paz, se agudizan las crisis y se pierde el sentido de la vida, porque no hay motivos para encontrar esperanzas.

2. LA ANTIGUA INTERPRETACIÓN NOTARIAL DEL DERECHO

No ha sido tarea sencilla determinar el alcance de la *interpretación notarial* desde los textos con los que he contado para realizar el presente estudio, sin presentar un panorama de aquellas no pocas cuestiones confusas que se me han presentado durante todo este tiempo de reflexión. Si bien el tratamiento de cada una de esas cuestiones presenta naturalezas propias, todas encuentran su punto de contacto en la asimilación del objeto científico del derecho notarial a (algún) elemento que necesariamente debe existir en la ley positiva.

La gran mayoría de los académicos alcanzan a considerar que el principal objeto de la ciencia del derecho notarial lo conforma *la norma que regula la función del escribano*. Resulta por demás de regocijante advertir los esfuerzos

Universidades del Litoral y de Mendoza respectivamente, son asombrosas y hasta me atrevo a decir, emocionantes. Todas tienden a obtener un cada hombre un mejor hombre, como analizaremos más adelante en torno al concepto de prudencia jurídica.

¹⁷ Allende, Ignacio M., *La institución notarial y el derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.969, p. 127.

¹⁸ Un dato revelador es el estadístico: las escrituras públicas de adquisición de derecho de dominio, de declaraciones humanas destinadas a regular la vida, de manifestaciones que revisten para las personas, las más esenciales cuestiones se encuentran depositadas en las escribanías. ¿Cómo se explica, que en general, la ciudadanía deje depositados sus títulos en la notaría, y que solamente recurra a ellos cuando surge una nueva contratación o un conflicto que merece la atención de la defensa procesal? La confianza es un merecimiento a quien no defrauda. Esa es la principal legitimación notarial, por ello no debe dejar de tenerse en cuenta esta primera nota de la realidad, a la hora de considerar al ejercicio del derecho notarial.

académicos dirigidos a fundamentar al derecho notarial en un objeto central para su estudio, pero quizás recrear todas esas teorías a partir de una argumentación de los principios esenciales del notariado sea lo más prudente en este momento.

El tratamiento de un método normativo quizás pueda ser acertado desde el punto de vista de la lógica, pero en circunstancias puede encontrarse en las antípodas de lo que definitivamente se debe considerar como *lo justo notarial*. Pienso que el objeto representa el sentido de una función, y más específicamente, las bases o los principios donde deben asentarse los principales fundamentos de una disciplina determinada. Por ello es que el objeto debe de estudiarse y elaborarse a la luz de los *principios esenciales del derecho autónomo* y no en referencia a un grupo ordenado de normas que regulan el ejercicio de una función o profesión, cuando la propia función supera con creces la descripción que de ella misma puede hacer un legislador inteligente, aplicado a su oficio, *avisgado, o tan solo oportunista*.

Las funciones milenarias indispensables para el orden y el desarrollo de la comunidad en paz nacen por necesidad, y no por creación legislativa. Parafraseando a *Ronald Dworkin*, podría afirmar que “*no puede someterse el origen de una institución social al test de origen o de pedigree*” como si ocurre con las instituciones creadas por necesidad o conveniencia¹⁹. *El ministerio notarial importa la declaración biológica de los derechos en la normalidad*, razón por cual afirmo que hoy no alcanza con decir que el primer objeto del derecho notarial es la ley escrita que *describe y prescribe* las atribuciones y deberes del profesional de la notaria. Las teorías acerca del documento, del instrumento público notarial, de la fe pública, de la función o de la forma, entre otras ya analizadas en exceso, no alcanzan en la actualidad a afirmar la importancia del ejercicio del derecho notarial.

3. RELEVANCIA DEL LA APLICACIÓN DEL DERECHO POSITIVO

Debe tenerse en cuenta que una teoría general del derecho positivo analiza estructuralmente al derecho *objetivo*, alejándolo de las explicaciones morales, psicológicas, económicas o políticas de sus fines. Se entiende que la ciencia tiene que describir a su objeto tal como este es, independientemente de las di-

¹⁹ Una interesante afirmación de porque el test de origen o de *pedigree* de *Dworkin* no sirve para identificar a los principios puede verse en el libro de Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5° edic, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.006, p. 222.

versas valoraciones y los juicios estimativos específicos que provengan de cada modo diferente de pensar. Para un análisis de corte *positivista*, el objeto específico de la ciencia del derecho es el derecho real o positivo, en oposición a un derecho ideal, que es propio de la política o de la racionalidad natural del hombre.

Eso es en definitiva, lo que pretende instaurarse a través de la expresión *positivismo jurídico* que, –aunque *no univoca*²⁰–, indica prevalentemente –y de un modo no exclusivo– una teoría que reconoce con carácter jurídico a todo aquello que haya sido puesto por una autoridad soberana, y siempre referido a un plano formal de creación de la norma por un ente que se atribuye el poder de generar derecho²¹. De esta manera, una posición netamente *positivista*, si bien presenta diferentes concepciones doctrinales, se dirige a reivindicar una postura jurídica monista, entendiendo por ello que solo se admite la existencia de un solo derecho: *el positivo*²². De ahí que el análisis deba de referirse a los rasgos más característicos a esta doctrina²³:

- a) Un acercamiento al derecho *que es* –y no el que *debería ser* o el que nos *gustaría que sea*–;
- b) Una ubicación del mismo dentro de un *sistema*, y que desde el punto de vista lingüístico²⁴ sea válido y vigente independientemente de valoraciones axiológicas;
- c) Finalmente, que reconozca una fuente estatal que posibilite el ejercicio de la coacción.

No debe dejar de resaltarse que la realidad específica del derecho no se manifiesta en la *conducta real* de los individuos sometidos al orden jurídico, ya que la misma puede *hallarse o no hallarse* de acuerdo al orden cuya existencia constituye la realidad en cuestión. El orden jurídico determina como debe ser la conducta de los hombres, mientras que el comportamiento de los individuos tal como es, se encuentra determinado por las leyes de la naturaleza, de acuerdo con el principio de causalidad –comportamiento de realidad natural–.

²⁰ Carrió, Genero, *Notas sobre...*, ob. cit., p. 213 y ss.

²¹ Álvarez Gardiol, Ariel, *Pensamiento jurídico contemporáneo*, Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, Rosario, Santa Fe, 2.009, p. 23.

²² Pérez Luño, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Palestra, Lima, Perú, 2.005, p. 47 y ss.

²³ Álvarez Gardiol, Ariel, ob. cit., págs. 26-7.

²⁴ Sobre este tema, cercano a la Escuela Analítica, ver el excelente trabajo de Ricardo Guibourg, *Una concepción analítica del derecho*, en Andrés Botero Bernal (Coordinador), *Filosofía del derecho Argentina*, Temis, Bogotá, Colombia, 2.008, ps. 3-37.

4. LA ELECCIÓN POR EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

La elección por la corriente realista no implica, de ningún modo, desconocer la importancia del *derecho positivo*²⁵. Se necesita imperiosamente conocer, aceptar y aplicar la ley positiva notarial en cada país tal cual la misma se encuentra normativamente proyectada, porque sin dudas es la ley escrita una importante fuente del derecho que sirve a la argumentación jurídica. Sólo que también hay que considerar ciertos tipos de conformación del derecho para poder alcanzar resultados justos, que comprenda las otras fuentes elementales de la argumentación jurídica (costumbre, jurisprudencia, equidad, etc...). En el nuevo derecho privado argentino, que comienza a estudiarse a partir de la sanción y puesta en vigencia del nuevo código civil y comercial a partir del primero de Agosto del año 2015, la cuestión de las fuentes es absolutamente relevante desde el título preliminar. Allí ya no se refiere a la ley como principal fuente de interpretación, sino a la Constitución como fuente primordial de Argumentación. Una Constitución que contiene una parte orgánica, pero que fundamentalmente se destaca por presentar una fantástica descripción de las declaraciones, los derechos y las garantías, que no son otra cosa, para lo que aquí importa destacar, que el desarrollo de los principios generales del derecho que el hombre capta por evidencia.

El recordado maestro argentino *Abelardo Rossi* transmitía que nadie podía dejar de tener en cuenta la *necesidad* del *derecho positivo* y su consecuente *importancia*. Así lo afirmaba: “*la positividad, al derecho le es consubstancial*”²⁶. Sin embargo, su dura réplica era contra el *positivismo jurídico*, al que considera una degeneración de la positividad, por cuanto en la soberbia de querer construir toda la esfera del ordenamiento jurídico, descuido aquel derecho que el creador de la naturaleza había ubicado en las condiciones personales y sociales del hombre²⁷. En la medida en que la regla del derecho positivo se torne injusta, por haberla creado alguien que no esté facultado para ello –incompetencia-, o por no haber distribuido las cargas sin igualdad proporcional entre los miembros de la sociedad; o por apartarse o no adaptarse a las exigencias del bien común, será considerada como una regla *inequitativa*, que pondrá en

²⁵ Un buen *iusnaturalista* acepta definitivamente al derecho positivo, es más: ningún buen *iusnaturalista* podría negar la importancia del mismo como fuente primaria del derecho; sólo que la misma no puede tener éxito, cuando es *absurda* o cuando genera a partir de su cumplimiento una determinada e innegable *injusticia extrema*.

²⁶ Rossi, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2.000, p. 159.

²⁷ *Ibidem*.

jaque consecuentemente al jurista a oponerse prudentemente a su aplicación y a procurar un cambio según los requerimientos del bien de la comunidad política.

En definitiva, estoy tratando de inducir al lector a que comience por considerar desde el derecho notarial tan siquiera una *inquietud* acerca de la *pre-existencia de derechos y principios* a cualquier tipo de *legislación*, cuestión que definitivamente no es aceptada por el *positivismo jurídico*²⁸.

¿Y porque llevar al notariado a estas *raras e inusuales* reflexiones? ¿Qué motivos tengo para convencer al escribano técnico, sujeto al libro de formularios o modelos escriturarios, para que se interese en esta propuesta? Pienso que en los tiempos actuales la justificación del notariado desde la mera ciencia y técnica no es suficiente. Si no se asume el *ars (arte)*, que no es otra cosa que la elaboración notarial del derecho, y que es lo que verdaderamente da valor al documento, le será difícil al escribano justificar la importancia de su misión. En el ejercicio del *asesoramiento* y el *consejo*, y aun más importante que ello, en la puesta en práctica de la *imparcialidad e independencia notarial* a partir de la consideración del principio de legalidad integrada (reglas+ normas+ principios), se puede comenzar por posicionar una nueva teoría de los principios notariales que se captan por evidencia, siempre asumiendo que muchos de ellos ya fueron *establecidos en* la declaración de principios de la Unión Internacional del Notariado, ya que preexisten a toda nuestra histórica legislación, y que ayudan a determinar los pasos esenciales para concretar el *derecho notarial justo*.

5. LA DETERMINACIÓN Y ARGUMENTACIÓN NOTARIAL DEL DERECHO ACTUAL

En algunos de los tantos aportes que la doctrina jusfilosófica ha venido realizando en los últimos tiempos puede advertirse el claro ejemplo de mutación de paradigma jurídico que viene sufrido el mundo contemporáneo a la luz de los cambios en la manera y en la forma de vivir. Si la vida muta, también muta el derecho, y más específicamente, la manera de ejercer las profesiones jurídicas. En efecto, las últimas obras del profesor *Rodolfo Vigo* pueden resumir toda esta evolución que he pretendido demostrar hasta aquí, a partir de análisis realmente coordinados que prueban como ha sido el camino natural de la postura del jurista a la hora de tener que resolver los casos o problemas

²⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel-Derecho, 5° reimp, Barcelona, 2.002, p. 36.

que se le presentan. Así, el profesor santafesino presenta dos análisis indispensables para alcanzar la comprensión que pretendo se destaque en el presente ensayo. Primero, se esfuerza por comprobar que el jurista moderno ha pasado de un modelo de interpretación de la ley hacia una argumentación del derecho²⁹; refiere allí un camino de trayectoria que ocurre desde el legalismo al constitucionalismo³⁰, y en lo que a este estudio atañe, precisa un camino de interpretación que también naturalmente ocurrió a partir de la segunda guerra mundial, que explica como se considera al derecho desde el *normativismo* hacia el *principialismo*³¹. Comprobadas estas premisas, una nueva obra viene a comprobar que el modelo habitual de interpretación de la ley ha prácticamente fenecido³², y con él, las teorías que lo sustentaban han quedado al menos frente a una necesidad de un replanteamiento de sus bases y sus características principales³³, por cuanto se ha sustituido el modelo de interpretación –asociado al Estado de derecho legal– por un modelo de principios que le ordenan al jurista plantear su argumentación desde la constitución nacional –la argumentación se asocia a Estado de derecho constitucional³⁴–.

Los fundamentos del derecho notarial tienen que ser consecuentemente diferentes a los actuales. En alguna oportunidad *Cristina Noemí Armella* afirmó: “*El notario es el primer interprete de la ley, porque su aplicación en el ámbito del acuerdo, del pacto, de la convención entre partes es anterior a cualquier conflicto y ese posterior acaecimiento de la controversia interesara luego al abogado y ulteriormente a los jueces que sólo intervendrán para dirimirlo*”³⁵. Es este el momento entonces de incentivar al jurista notario comprometido, para poder comprobar y llevar adelante una nueva argumentación en el ejercicio de la función notarial.

La filosofía del derecho realista permite así que la misión notarial se aleje de reiterar todos los días, un opus de actividades administrativas y cotidianas que cobran relevancia únicamente para asegurar jurídica y documentalmente la relación de las personas con las cosas (de manera lógica y matemática). El fundamento notarial es mucho más fuerte que lo antedicho, por cuanto el documento elaborado es, en última instancia, una consecuencia natural que

²⁹ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, 2° edic, Porrúa, México, 2.005.

³⁰ *Ibidem*, p. 9.

³¹ *Idem*, p. 34.

³² Vigo, Rodolfo Luis, *Como argumentar jurídicamente*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, págs. 2 y ss.

³³ *Ibidem*, p. 78 y ss.

³⁴ *Idem*, p. 81 y ss.

³⁵ Armella, Cristina Noemí, *Cheque Cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Teoría y práctica*, Ad hoc, Buenos Aires, 2.001, pág. 14.

se desprende secundariamente como resultado de la argumentación y determinación del derecho notarial justo.

A mayor argumentación notarial del derecho, mayor seguridad jurídica. Se trata de potenciar ciertos deberes éticos notariales para que la creación del documento sea una consecuencia natural del desempeño notarial justo, y para que las personas accedan a sus derechos a través de una ingeniería jurídica sin conflicto, que pondera la paz. Como recuerda *Robert Alexy*, los *derechos fundamentales* se construyen a través de las *normas* y también a través de los *principios*³⁶.

6. LA PRUDENCIA JURÍDICA

Estimo que quizás el concepto de prudencia resulte oportuno para poder llegar a alcanzar la tópica del *derecho notarial justo*, ya que para el *realismo jurídico clásico*, la prudencia es el método para determinar o establecer el derecho positivo³⁷.

Desde Roma se enseña que los prudentes eran hombres de derecho que tenían aptitud para investigar cual era la *solución justa* para cada caso concreto³⁸. La *prudencia jurídica* entonces puede hacer alusión a aquella búsqueda inicial, aunque lo justo concreto pueda plantear el problema de considerar al derecho no como normas abstractas y generales, sino como una serie de conductas concretas, a actos del hombre, o a determinadas operaciones singulares³⁹. Se trata de comprender entonces que “*los preceptos generales contenidos en la ley no establecen sino orientaciones globales, pautas genéricas, que es preciso completar con una determinación concreta, para que puedan servir de guías eficaces de la conducta humana en los cambiantes caminos de las circunstancias singulares*”⁴⁰.

La respuesta a la consideración de lo justo concreto se encuentra en las soluciones realistas, y así, el paso de la norma general hacia lo justo concreto reconoce un acto de la razón práctica⁴¹. Es así entonces que la prudencia, como virtud del intelectual —y más precisamente del intelecto práctico—, tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente

³⁶ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.010.

³⁷ Vigo, Rodolfo Luis, *Como argumentar...*, ob. cit., p. 134.

³⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.006, pág. 21.

³⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁰ *Ídem*, p. 28.

⁴¹ *Ídem*, p. 29.

humano⁴². Para la determinación de la conducta humana, la prudencia presenta un modo de *paradigma*⁴³ siempre que sea preciso realizar un proceso de determinación en el orden práctico que intente *precisar aquello que es debido, a una circunstancia más o menos singularizada, para el logro del bien común del hombre*⁴⁴.

Este proceso de determinación o concreción de las exigencias del obrar humano, supone la existencia de principios que describen, con máxima generalidad *las coordinadas primeras del obrar ético*⁴⁵. Por ello, en la razón práctica preexisten ciertos principios naturalmente conocidos como fines de las virtudes morales⁴⁶: el fin en el orden de la acción es como el principio en el del conocimiento, y a su vez hay conclusiones, que son los medios, por los cuales llegamos a los mismos fines.

La prudencia, explica *Massini*, se ocupa de aplicar los *principios universales*, -conocidos por la *syndéresis* y por la *evidencia analítica*- a las conclusiones particulares del orden de la acción, expresándose en *juicios normativos primeros*, a través de *normas*.

Las normas universales que expresan los primeros principios⁴⁷ o los principios generales⁴⁸ determinan la conducta humana a través de la prudencia⁴⁹. Y también es misión de la prudencia *mover al hombre a realizarla*.⁵⁰ Tiene que haber en el hombre entonces no solo entendimiento de la misma, sino además voluntad de realizarla, por cuanto no puede ser prudente quien además de entendimiento, no tenga un aspecto volitivo potenciado dirigido a cumplir con esa acción referida. Si no se es prudente, en definitiva, no se es justo⁵¹.

Dentro del realismo, la inteligencia tiene la función de conocimiento y dirección del obrar humano⁵². Potenciada, alcanzará la perfección del *hombre justo*. Se trata entonces de hacer del hombre un mejor hombre, tal cual lo enseña *Massini*: “[...] *el prudente no solo hace bien la obra, sino que se hace bien así mismo, se perfecciona en su dimensión más específica* [...]”⁵³.

⁴² Ídem, p. 34.

⁴³ Ídem, p. 35.

⁴⁴ Ídem, p. 36. Advierte *Massini*: “*ya sea trate de la delimitación más o menos genérica de los que es justo para toda la comunidad (...) o de lo que es justo para una persona individual en una situación singular y máximamente concreta*”.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Los primeros principios para el autor en estudio pueden referir a respetar la vida ajena.

⁴⁸ Se refiere a principios derivados, como por ejemplo, no hacer uso abusivo de las armas.

⁴⁹ Ídem, p. 37.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Ídem, p. 39.

⁵² Ídem, p. 41.

⁵³ Ídem, p. 41.

7. LA PRUDENCIA NOTARIAL

En los momentos quizás más importantes de la determinación de la seguridad jurídica familiar, la presencia de un intérprete imparcial e independiente se vuelve tan necesaria como indispensable. El notario desempeña una función social por excelencia en cuyo ministerio es fundamental tener el más alto concepto de *prudencia* y de *responsabilidad profesional*. Pero además, el notariado se nutre de la confianza social. En un sinnúmero de situaciones la ciudadanía concurre a la escribanía: para constatar hechos, para certificar derechos, para autenticar acuerdos, para investir con fe pública notarial los documentos que contengan las declaraciones más relevantes de la vida de las personas. Esto es precisamente, porque el notariado vive con principios propios de una ciencia autónoma, que los capta a través de la argumentación. Es más, esta pretendida argumentación del notariado ya ha sido captada por el mencionado *Sanahuja y Soler*: “*El derecho notarial solo se da cuando la sociedad siente, no la necesidad de un derecho como regulador o dirimente de puros derechos antagónicos, sino como seguridad previa de que el conflicto de intereses no ha de producirse*⁵⁴”.

Así ha sido y así será para el futuro. El escribano, profesional del derecho a cargo de una función pública, dentro de un *magisterio de paz*, tiene como misión adecuar la voluntad de las personas –sin vicios y sin defectos– invistiéndolas con el manto del derecho. Un manto que ya documentado sobre una adecuada argumentación, tenderá a ser lo más plenamente perfecto y perpetuo que la propia noción de seguridad jurídica permita para sí. El escribano es quien convierte los hechos en derecho, los dichos en reglas, las palabras en fórmulas y los deseos en principios.

Pero sobre esto, es sumamente relevante tener en cuenta que la creación del documento deviene secundariamente, como consecuencia de la argumentación notarial del derecho.

Es así entonces que ni la piedra, ni la letra, ni la pluma, ni el documento, ni la escritura son hoy los baluartes fundamentales que mantienen esta milenaria institución de pie. Muy a pesar del planteamiento de esas respetadas teorías, la confianza, el conocimiento y la honorabilidad indubitables aplicadas por el escribano en la argumentación notarial del derecho son, en mi visión, los elementos esenciales con los que en la actualidad se cuenta para contribuir al desarrollo del derecho en paz.

⁵⁴ Sanahuja y Soler, José María, *Tratado de derecho notarial*, t° I, Bosch, Barcelona, 1.945, pág. 6.

El ejercicio prudente del notariado se conforma a través de la determinación:

- a) de lo que es lo justo para cada uno;
- b) de las virtudes notariales.

Por cuanto si el acto justo consiste en darle al otro lo suyo, se requiere “*determinar lo que es justo o suyo*⁵⁵”, quien así lo determine debe tener bien definidas el conjunto de virtudes que, en sus muchas manifestaciones y naturalezas cambiantes⁵⁶, puedan efectivamente enaltecer la función a través de su aplicación y de su ponderación⁵⁷.

Si pretendiera ensayarse una aplicación del derecho notarial justo en la *metodología del derecho notarial de Vallet (cavere)* podría según lo antedicho, argumentarse lo siguiente:

- a) La *relación jurídica* se analiza desde el *origen de la vida* (Sociedad);
- b) Continúa con las *instituciones* como bases del derecho sustantivo (documento);
- c) Se resguarda en un sistema que pretenda la aplicación de lo *justo concreto* en un *sano* y –casi perfecto– *equilibrio* (los deberes éticos notariales).

8. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO NOTARIAL JUSTO (A PARTIR DEL MÉTODO REALISTA)

La argumentación *realista* del derecho notarial sustantivo se impone en la actualidad, tan *natural* como *esencialmente*. Y por todas las razones apuntadas a lo largo de este ensayo, no puedo dejar de escribir con énfasis que cuanto más clara sea la argumentación notarial del derecho mucho mayor será la seguridad jurídica preventiva que resulte de las operaciones cotidianas de ejercicio de la comunidad. A mayor argumentación notarial del derecho, menor posibilidad de litigio. Cuanto menor sea el litigio, mayor será la paz. Cuanta más paz sobrevenga, mayor será el orden, y dado el orden, lo que viene es la tranquilidad. Sólo de esta única manera, las relaciones humanas

⁵⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *Como argumentar...*, ob. cit., p. 135.

⁵⁶ Macintyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2.004, págs. 226-251.

⁵⁷ Hart, Herbert LA, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.004, pág. 253.

prosperarán en sanidad y en compromiso; los problemas cotidianos se irán desvaneciendo pausadamente, y así, imbatible será la esperanza⁵⁸ del hombre, que solo se preocupará por ser mejor cada día consigo mismo, y con las personas que a su alrededor, vuelvan su vida feliz.

Por ello es mi convencimiento afirmar que el *derecho notarial justo* queda conformado sobre un elemento esencial y dos elementos secundarios de una *triada* del *derecho notarial sustantivo*:

- a) Los *deberes éticos notariales aplicados* componen el elemento esencial de la triada, por cuanto aquí definitivamente se aplica la *prudencia notarial*. De esta manera, la concreción del *derecho notarial justo* presupone una aplicación coherente de los deberes éticos de *información*, *asesoramiento*, y de *consejo*. Supone también la argumentación notarial del derecho a partir del adecuado ejercicio de la *imparcialidad* y de la –quizás necesaria– puesta en práctica de la *independencia*, todo en relación directa con el principio de legalidad, comprensivo de las normas, de las reglas y de los principios que se captan por evidencia⁵⁹.

- b) *El desarrollo del documento notarial* conforma el primer elemento secundario. La creación del documento notarial deviene secundaria, porque el documento mismo reflejará lo que la prudencia notarial haya advertido y repartido con anterioridad. Este elemento secundario, supone a la técnica. Siguiendo a *Del Carril*, podré concluir que para el notario, las preguntas a responder desde el documento notarial son: ¿Qué ocurre?, en referencia al planteamiento biológico de los derechos en la normalidad, y ¿Cómo ocurrirá de aquí en mas?, por cuanto la documentación notarial del derecho proyecta la seguridad jurídica en su doble faz, estática y dinámica, destinada a durar en el tiempo hasta las más lejana prosperidad⁶⁰.

⁵⁸ Galeano, Eduardo, *Ventana sobre el error*, Las palabras andantes, Catálogos, Buenos Aires, 1.993. Acerca de la esperanza, de lo mejor que he leído en mi vida.

⁵⁹ En la obra de Vallet, este elemento esencial cobra fundamento en relación al tratamiento de la *Sociedad* –en especial, la de *masas*–. Según ha quedado demostrado, el *bien común* reconoce a la *justicia general* como rectora de las conductas sociales. La vida de relación se aprende desde los sentidos, en reconocimiento de las realidades históricas concretas. La sociedad responde a las conductas ejemplares, y, en un momento de desprotección masiva, recurrirá a un profesional del derecho imparcial que justifique su confianza – inclusive por sobre toda ciencia– con la *ética*, con la *conducta*.

⁶⁰ Sin dudas el documento conforma el aspecto *Derecho* de *Juan Vallet*, por cuanto el mismo debe presentar

- c) *La función notarial* y con ella, *la fé pública*, viene a confirmar el tercer elemento secundario del derecho notarial justo⁶¹. Como profesionales del derecho en ejercicio de una función pública que, en palabras del genial *Antonio Monasterio y Gallí*, se desempeñan dentro de un *magisterio de paz*.

Tanto la función notarial como el documento presentan la misma jerarquía, y ambos se ubican debajo del elemento *rector*, que se compone y nutre con los *deberes éticos notariales aplicados: información*⁶², *asesoramiento y consejo*⁶³; *imparcialidad*⁶⁴, (*independencia*⁶⁵) y *legalidad*⁶⁶ (comprensiva de las *normas*, las *reglas* y los *principios*⁶⁷).

Para completar el contenido *formal del derecho notarial sustantivo*, resta agregar los temas del desarrollo teórico y práctico de esta disciplina que operan como uniones o *puentes* entre el elemento rector y los dos elementos secundarios mencionados anteriormente.

Así, el tratamiento de los *sistemas notariales*⁶⁸ surge desde el elemento rector hacia el documento, por cuanto deberá el jurista posicionarse en el tipo de notariado de que se trate para poder, una vez determinado el derecho notarial justo, *causar* el documento con las formalidades requeridas al efecto de cada región. Por esta razón, el documento nunca es origen en la determinación notarial del derecho. La misma siempre se origina desde los deberes éticos notariales aplicados hacia el documento y no a la inversa.

La *teoría general de la responsabilidad*⁶⁹ en cambio, conecta al elemento rector con el ejercicio práctico de la función. Aquí la unión es diferente, por cuanto el elemento responsabilidad genera un reconocimiento a la *prudencia*

un fuerte argumento, investido del principio de *autenticidad* y *legalidad*, de lo que a cada uno corresponde de acuerdo a derecho.

⁶¹ Este tercer elemento secundario concuerda con el tratamiento del *Estado* según *Juan Vallet*. En efecto, del poder del *Estado* emerge la *dación de fe*, que delega su potestad depositándola en los notarios, al resguardo de la seguridad jurídica preventiva (*cavere*).

⁶² Cosola, Sebastián Justo, *Los deberes éticos...*, ob. cit., p. 468.

⁶³ *Ibidem*, p. 470.

⁶⁴ *idem*, p. 459.

⁶⁵ *idem*, p. 466.

⁶⁶ *idem*, p. 478.

⁶⁷ Cosola, Sebastián Justo, *Perfiles ético-jurídicos de los principios de legalidad notarial y registral (Armonía y complementariedad)*, en *Estudios de Derecho Notarial Iberoamericano (Homenaje al Prof. Nery Roberto Muñoz)*, Infoconsult Editores, Guatemala, 2013, p. 187-236.

⁶⁸ Cosola, Sebastián Justo, *Los deberes éticos...*, ob. cit., p. 159 y ss.

⁶⁹ *Idem*, p. 333 y ss.

filosófica ya *positivizada* en la realización de la mencionada función⁷⁰. Por ello, esta unión puede ser origen en ambos elementos, desde los *deberes éticos aplicados* hacia la *función*, o desde la *función* hacia los *deberes éticos aplicados*. Por cuanto el elemento rector supone un ejercicio responsable y prudente, no hay manera de considerar un ejercicio de la función responsable que no tenga en cuenta la argumentación y determinación notarial del derecho que ordena realizar el mencionado elemento rector.

Esquema de la teoría general del derecho notarial justo



9. ENSAYANDO UNA DESPEDIDA

Con estas líneas, concluyo este ensayo con la convicción de que otros continuarán en el camino de la investigación iusfilosófica del (necesariamente) nuevo derecho notarial, en el intento por afirmar, reafirmar o contradecir lo aquí expuesto, siempre en la búsqueda de alcanzar la excelencia en el desempeño de nuestra función. Es que en última instancia, todo remite a las palabras del profesor *Rodolfo Vigo* cuando reconoce que trabajar sus teorías –producto de sus convicciones académicas– desde un estudio dialógico y crítico de autores de otras escuelas le fue extremadamente útil y ventajoso: “*Me*

⁷⁰ Art. 902 del derogado Código Civil Argentino redactado por Dn. Dalmacio Vélez Sarsfield: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.*”

sirvió para confirmar con habitualidad el enriquecimiento que implica el diálogo de escuelas y también descubrir que los afectos propios de la amistad no tienen que ver con las ideas. Una vez más podríamos decir: primero la vida, y luego las teorías⁷¹”.

He escrito además, con la esperanza de que el recuerdo permanente de *Juan Vallet de Goytisolo* se albergara por siempre en el corazón de cada jurista y especialmente, de cada notario. Y es mi deseo que su célebre y más profunda enseñanza, esa que cité al comienzo de este libro, pueda seguir perfeccionándose a través del tiempo aun mucho más y mejor que desde su origen, tal como lo ha venido haciendo hasta su partida, el propio *Juan Vallet de Goytisolo* “*Si al notario le faltara la ciencia, podría funcionar más o menos perfectamente. Si le faltara la experiencia, le sería mucho más difícil, pero podría ir adquiriéndola poco a poco y tratar de suplirla acudiendo al asesoramiento de sus compañeros más antiguos. Pero, sin moral, sin ética, sin su buena fe, no sería posible la función notarial. El sentido del servicio y la hermandad debe ser el núcleo del ejercicio de esa función, que debe hallarse nucleada por su labor ajustada a los intereses de la sociedad a la que ha de servir⁷²”.*

Como bien lo expreso *Eduardo Justo Cosola* en el momento de aprobación de la creación del *Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino*, sin ser filósofo del derecho pero con un enorme sentido de gratitud a la profesión y a la vida, al momento de argumentar, según sus motivos, la necesidad de que el notario argentino alcance la excelencia en el desempeño profesional a través de la ética y de la justicia: “*Esa es la idea y esta es la propuesta (de creación del Consejo)*, siempre teniendo en cuenta que la ética no es una utopía. La ética es un ideal, como lo es el logro de la excelencia dentro de los colegios profesionales. Son ideales, y como tales, tenemos que tratar de alcanzarlos, de obtener y de hacernos de esos objetivos, con la esperanza de llegar a plasmar un mejoramiento en todo el notariado del país. *José Castán Tobeñas*, en función de una elaboración notarial, traía los dichos de *Calamandrei*, quien sostenía que el derecho avanza en todas las direcciones a pasos agigantados, pero que con respecto a la ética es muy lento. Entonces aquel autor decía que la misión del notariado es la de coadyuvar a que esa manecilla del reloj trate de ser más rápida o trate de

⁷¹ Vigo, Rodolfo Luis, *Un iusnaturalismo realista...*, ob. cit., p. 1.94.

⁷² Vallet De Goytisolo, Juan Berchmans, *Comunicación al Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, 2.005, www.cfna.org.ar. Entiendo que esta versión es mejorada de la anterior: “*Si le faltara la ciencia al notariado, este podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no sería posible su función*”

mejorar. Por eso, termino con algo que decía Miguel de Unamuno: “Sólo el que espera vive. Teme el día en que no encuentres motivo para seguir esperando”. Esa es nuestra idea: que no perdamos nunca las esperanzas de que podemos mejorar⁷³”.

⁷³ COSOLA, Eduardo Justo, *Discurso de aprobación de la creación del CCE del CFNA*, Acta 149, III Reunión cuatrimestral, CFNA, San Martín de los Andes, 2.003.