

¿EL ESCRIBANO ES FUNCIONARIO PÚBLICO? ENTRE LA "ALQUIMIA JURÍDICA", LAS TEORÍAS FÚTILES Y LOS COSTUMBRISMOS IRRACIONALES

Fuster, Gabriel Aníbal

Fallo Comentado: Cámara de Acusación de Córdoba ~ 2012-06-04 ~ Grasso, Mariana Elizabeth y otro s/ p.ss.aa. falsificación de instrumento público, etc.

Sumario: I. Introducción. – II. El caso. – III. La patológica "alquimia jurídica" y las problemáticas "desarmonías" en la aplicación de las normas. – IV. Algunas consideraciones en torno al sistema notarial de tipo latino y al escribano público en el derecho argentino. – V. Nuestra opinión. – VI. Conclusiones

(*)

I. Introducción

Sabido es que las discusiones doctrinarias devienen fútiles si no tienen implicancias prácticas concretas, del mismo modo que las realizaciones de la vida cotidiana necesitan encontrar los fundamentos de su realización, para no convertirse en meros costumbrismos irracionales, imposibles de ser perfeccionadas.

En este sentido, solemos citar en nuestras clases la cruda expresión de Monasterio Gali – fruto de su punzante y descarnada pluma – que reza:

"(...) A semejanza de un profesor clínico, que empezaba su curso diciendo á los discípulos: 'hasta aquí hemos visto cómo se curan los enfermos en los libros, vamos á ver como se mueren en sus camas' también, bajo cierto punto de vista, podría yo empezar este modesto trabajo, suponiéndole continuación de un tratado completo de derecho, diciendo: 'hasta aquí hemos visto como se realiza el derecho en los libros, vamos a ver cuán difícil es conservarlo y mantenerlo en el cotidiano comercio de la vida'. (...)" (el destacado nos pertenece) (1).

Precisamente, en este ensayo intentaremos demostrar – al menos en una faceta – la incidencia práctica que reviste el debate teórico en torno a la naturaleza jurídica de la función notarial, y – específicamente – del escribano público.

A tal efecto, aprovecharemos una resolución judicial dictada por los tribunales del fuero penal en la que se analiza la naturaleza jurídica de un tipo particular de instrumentador: el escribano público, y se intenta precisar si éste reviste o no el carácter de funcionario público, lo que incide – desde el punto de vista práctico – en la posibilidad o no del Estado de mantener viva su pretensión punitiva.

II. El caso (2)

En la especie, asistimos a un supuesto en el que se requirió –por parte de su defensa– el sobreseimiento por extinción de la pretensión penal de un escribano público, lo que llevó a analizar si resulta aplicable la causal de suspensión de la prescripción consagrada por el artículo 67 –segundo párrafo– del Código Penal argentino.

En efecto, así se refiere en el fallo en crisis al decir: "(...) En términos generales, el juez de control dijo en la resolución apelada que, atento la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal provincial, el sobreseimiento por extinción de la pretensión penal debe ser de previa consideración. Así las cosas, no obstante la defensa del encartado Zukauskas haya requerido el sobreseimiento de su defendido dándole preponderancia a otras cuales, el magistrado centró su análisis en la prescripción de la acción penal. Siendo ello así, la condición de escribano público del imputado Zukauskas trasladó el examen de la cuestión a la determinación de la aplicabilidad, respecto a aquéllos, de la causal de suspensión de la prescripción prevista en el art. 67, segundo párrafo, del Código Penal. Ello exigía, a criterio del juez de control, desentrañar el alcance del término funcionario público y establecer si los notarios están comprendidos en él. Planteada así la cuestión, luego de efectuar un repaso por la jurisprudencia de distintos tribunales del país y citar cierta doctrina, concluyó que la causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal contenida en la disposición legal citada no comprende a los escribanos públicos, toda vez que éstos no son empleados ni funcionarios públicos. (...)" (sic) (el destacado nos pertenece).

Resuelta su inaplicabilidad por parte del juez de control, el fiscal interviniente interpuso en contra de la resolución judicial dictada el recurso de apelación previsto en el artículo 461 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, habiéndose resuelto lo siguiente: "(...) II) Revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto dispuso el sobreseimiento por extinción de la pretensión penal (art. 350, inc. 4, del CPP) a favor del encartado Zukauskas por el hecho que se le endilga, debiendo pronunciarse el a quo, una vez remitida la causa al juzgado a su cargo, sobre las demás cuestiones que han sido materia de oposición conforme lo expresado en los considerandos de la presente resolución. Sin costas... (...)" (sic) (el destacado nos pertenece).

En resumidas cuentas, tanto el juzgado de control como la Excelentísima Cámara de Acusación intervinientes entendieron que el escribano público no es funcionario público, aunque es menester destacar que esto ha influido de manera diversa en sus respectivos decisorios y ha provocado resultados disímiles, sobre los que no habremos de ahondar, pues exceden el fin de este ensayo.

Precisamente, en el presente trabajo intentaremos esbozar las distintas posturas existentes en torno a si el escribano público es o no funcionario público y las consecuencias prácticas que de la concepción adoptada se derivan al respecto.

III. La patológica "alquimia jurídica" (3) (4) y las problemáticas "desarmonías" en la aplicación de las normas

a) Un presupuesto equivocado ("antinomia o conflicto de leyes") y una regla interpretativa inaplicable ("Lex posterior derogat prior")

Señala el juez de sentencia en el decisorio en crisis lo siguiente, a saber: "(...) Conforme resulta de lo compendiado en los puntos precedentes, la cuestión traída a conocimiento de esta Cámara consiste en determinar si los escribanos públicos están comprendidos en la causal de suspensión de la prescripción prevista en el art. 67, segundo párrafo, del Código Penal. Ello precisará establecer si son funcionarios públicos de acuerdo a la legislación vigente, circunstancia que permite advertir la importancia que este asunto posee, máxime cuando la jurisprudencia de los tribunales de mayor jerarquía en nuestro país ha sido oscilante en su definición, como examinaré infra. Siguiendo la línea argumental trazada en un trabajo de mi autoría, publicado recientemente en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, t. 11, ps. 437/706, los escribanos públicos, si bien ejercen una función pública toda vez que el Estado les ha delegado la función de dotar de fiabilidad objetiva a determinados documentos, no son agentes estatales. En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción, vigente en nuestro país desde el 10 de septiembre de 1997 (ratificada por ley 24759), establece en su art. I que deben considerarse funcionarios públicos a aquellos funcionarios o empleados del Estado o de sus entidades. Sentado ello, cabe preguntarse en qué situación se encuentran los notarios. Y, evidentemente, aun cuando requieran de habilitación estatal para ejercer su función, al no formar parte de la estructura orgánica de ningún organismo estatal, no pueden ser tomados por funcionarios públicos (en el mismo sentido, Creus, Carlos – Buompadre, Jorge E., Falsificación de documentos en general, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 236 y ss.; Terragni, Marco Antonio, Delitos propios de los funcionarios públicos, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 43; entre otros). (...) (sic) (el destacado nos pertenece).

Y posteriormente señala: "(...) Por otro lado, desde el punto de vista jurisprudencial se advierten, como ya adelanté, posiciones oscilantes. (...) Cabe señalar, en este sentido, que el fiscal de instrucción ha expresado, en apoyo a su postura, que la Excma. Cámara 10ª del Crimen de esta ciudad ha impuesto en numerosos pronunciamientos penas de inhabilitación absoluta y especial para el ejercicio de su función a distintos escribanos de registro. Sin embargo, tomando como referencia la causa "Arévalo" (auto nro. 78 del 16/12/2010), en la que dicho tribunal sostuvo que los notarios son funcionarios públicos para el Código Penal, surge que la argumentación vertida para formular tal aserto deviene exclusivamente del art. 77 de dicho cuerpo legal, que define quién debe ser considerado funcionario o empleado público para la ley penal. Siendo ello así, dicha interpretación deja de lado la distinción que, según se ha visto, formula el art. 20 bis, como así también lo establecido por la Convención Interamericana

contra la Corrupción que, conforme la fecha de su ratificación, opera como ley posterior respecto de aquella norma y debe prevalecer sobre ella. De sus postulados, como se dijo, se infiere que, para ser funcionario público, se debe formar parte, presupuestaria y orgánicamente, de un organismo estatal, circunstancia ésta que no se verifica en el caso de los escribanos públicos. En consecuencia, como expresé en la obra citada, '...el escribano no es funcionario público a ningún efecto para el Código Penal' (...)'' (sic) (el destacado nos pertenece).

En nuestra opinión, el sentenciante incurre en un error argumental, y él puede apreciarse claramente de los párrafos transcriptos supra.

En efecto, el yerro en la argumentación del sentenciante finca en que parte de considerar equivocadamente que estamos ante un supuesto de antinomia o conflicto de leyes, entendiendo por éste la situación que se verifica cuando dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico y que concurren en el mismo ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico y esto impide su aplicación simultánea.

Frente a este tipo de supuesto patológico, el juzgador debe echar mano de las reglas de interpretación jurídica que están a su alcance, de las cuales las tradicionales o típicas son las siguientes: a) el criterio jerárquico, que presupone el conflicto de normas de distinta jerarquía y por el cual la ley superior prevalece sobre la inferior; b) el criterio cronológico, que presupone el conflicto de normas de igual jerarquía y en virtud del cual la ley posterior prevalece respecto de la anterior; y c) el criterio de especialidad, por el cual la norma específica sustrae una parte del ámbito de aplicación de la más general, para brindarle una regulación diferente o diversa (5).

En la especie se podrá apreciar que no se verifica el presupuesto de aplicabilidad de la regla interpretativa que traduce el adagio latino "lex posterior derogat prior", toda vez que el artículo 77 del Código Penal argentino y la Convención Interamericana contra la Corrupción no se encuentran en el mismo nivel jerárquico normativo, tal como el propio juzgador lo reconoce en el decisorio bajo estudio.

Ahora bien: ¿por qué decimos que no se verifica la antinomia que erróneamente presupone el sentenciante?

En primer lugar, porque no estamos ante el mismo sistema jurídico, toda vez que la Convención de que se trata es de cuño anglosajón, y –en consecuencia– propia de los sistemas notariales afines a ese origen y ajena (o cuando menos lejana) a un sistema de notariado de tipo latino como el nuestro.

Este argumento podría intentar refutarse diciendo que, al ratificarse por ley nacional la Convención de que se trata (6), el sistema jurídico argentino ha hecho suya la Convención, pasando a formar parte de nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, este pretendido argumento pecaría de dogmático-formal, pues importaría creer (erróneamente) que basta con dictar una ley para que un instituto ajeno a la cultura jurídica de un pueblo pase a formar parte de ésta y – en consecuencia – de su sistema jurídico.

Sostener esto último sería un dislate y un verdadero esfuerzo de "alquimia jurídica", inadmisibles por donde se lo mire.

En segundo lugar, porque aun cuando admitiéramos que estamos ante el mismo sistema jurídico (lo que –insistimos– no acontece en modo alguno) (7) y que, por tanto, se verifica la antinomia presupuesta por el sentenciante, es dable señalar que la regla interpretativa a aplicarse sería la del criterio de especialidad tabulado en la máxima latina que reza: "Lex specialis derogat generali".

Ello así, toda vez que ésta presupone que las normas contrapuestas – pertenecientes al mismo sistema jurídico y coincidentes en su ámbito de aplicación – se encuentran en el mismo nivel jerárquico-normativo, lo que no acontece en la especie, ya que la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por ley 24759) se encuentra en un peldaño superior en la pirámide kelseniana.

En conclusión, lo que pretende el juez en la especie es que la Convención de que se trata funcione como norma posterior respecto del artículo expreso del Código Penal que concibe al escribano como funcionario público, entendiendo que la primera exige que para ser funcionario público el agente deba pertenecer a la planta de personal del Estado.

A nuestro entender, ello es equivocado por dos razones, a saber.

En primer lugar, porque el ámbito de aplicación de la norma no es el penal nacional, sino el penal internacional (8). Y tanto es así que, cuando ha querido aplicarse la Convención Interamericana contra la Corrupción en el ámbito nacional, se ha procedido a la modificación por ley nacional del tipo penal específico (9).

Por tanto, entendemos que pretender aplicar una convención internacional de origen anglosajón al derecho penal nacional, respecto de una figura jurídica como el escribano público, de neto cuño romanista, deviene en una "extrapolación impropia" (10).

Precisamente, nuestro notariado es de tipo latino y –por tanto– parte de una concepción del escribano como funcionario público.

Distinto es lo que acontece en otros sistemas de notariado en los que el escribano reviste una calidad distinta de la de funcionario público, tal como lo expondremos más adelante en el presente ensayo.

En segundo lugar, porque frente a la pretendida antinomia existente la regla a aplicar es la acuñada en la máxima que reza: "lex specialis derogat generali" (criterio de especialidad) y no la propia del brocárdico: "lex posterior derogat prior", (criterio cronológico) toda vez que el presupuesto de aplicabilidad que se verifica en la especie es el de la primera y no el de la segunda regla.

En resumidas cuentas, entendemos que la intención de aplicar la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por ley 24759) como lo hace el sentenciante en el decisorio bajo estudio deviene en un supuesto patológico de "alquimia jurídica".

A nuestro entender la patológica "alquimia jurídica" denunciada a propósito del fallo en crisis, consistente en entremezclar sin método normas jurídicas distintas entre sí y que no encajan en un sistema jurídico determinado para –a la postre– aplicarlas al caso sometido a decisión, es altamente peligrosa; en efecto, ello es así toda vez que puede llevarnos a incurrir, como en el caso bajo estudio, en sofismas argumentales, que a la postre terminen consagrando soluciones injustas.

Hacemos nuestras las palabras de pensadores de fuste que han dicho: "(...) Para la preservación de la pluralidad cultural y de valores es necesario estar alerta sobre los intentos excesivos de regulación (y aplicación) de las normas a (y de) nivel internacional pues como decían los juristas romanos *summum jus summa injuria*, el exceso de normas ahoga la justicia. (...)" (sic) (lo consignado entre paréntesis y el destacado nos pertenecen) (11) (12).

b) ¿La "superfetación" como argumento jurídico?

Seguidamente, el vocal opinante expresa en su fallo lo siguiente, a saber: "(...) En este orden de ideas, el art. 20 bis del Código Penal diferencia situaciones, al establecer genéricamente, como agravante, la pena de inhabilitación para quienes se encuentren en los supuestos descritos por la norma. Así, el inc. 1 comprende los casos en que el delito cometido importa incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público, mientras que el inc. 3 lo hace para aquellos que desempeñan una profesión o actividad cuyo ejercicio depende de una autorización, licencia o habilitación del poder público, situación esta última que es precisamente en la que se encuentran los escribanos públicos. De este modo, si el legislador considerara funcionarios públicos a quienes encuadran en esa última categoría, no hubiese agregado el inc. 3 en la norma citada, ya que sus destinatarios hubieran estado incluidos entre los sujetos comprendidos en el primer inciso de ese mismo precepto. El inciso 3 importa, en efecto, agregar como destinatario posible de la agravante a sujetos que el propio Código Penal no considera funcionarios públicos. Entonces, habiéndose efectuado

legislativamente tal distinción, que sería superflua de considerarse a los notarios como funcionarios públicos, el intérprete no puede desconocerla. Un interesante aporte doctrinal elaboró Eduardo Pondé quien, luego de efectuar un análisis histórico sobre la génesis del notariado, expresó que el escribano público '...nació y evolucionó completamente extraño al quehacer típico del funcionario público. Nunca fue funcionario público...' (Pondé, Eduardo Bautista, Falencia conceptual de la calificación del notario como funcionario público en Revista Notarial, nro. 58, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 1990, ps. 45/48). (...)" (sic) (el destacado nos pertenece).

Como el buen lector podrá apreciar, el juzgador pretende emplear como argumento de su decisorio lo que para nosotros configura un verdadero defecto de técnica legislativa.

En efecto, lo que intenta es utilizar la patología técnico-legislativa denominada "superfetación" como "pretense" argumento fundante del decisorio judicial bajo estudio.

Este defecto de técnica legislativa ha sido "identificado" y conceptualizado por el insigne jurista Colmo, diciendo: "(...) 64. He aquí un primer orden de transgresiones, que llamaré superfetaciones. Estriban éstas en repeticiones parciales, en cuyo mérito se incluyen en un precepto cualquiera un concepto que sobra, porque se encuentra o en los principios generales o en las disposiciones que directamente rigen el asunto. (...)" (el destacado nos pertenece).

En resumidas cuentas, a nuestro entender, la redacción del artículo 20 bis del Código Penal incurre en un defecto de técnica legislativa denominado "superfetación", y amerita su reforma a los fines de su inmediata corrección.

Pero es de destacar que el defecto se agrava cuando abona un error de interpretación y aplicación jurídicas, al pretenderse utilizar por el juez de sentencia como un fundamento para el decisorio que adopta.

Es del caso señalar que esta patología no es patrimonio exclusivo del derecho penal sino que se encuentra en otras ramas del derecho, incluido el ámbito propio del civil, del cual –a título de ejemplo– podemos citar el siguiente caso.

En materia de acciones posesorias, encontramos dos artículos que parecen contraponerse: los artículos 2455 y 2456 del Código Civil argentino.

Al respecto, es necesario destacar que la doctrina ha ensayado diferentes críticas acerca del artículo 2456 y su relación con el resto del articulado, y –en particular– con el artículo 2455 del Código de Vélez.

Así ha dicho: "(...) Parecería existir una antinomia en cuanto al momento en que se produce la pérdida de la posesión, entre los arts. 2455 y 2456, CCiv. En efecto: para el primero la posesión se perdería instantáneamente, para el segundo, sería

menester que transcurriera un año sin ejercer actos posesorios o turbado por cualquier causa (inclusive iniciación de una acción posesoria) la posesión del usurpador. (...)" (el destacado nos pertenece) (13)[R1].

También ha expresado: "(...) Si no se concluye que en el art. 2455 la posesión se pierde inmediatamente porque medió violencia y que subsiste durante un año en los otros casos incluidos en el art. 2456 habría que admitir que la técnica legislativa de Vélez sería absurda, pues tanto en el art. 2455 como en el art. 2456 la posesión se perdería inmediatamente, sin que se justificara el tratamiento en textos distintos, máxime que el artículo siguiente reiteraría lo dicho por el precedente (...)" (el destacado nos pertenece) (14)[R2].

Al respecto, debemos decir que la supuesta antinomia no es tal y que tampoco deviene en absurdo el método legisferante de nuestro codificador.

Muy por el contrario, los artículos 2455 y 2456 del Código Civil contemplan dos supuestos diferentes de lesiones a la posesión: mientras el primero de los dispositivos referidos alude al despojo (entendido como desposesión violenta o deieccio) (15), el segundo – en cambio – lo hace a la desposesión.

Esta es la razón por la que nuestro codificador ha tratado en diferentes dispositivos casos semejantes.

Ahora bien, ¿podría haber contemplado estos supuestos en una misma y única norma?

Por supuesto que sí, mas su tratamiento diferenciado nos parece atinado, en aras de una mayor pulcritud en la técnica legislativa, calidades éstas de las que parece adolecer cada vez más nuestro legislador contemporáneo.

Consideramos que es incorrecto pretender fundar una argumentación sosteniendo que si no la técnica legislativa devendría en absurda, pues reiteraría en un precepto (artículo 2456 del Código Civil) lo dicho en el anterior (artículo 2455 del Código Civil), para entonces – y por esta razón – concluir diciendo que "(...) en el art. 2455 la posesión se pierde inmediatamente porque medió violencia y que subsiste durante un año en los otros casos incluidos en el art. 2456 (...)" (16).

No es cierto que los preceptos aludidos sean reiterativos, pero aunque lo fuesen, no puede esto convertirse en un argumento sólido, ya que ésta no sería la primera vez que Vélez Sarsfield incurriría en reiteraciones innecesarias.

Muy por contrario, ello ya acontece en otras materias reguladas por el ilustre jurista cordobés, tales como – por ejemplo – lo prescripto en materia de prioridad en relación a derechos reales en general (17) – distintos de la hipoteca y la prenda – (artículos 592 y 594 del Código Civil), como bien lo reconoce la doctrina diciendo: "(...) El Código consagra normas distintas a los inmuebles (artículo 594 del Código de Vélez) y a los muebles (artículo 592 del Código de

Vélez), distinción que era innecesaria pues, como veremos, las soluciones son idénticas (...)”(18).

En resumidas cuentas, estimamos que deviene cuando menos incorrecto pretender fundar en una patología técnico-legislativa un decisorio judicial como el analizado, que para más incide, por un lado, en la persecución punitiva del Estado y, por otro costado, en la calidad (funcional o profesional) del escribano público.

IV. Algunas consideraciones en torno al sistema notarial de tipo latino y al escribano público en el derecho argentino

Más allá de lo señalado hasta aquí en torno al fallo en crisis, entendemos propicia la oportunidad para realizar un análisis un poco más profundo de si el escribano es o no funcionario público, adentrándonos más allá de las fronteras que el decisorio judicial nos impone.

a) El sistema de la fe pública como andamiaje estructural del sistema jurídico argentino en materia instrumental

Es necesario comenzar nuestro análisis recordando que el sistema jurídico argentino está construido sobre la base metodológica de la fe pública, por contraposición a la de la duda metódica, que es ajena al espíritu de nuestro derecho civil, fundamentalmente en materia de instrumentos públicos.

Precisamente, la fe pública ha sido definida –con magistral precisión técnica– por Giménez Arnau como aquella "(...) función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos y actos sometidos a su amparo (...)”(19).

A lo largo de la historia se ha apelado a distintos medios tendientes a dar seguridad, perdurabilidad e inalterabilidad a los hechos y a las relaciones intersubjetivas.

Ello dado que la sociedad necesita –tal como ocurrió en el pasado y continúa haciéndolo en nuestros días– que los hechos en que se fundan los derechos de los particulares sean tenidos por ciertos y verdaderos.

"Ni las leyes, ni las sentencias judiciales, ni los documentos notariales podrían tener eficacia ante la sociedad organizada, si a cada momento pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido”(20).

Así, podemos advertir que los romanos echaron mano –a tal fin– del formalismo y la oralidad, quedando ello reflejado en los conocidos procedimientos del derecho romano de la mancipatio, la in iure cesio, el nexum y la stipulatio, entre otros, siendo –aparentemente– recién a partir del Fuero Juzgo en que surgió la forma escrita, es decir, el instrumento.

Es dable recordar que etimológicamente la palabra instrumento deriva del latín instrumentum, sustantivo que a su vez deviene del verbo latino instruo, es, ere, que significa instruir y "(...) designa todo lo que sirve en juicio para la instrucción de una causa o conduce a la averiguación de la verdad abarcando por tanto, toda clase de documentos (...)">(21).

El instrumento escrito, en general, responde a la necesidad de dar certeza y seguridad a las relaciones, y – por su parte – el instrumento escrito de carácter público atiende a la finalidad de preconstituir prueba, es decir, a la necesidad de contar con un elemento probatorio autosuficiente y completo, ya que, como bien enseña Giménez Arnau: "(...) no se puede olvidar la imperfección moral del hombre y sus inclinaciones malignas (...)">(22).

Por tanto, colegimos que el instrumento público es aquel que está revestido de fe pública, desde que, por haber sido autorizado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones fedantes, da plena fe de los hechos cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia (artículos 979 y 993 del Código Civil).

Constituye, así, en nuestro sistema el medio idóneo para dar certeza, seguridad e inalterabilidad a los hechos y a las relaciones intersubjetivas fundantes de los derechos de los particulares que viven en sociedad.

La fides depositada en los instrumentos públicos así lo demuestra, la que se ve protegida por el Código Civil, especialmente en el artículo 993, llegando a exigir para destruir la presunción de verdad que revisten que se deba echar mano del incidente de redargución de falsedad de instrumento público (23) – remedio incordioso por antonomasia – a fin de demostrar la falsedad (patológica, por cierto) de que adolece él (24).

Al respecto, la doctrina especializada (Ventura) (25) tiene dicho que "(...) En los instrumentos públicos, por efecto de la fe pública del autorizante, la relación entre lo dicho y el hecho aparece como una verdad impuesta por el sistema y no es dable ni al juez ni a las partes desconocer su contenido y veracidad. El acto instrumentado, por la fe plasmada en el instrumento, tendrá 'ab initio' efectos 'erga omnes'. Por ello los procesalistas, en estos casos, se refieren a la 'prueba preconstituida'. En los instrumentos públicos las diligencias probatorias quedan totalmente concluidas con la sola presentación del documento. (...) (el destacado nos pertenece) (26).

Y también se expresa que "(...) Los instrumentos públicos comienzan por probarse a sí mismos, se presumen auténticos, luego de ello recién prueban respecto de su contenido ('scripta publica probant se ipsa') (...)">(27).

b) Los distintos sistemas notariales a la luz del derecho comparado y el sistema jurídico-notarial de tipo latino

Más allá de las cavilaciones doctrinarias formuladas por insignes juristas (Meyer, Moscatello, Torres Campo, Costa, de la Grasserie, Bellver Cano, Mengual y Mengual[R3], Jiménez Arnau, Sanahuja y Soler) en torno a los distintos sistemas en que se encuentra organizado el notariado a nivel mundial, entendemos pertinente recordar que "(...) Bellver Cano distingue cinco tipos de notariado: A) el tipo libre, de abolengo inglés, imperante en Inglaterra, Estados Unidos y Suecia, reconocido como el más rudimentario de los regímenes notariales por ser 'el de menos intervención estatal', el cual ofrece estas características: 1) el notariado es un organismo profesional de índole privada; y 2) el instrumento equivale a un principio de prueba que para su eficacia necesita autenticidad judicial; B) el tipo profesional público, de origen alemán, adoptado por Alemania, Austria y algunos cantones suizos, llamado así 'porque sus funcionarios tienen el carácter de profesionales libres, a quienes se concede por el Estado un privilegio que significa una restricción para los demás, algo así como una exclusiva competencia; si bien tiene características del tipo libre, mira algo a las funciones estatales de los tipos sucesivos más complejos y por tanto presenta una mayor complicación'; el notario es funcionario público pero no funcionario público del Estado, y por esto mismo, el notariado importa una función pública obligatoria, y reglada por el Estado, y el instrumento autorizado vale como prueba preconstituida, a no ser que se arguya de falso; C) el tipo notarial latino, o notariado de funcionarios públicos, en que el notario es funcionario público no exclusivo, sino más o menos restringido, pues actúa como representante delegado del Estado; sistema que se observa en España, Francia, Italia, Bélgica, Portugal y países sudamericanos; de cuyo rasgo distintivo resulta que 1) el notariado entraña una magistratura delegada por el Estado, obligatoria, reglamentada y restringida en cuanto a radio de acción funcional; y 2) el instrumento público es la forma jurídica para adecuar las convenciones, y a la vez, prueba preferencial de su contenido y eficacia, a no ser que se arguya nulidad o falsedad; D) el tipo judicial, llamado así porque los individuos que componen el notariado, y las consiguientes funciones, se sacan de la magistratura judicial; tipo que ha sido adoptado por algunos Estados alemanes, como Wurtemberg y Baden, y el cantón suizo de Zurc, y en el cual: el notariado es una magistratura obligatoria y de estrecha jurisdicción, y el instrumento público emana de una resolución judicial pública respecto de terceros contra terceros, y asimismo es forma forzosa para la validez de los actos jurídicos legales; y E) el tipo administrativo, implantado con caracteres bien determinantes en Rusia; notariado, en un principio, establecido como una asesoría pública, pero finalmente absorbido por la organización estatal y convertido en una dependencia administrativa de tipo 'bufete', obligatoria y expresamente demarcada; el instrumento conteniente del acto jurídico es de firme resolución y probatorio del derecho derivado de ese acto. (...)'" (el destacado nos pertenece) (28).

A nuestro entender, este autor es el que acierta al elegir el fundamentum divitionis sobre el cual fundar la clasificación de que se trata, como bien lo reconoce Mengual[R4] y Mengual al decir: "(...) que Bellver Cano es incomprendible y que 'sus palabras son tan insustituibles y sus concepciones

jurídicas tan concretas y precisas, a la par que científicas, que si se pretende extraerlas se corre el riesgo de incurrir en grave error y de incurrir en una lamentable equivocación' (...)'' (el destacado nos pertenece) (29)

En efecto, para formular su distingo toma en consideración al sujeto que desempeña la función (funcionario) y a la actividad desplegada por la persona (función) en cumplimiento del fin perseguido por la institución jurídica (sistema notarial –en nuestro caso argentino, de tipo latino–), todo lo cual confluye en la facción del instrumento revestido de las calidades que la ley y el régimen en general requieren.

Por su parte, Grasserie clasifica los sistemas notariales: "(...) atendiendo a las características de su organización y funcionamiento, (en virtud de lo cual colige que) las legislaciones notariales pueden reducirse a cuatro grupos adherentes: el latino, el germánico, el eslavo y el anglo-nórdico, y un grupo independiente, el francés. Así: a) en el grupo latino, formado por Italia, España, Portugal, Bélgica, Ginebra, Neufchatel, Vaud, Grecia de que se trata, como bien lo reconoce Mengua y Mengual[R5] al decir: "(...) que Bellver Cano y Bajo Canadá, el notariado es colegiado y se ejerce en función legitimadora, extrajudicial, y el notario es tenido por funcionario público, y dentro del límite de su precisa actividad, como jurisperito, asesora, redacta y autoriza todos los actos humanos voluntarios lícitos productores de efectos jurídicos (...)'' (lo consignado entre paréntesis y el destacado nos pertenecen) (30).

A su tiempo y entre nosotros Ventura entiende: "(...) Entre los sistemas notariales que existen en el derecho comparado, podemos mencionar tres tipos básicos. El sistema anglosajón o libre, el notariado administrativista soviético y el notariado tipo latino. (...)''(31), y agrega: "(...) En realidad existen también otros, como el germánico y el notariado judicial, pero en los tres tipos enunciados pueden sintetizarse básicamente las principales tendencias. Ver sobre el punto Bellver Cano, Antonio, 'Principios de régimen notarial comparado', Ed. Victoriano Suárez, Madrid, ps. 19 y ss. Igualmente hay una completa síntesis en Carlos E. González en su 'Derecho notarial', Ed. La Ley, Bs. As., págs. 102 a 104 (...)''(32).

En resumidas cuentas, bien podemos señalar que si el sistema notarial de tipo latino supone necesariamente que el escribano es funcionario público, y si entendemos que nuestro sistema notarial adscribe al tipo latino, la conclusión deviene inevitable por implicancia lógica: en el sistema jurídico argentino el escribano es funcionario público. Mal podría sostenerse lo contrario, pues implicaría incurrir en una "contradictio in adjecto" o en un imposible lógico-jurídico.

c) La raigambre española del sistema notarial argentino

Es menester recordar que el sistema notarial argentino reconoce su fuente directa e inmediata en el español, que concibe al escribano como funcionario público y de dicha calidad lo reviste de manera indubitada, ya que –como lo hemos

destacado supra— también se alinea en los países que adhieren al sistema notarial del tipo latino.

Precisamente, siguiendo dicha fuente el insigne Vélez Sarsfield concibió el sistema notarial argentino, conceptuando —por tanto— al escribano como un verdadero funcionario público.

Así pues lo demuestra —principalmente— la nota al artículo 1112 del Código Civil argentino cuyo texto reproducimos infra.

En efecto, lo señalado en el presente apartado ha sido expresamente reconocido por calificada doctrina diciendo lo siguiente: "(...) Es un hecho bien irrefragable que el notariado argentino es de neto abolengo español... (...) merece anotarse el singular respeto que Vélez Sarsfield tuvo por la manutención de las normas de fondo que venían rigiendo a la institución en el recurso de la época pre-constitucional. (...) Lo que cuadra es reconocer dos hechos bien notorios: a) ante todo, el referente a la importancia que revestía el notariado a la época de la codificación; y b) luego, el relativo a la adopción, como normas sustantivas, de todos los preceptos que regían al notariado en su doble aspecto de fondo y forma. (...) Tocante al segundo, nada ofrece de alegable, puesto que el Código no introdujo innovación alguna, sino que, por lo contrario, vino a robustecer las bases en que se sustentaba el notariado vigente, que ya revestía un carácter nacional (art. 998 del Código Civil) (...)" (el destacado nos pertenece) (33).

Y también que "(...) Según la legislación española el notario es el funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 de la ley notarial). (...)"(34).

d) Las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del escribano público

No desconocemos los cuestionamientos que el tema atinente a la naturaleza jurídica de distintas figuras del derecho ha generado y aún genera.

En efecto, existen autores que sostienen que debemos hablar de naturaleza y no de naturaleza jurídica, ya que esta última expresión supondría una toma de posición anticipada sobre su calidad de derecho.

Así lo tienen dicho: "(...) § 87. Teorías. Titulamos este capítulo naturaleza de la posesión' y no 'naturaleza jurídica de la posesión' porque emplear el calificativo jurídico, implica una toma de posición anticipada sobre el problema fundamental (...)"(35).

Lo cierto y verdadero es que determinar el asidero o no de estas afirmaciones supone necesariamente aclarar qué se entiende o qué debemos entender por la expresión "naturaleza jurídica".

Así lo reconocen doctrinarios de la talla de López de Zavalía, quien ha dicho: "(...) Esto de la naturaleza jurídica es, por lo demás, algo de lo que los autores hablan, sin aclarar exactamente qué entienden por ello. López Lastar ('Qué es el derecho', p. 207), critica la expresión misma diciendo 'naturaleza jurídica' –locución que campea en todas las ramas jurídicas...– es algo más que una expresión infortunada; no es un concepto de algo, es un nominalismo sin realidad posible... Decir naturaleza jurídica es caer en un imposible lógico; el pensamiento incurre en una contradicción consigo mismo. Ontológicamente equivaldría a un objeto natural-ideal, que es imposible... Es una *contradictio in adjecto*. Algo así como la absurda expresión planta-contrato, o árbol-hipotenusa. (...) Dejemos el tema a los filósofos y a la semántica (...) en nuestra doctrina, y ésta es la posición que adoptaremos, lo de naturaleza jurídica es entendido en este sentido: en cuál de las categorías jurídicas conocidas, en qué género superior, puede ser subsumida la posesión (...) (el destacado nos pertenece) (36).

Analizar la expresión desde el punto de vista filosófico nos parece correcto, pero no de la forma en que lo hacen algunos autores – como los referidos por López de Zavalía –, quienes incurren en exageraciones y excesos, toda vez que parecen olvidar que el derecho regula los hechos y, por lo tanto, son éstos quienes deben ser amparados por el derecho.

En efecto, lo fáctico deviene en un presupuesto ineludible de lo jurídico, lo que ya subyace en el brocárdico latino que reza: "*ubi societas ibi ius*" (37).

Si el derecho le da consecuencias jurídicas a hechos naturales tales como el nacimiento o la muerte, en modo alguno podemos sostener que esté incurriendo en una *contradictio in adjecto*.

Muy por el contrario, semejante afirmación supondría desmerecer la razón de existencia del derecho: regular la conducta en sociedad (38).

Si por naturaleza debemos entender: "(...) Esencia y propiedad característica de cada ser. (...)", que lo hace pertenecer a una "(...) Especie, género, clase... (...)" (39), bien podemos concluir diciendo que naturaleza jurídica es el ser jurídico o – en otros términos – la esencia (40) (desde la óptica jurídica) del instituto de que se trata.

En fin: si naturaleza es el ser, por naturaleza jurídica debemos entender el ser jurídico (esencia jurídica); es decir, aquello que – desde el punto de vista jurídico – hace que un instituto sea lo que es y no sea lo que no es.

Hecha entonces la aclaración en torno a lo que consideramos que debe entenderse por naturaleza jurídica, estimamos pertinente formularnos la siguiente pregunta: ¿el escribano es funcionario público?

Es menester destacar que el prisma que se emplea habitualmente para analizar si el escribano es o no funcionario público es el del derecho civil, mas no el del

derecho penal, que es lo que trataremos ahora de ahondar a propósito del fallo de esta rama del derecho que nos convoca.

Podríamos sistematizar las posturas doctrinarias existentes en torno a la naturaleza jurídica del escribano público diciendo que existen tres posiciones bien diferenciadas, a saber:

a) en primer lugar, quienes entienden que el escribano es un funcionario público (teoría funcionarista) (41);

b) en segundo lugar, quienes consideran que el escribano es un profesional liberal del derecho (teoría profesionalista liberal) (42); y

c) en tercer lugar, quienes coligen que el escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública (postura ecléctica o mixta).

Así, pues, consideran que el escribano es funcionario público Mustapich (43), Highton (44), Borda (45), Machado (46), Salvat - Acuña Anzorena (47), de Gásperi - Morello (48) - entre otros - .

Por otro costado, encontramos la postura que considera que el escribano no es un funcionario público sino un profesional liberal: Allende (49), Díaz de Guijarro (50), Martínez Segovia (51), Pondé (52) - entre otros - .

Y finalmente, aparecen quienes coligen que el escribano es un profesional del derecho que ejerce una función pública: Bielsa (53), Bustamante Alsina (54), Trigo Represas (55), Bueres (56), Villalba Welsh (57), Alterini (58) - entre otros - .

e) El tratamiento normativo del escribano público en los Códigos Civil y Penal argentinos y en la Convención Interamericana contra la Corrupción

La figura del escribano público es objeto de tratamiento legal en diferentes cuerpos normativos, tales como el Código Civil, el Código Penal y la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por ley 24759), entre otros.

El Código Civil argentino alude al escribano público en el artículo 1112 que prescribe lo siguiente, a saber: "(...) Los hechos y las omisiones de los funcionario públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título (...)" (el destacado nos pertenece).

Y en la nota al artículo 1112 del Código de fondo Vélez Srsfield señala lo siguiente, a saber: "(...) De los jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los acto del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado. (...)" (el destacado nos pertenece).

Pero también Vélez alude al escribano en otros dispositivos normativos tales como el artículo 997 –primer párrafo– del Código Civil cuando dispone: "(...) Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones (...)" (el destacado nos pertenece), y el artículo 1004 del Código Civil, cuando expresa: "(...) La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones... (...)" (el destacado nos pertenece).

Por tanto, a nuestro entender ninguna duda cabe acerca de la adhesión de Vélez Sarsfield a la concepción del escribano como funcionario público.

A su tiempo, se advierte que la figura del escribano público también aparece en el Código Penal, el cual en su artículo 77 (59) dispone lo siguiente: "(...) Para la inteligencia del texto de este Código se tendrán presente las siguientes reglas: (...) (...) Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente (...)" (el destacado nos pertenece).

Entendemos que esta norma es clara, precisa y específica en torno a qué calidad reviste el escribano para el Código Penal: la de un funcionario público.

Finalmente, es dable citar la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por ley 24759), la que –en su artículo I– nos brinda las siguientes "Definiciones", a saber: "(...) Para los fines de la presente Convención, se entiende por: 'Función pública', toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. 'Funcionario público', 'oficial gubernamental' o 'servidor público', cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. 'Bienes', los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. (...)" (el destacado nos pertenece).

Sin embargo, insistimos, es del caso señalar que –por un lado– esta última Convención resulta de aplicación en el ámbito penal internacional, con lo cual no se aplicaría a delitos en los que no aparece ningún elemento que demuestra una incidencia supranacional del hecho delictivo, y –por otro costado– es dable resaltar que ella reconoce una indubitable prosapia anglosajona, lo que hace que ella resulte ajena a un sistema de cuño romanista, como es el notarial argentino.

V. Nuestra opinión

Entendemos pertinente formular, en este estadio y aprovechando la temática de fondo del presente fallo objeto de estudio, una serie de consideraciones personales en torno a la naturaleza jurídica del escribano público que van más allá de lo analizado en el decisorio en crisis.

a) "Nullum instrumento publicum sine tabellion" (60) y el carácter inescindible de la función pública respecto del funcionario público

En primer lugar, debemos señalar que el título de este apartado debe ser traducido del siguiente modo: "No hay instrumento público sin funcionario público". Y para nosotros deviene en una máxima del sistema notarial de tipo latino, al que pertenece y adscribe el sistema jurídico-notarial argentino.

Ahora bien: ¿por qué formulamos esta afirmación?

Pues ello obedece a que colegimos que el instrumento público sólo puede existir como tal si es elaborado por un funcionario público. Y —precisamente— el vínculo necesario e imprescindible entre ambos es la función pública.

Para la corriente que entiende que el escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública, lo dirimente sería la función pública, mas no la calidad de la persona que lo porta.

El yerro de este argumento finca precisamente allí, es decir, en no advertir que la función pública importa necesaria e inescindiblemente al funcionario público, conformando in totum el presupuesto lógico (o —en palabras de Ihering— el prius teórico) para que pueda existir como tal el instrumento público (o —en palabras de Ihering— el posterius teórico).

Al respecto, y en aval de nuestra postura, es dable citar que la jurisprudencia —aunque oscilante— ya ha señalado lo siguiente, a saber: "(...) La fuerza de convicción casi irrefragable que deriva de la fe del funcionario, sólo es posible desvirtuarla mediante la llamada querrela de falsedad, por acción civil o criminal (...)" (sic) (el destacado nos pertenece) (61).

En segundo lugar, y para analizar la cuestión desde otro punto de vista, partamos de los reparos —doctrinarios y jurisprudenciales— que se ponen a la concepción del escribano como funcionario público, los que pueden resumirse —aunque hay otros— en los siguientes argumentos por los que el escribano no sería funcionario público, a saber:

a) porque no se verifica una la relación de subordinación jerárquica, para lo que no es dirimente el ejercicio de la superintendencia que se ejercita sobre él, ni el sueldo a pagarse por el Estado;

b) porque no percibe un sueldo o remuneración por parte el Estado;

- c) porque el escribano no representa al Estado, ni cumple una función específica delegada por la ley o por otro funcionario jerárquicamente superior, de forma tal que pueda comprometerlo jurídicamente en el desempeño de su actividad;
- d) porque no depende orgánicamente de la Administración Pública estatal, al no formar parte de su planta de personal;
- e) porque no hay responsabilidad del Estado por los actos del escribano público;
- f) porque ejerce su labor desde su propia oficina particular; y
- g) porque los artículos 979, 997 y 1004 del Código Civil diferencian expresamente a los escribanos de los funcionarios públicos, utilizando a tal fin la conjunción disyuntiva "o".

A nuestro entender, lo esencial para ser funcionario público es el ejercicio de la función pública. Ésa es la *conditio sine qua non* a los fines de considerar funcionario público al escribano público.

No entendemos cómo puede sostenerse válidamente que alguien ejerza una función pública y elabore instrumentos públicos, indubitados e indubitables por la fides publica de que están revestidos, sin estar investido de la condición de funcionario público.

El esfuerzo argumental se basa, a nuestro entender, en una serie de requisitos que se deben reunir para ser considerado funcionario público, no todos los cuales son observados por el escribano público.

Pero ello nos obliga a decir que estos requisitos no deben darse de manera conjunta y taxativa para que una persona revista la condición de funcionario público. Y además entendemos que –en el peor de los escenarios– el escribano público es un "tipo especial" de funcionario público, lo que en modo alguno puede llevar a sostener que no revista esta calidad (62).

Por tanto, y como corolario de lo hasta aquí expuesto, es dable destacar que entendemos que la función pública reviste el carácter de inescindible respecto de la calidad de funcionario público, si formulamos esta observación desde el resultado del ejercicio de la actividad por el sujeto, es decir, mirando todo a partir del instrumento público resultante.

Y –además– que el hecho de que el escribano público no reúna –eventualmente– todos los requisitos que se enumeran como correspondientes al funcionario público no implica que no lo sea, ya que es el ejercicio de la función pública la *conditio sine qua non* al efecto (63) (64).

VI. Conclusiones

1) En la especie, el sentenciante que la Convención Interamericana [R6] contra la Corrupción (ratificada por ley 24759) funcione como *lex posterior* respecto del artículo 77 del Código Penal argentino que concibe al escribano como funcionario público; ello por aplicación de la regla interpretativa: "*lex posterior derogat prior*", de aplicabilidad frente a supuestos de antinomia o conflicto de normas.

A nuestro entender, ello es equivocado, toda vez que el ámbito propio de aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción es el penal internacional y no el penal nacional, como se pretende en el decisorio bajo estudio y —además— porque entendemos que pretender aplicar una convención internacional de origen anglosajón al derecho penal nacional respecto de una figura jurídica como el escribano público, de neto cuño romanista, deviene en una "extrapolación impropia" y en un verdadero supuesto patológico de "alquimia jurídica".

Y colegimos que el yerro se agrava cuando advertimos que, frente a la "pretendida" antinomia existente (que no es tal), la regla a aplicar es la acuñada en la máxima que reza: "*lex specialis derogat generali*" (criterio de especialidad) y no la propia del brocardico: "*lex posterior derogat prior*", (criterio cronológico) toda vez que el presupuesto de aplicabilidad que se verifica en la especie es el de la primera y no el de la segunda regla.

2) La "alquimia jurídica" es una patología jurídica consistente en entremezclar sin método normas jurídicas distintas entre sí y que no encajan en un sistema jurídico determinado para —a la postre— elaborar normas (en el caso del legislador) o aplicarlas al caso sometido a decisión (en el supuesto del juez) de modo incorrecto, lo que puede generar conflictos en torno a la eficacia, eficiencia y efectividad de la norma, y provocar verdaderas injusticias.

3) En la especie, el juzgador pretende emplear como argumento fundante de su decisorio un verdadero defecto de técnica legislativa: la denominada "superfetación", en la que —a nuestro entender— incurre el legislador al reglar el artículo 20 bis del Código Penal argentino.

En resumidas cuentas, a nuestro entender, la redacción del artículo 20 bis del Código Penal adolece de "superfetación" y reclama una reforma urgente a los fines de su inmediata corrección. Pero es de destacar que el defecto se agrava cuando abona un error de interpretación y aplicación jurídicas, al pretenderse utilizar por el juez de sentencia como un fundamento para el decisorio que adopta.

4) El sistema de la fe pública constituye el andamiaje sobre el cual se estructura el sistema jurídico argentino en materia instrumental. En efecto, el sistema jurídico argentino está construido sobre la base metodológica de la fe pública, por contraposición a la de la duda metódica, que es ajena al espíritu de nuestro derecho civil, fundamentalmente en materia de instrumentos públicos.

Precisamente, la fe pública ha sido definida – con magistral precisión técnica – por Giménez Arnau como aquella "(...) función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos y actos sometidos a su amparo (...)">(65).

La fides depositada en los instrumentos públicos así lo demuestra, la que se ve protegida por el Código Civil, especialmente en el artículo 993, llegando a exigir para destruir la presunción de verdad que revisten que se deba echar mano del incidente de redargución de falsedad de instrumento público – remedio incordioso por antonomasia – a fin de demostrar la falsedad (patológica, por cierto) de que adolece éste.

5) Más allá de las cavilaciones doctrinarias formuladas por insignes juristas (Meyer, Moscatello, Torres Campo, Costa, de la Grasserie, Bellver Cano, Mengual y Mengual, Jiménez Arnau, Sanahuja y Soler) en torno a los distintos sistemas en que se encuentra organizado el notariado a nivel mundial, sí es dable afirmar de modo indubitable que existe un verdadero abanico de sistemas notariales en el marco del derecho comparado, en el que se destaca el sistema jurídico-notarial de tipo latino.

Al respecto, Neri nos recuerda que "(...) Bellver Cano distingue cinco tipos de notariado (...)", y entre ellos "(...) 'el tipo notarial latino...' o notariado de funcionarios públicos, en que el notario es funcionario público no exclusivo, sino más o menos restringido, pues actúa como representante delegado del Estado; sistema que se observa en España, Francia, Italia, Bélgica, Portugal y países sudamericanos; de cuyo rasgo distintivo resulta que 1) el notariado entraña una magistratura delegada por el Estado, obligatoria, reglamentada y restringida en cuanto a radio de acción funcional; y 2) el instrumento público es la forma jurídica para adecuar las convenciones, y a la vez, prueba preferencial de su contenido y eficacia, a no ser que se arguya nulidad o falsedad; (...) " (el destacado nos pertenece) (66).

Es dable recordar que Bellver Cano, para formular su distingo, toma en consideración al sujeto que desempeña la función (funcionario) y a la actividad desplegada por la persona (función) en cumplimiento del fin perseguido por la institución jurídica (sistema notarial – en nuestro caso argentino, de tipo latino –), todo lo cual confluye en la facción del instrumento revestido de las calidades que la ley y el régimen en general requieren. Y es dable señalar que colegimos acertado el criterio seleccionado por Bellver Cano como fundamentum divitionis, en particular porque, al profesarse respecto del sistema notarial de tipo latino, demuestra la inescindibilidad de la función pública respecto de la calidad de funcionario público.

6) A nuestro entender, el sistema notarial de tipo latino supone necesariamente que el escribano es funcionario público, y si entendemos que nuestro sistema notarial adscribe al tipo latino, la conclusión deviene inevitable por implicancia lógica: en el sistema jurídico argentino el escribano es funcionario público. Mal

podría sostenerse lo contrario, pues implicaría incurrir en una "contradictio in adiecto" o en un imposible lógico-jurídico.

7) La raigambre española del sistema notarial argentino es indubitable. En efecto, éste reconoce su fuente directa e inmediata en el español, que concibe al escribano como funcionario público y de dicha calidad lo reviste inequívocamente, ya que se alinea en los países que adhieren al sistema notarial del tipo latino.

Precisamente, siguiendo dicha fuente, el insigne Vélez Sarsfield concibió el sistema notarial argentino, conceptuando –por tanto– al escribano como un verdadero funcionario público, tal como se puede advertir –principalmente– en el texto de la nota al artículo 1112 del Código Civil argentino.

8) No desconocemos los cuestionamientos que el tema atinente a la naturaleza jurídica de distintas figuras del derecho ha generado y aún genera. En efecto, se han acuñado diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del escribano público, que podríamos sistematizar en tres posiciones bien diferenciadas, a saber: a) en primer lugar, quienes entienden que el escribano es un funcionario público (teoría funcionarista); b) en segundo lugar, quienes consideran que el escribano es un profesional liberal del derecho (teoría profesionalista liberal); y c) en tercer lugar, quienes coligen que el escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública (postura ecléctica o mixta).

Así, pues, consideran que el escribano es funcionario público Mustapich y Highton –entre otros–. Por otro costado, encontramos la postura que considera que el escribano no es un funcionario público sino un profesional liberal (Allende, Díaz de Guijarro y Martínez Segovia –entre otros–) Y finalmente, aparecen quienes coligen que el escribano es un profesional del derecho que ejerce una función pública (Bustamante Alsina, Trigo Represas, Bueres y Villalba Welsh –entre otros–).

9) La figura del escribano público es objeto de tratamiento legal tanto en el Código Civil como en el Código Penal argentinos.

En el Código Civil argentino se alude al escribano público en el artículo 1112 y en su nota, pero también Vélez se refiere a él en otros dispositivos normativos tales como el artículo 997 –primer párrafo– del Código Civil. Por tanto, a nuestro entender, ninguna duda cabe acerca de la adhesión de Vélez Sarsfield a la concepción del escribano como funcionario público.

A su tiempo, se advierte que la figura del escribano público también aparece en el Código Penal, el cual, en su artículo 77, dispone lo siguiente: que "(...) Para la inteligencia del texto de este Código se tendrán presentes las siguientes reglas: (...) Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente (...)" (el destacado nos pertenece). Entendemos que esta

norma es clara, precisa y específica en torno a qué calidad reviste el escribano para el Código Penal: la de un funcionario público.

10) La Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por ley 24759), nos brinda –en su artículo I– distintas "Definiciones", en la que se incluye la de "(...) 'Funcionario público', 'oficial gubernamental' o 'servidor público' (...)".

Sin embargo, es del caso señalar que –por un lado– esta última Convención resulta de aplicación en el ámbito penal internacional, con lo cual no se aplicaría a delitos en los que no aparece ningún elemento que demuestra una incidencia supranacional del hecho delictivo, y –por otro costado– es dable resaltar que ella reconoce una indubitable prosapia anglosajona, lo que hace que ella misma resulte ajena a un sistema de cuño romanista como es el notarial argentino.

11) A nuestro entender el brocárdico: "Nullum instrumentum publicum sine tabellion", que traducido significa "No hay instrumento público sin funcionario público", es una máxima del sistema notarial de tipo latino, al que pertenece y adscribe el sistema jurídico-notarial argentino.

Ello así, pues colegimos que el instrumento público sólo puede existir como tal si es elaborado por un funcionario público. Y –precisamente– el vínculo necesario e imprescindible entre ambos es la función pública.

12) Para la corriente que entiende que el escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública lo dirimente sería la función pública, mas no la calidad de la persona que lo porta. El yerro de este argumento finca precisamente allí, es decir, en no advertir que la función pública importa necesaria e inescindiblemente al funcionario público, conformando in totum el presupuesto lógico (o –en palabras de Ihering– el prius teórico) para que pueda existir como tal el instrumento público (o –en palabras de Ihering– el posterius teórico).

13) A nuestro entender, lo esencial para ser funcionario público es el ejercicio de la función pública. Ésa es la conditio sine qua non a los fines de considerar funcionario público al escribano público. No entendemos cómo puede sostenerse válidamente que alguien ejerza una función pública y elabore instrumentos públicos, indubitados e indubitables por la fides publica de que están revestidos, sin estar investido de la condición de funcionario público.

14) Por tanto, y como corolario de lo hasta aquí expuesto, es dable destacar que entendemos que la función pública reviste el carácter de inescindible respecto de la calidad de funcionario público, si formulamos esta observación desde el resultado del ejercicio de la actividad por el sujeto, es decir, mirando todo a partir del instrumento público resultante. Y –además– que el hecho de que el escribano público no reúna –eventualmente– todos los requisitos que se

enumeran como correspondientes al funcionario público no implica que no lo sea, ya que es el ejercicio de la función pública la conditio sine qua non al efecto.

15) Finalmente, queremos insistir en señalar que precisar si el escribano reviste o no la calidad de funcionario público no es una mera disquisición teórica inútil, sino que tiene implicancias prácticas concretas, tal como lo demuestra el fallo analizado. Es por ello que estimamos propicia la oportunidad para insistir en su debate a fin de desterrar las teorías fútiles y evitar los costumbrismos irracionales.

(A) (*) Abogado, notario y auxiliar docente de la Universidad Nacional de Córdoba.

(1) (1) Ver Monasterio Gali, Antonio, "Biología de los derecho en la normalidad", Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1966, ps. 17/18.

(2) (2) Ver Excelentísima Cámara de Acusación del Fuero Penal, en autos: "Grasso, Mariana E. y otro p.ss.aa. falsificación de instrumento público, etc." (expte. G-40/11 – SAC nro. 98267), auto nro. 214, de fecha 4/6/2012. Integración: doctores Gabriel Pérez Barberá (autor del voto), Carlos Alberto Salazar y Francisco Horacio Gilardoni.

(3) (3) Con esta expresión aludimos a aquellos supuestos en que se pretenden ensamblar figuras jurídicas incompatibles entre sí, en virtud de su distinto origen o raigambre, lo cual, lejos de permitir fortalecer el sistema, provoca su debilitamiento, cuando no su destrucción. Un ejemplo de ello sería la pretensión de cierto sector de la doctrina argentina de pretender encuadrar perfectamente el bien de familia –de cuño anglosajón– en el "molde" de las criticadas restricciones y límites al dominio –de raigambre romanista– del Código Civil argentino.

(4) (4) A los fines de graficar la conducta de algunos de nuestros operadores jurídicos (verbigracia, jueces, legisladores, etc.) al momento de cumplir con su misión respecto de nuestro sistema jurídico, solemos recurrir en nuestras clases a una metáfora que hemos dado en llamar "El niño y el rompecabezas", y dice: "Estaba el niño sentado a la mesa embelesado con el rompecabezas que le había comprado su madre, quien en esos momentos estaba junto a él en la cocina afrontando los quehaceres del hogar. Una a una fue armando las piezas con ayuda de su madre hasta que –casi al final– ella le encomendó al niño que él solito se encargara de encontrar el mejor lugar para una de las piezas que ella escogió al azar. Por más que el niño lo intentó una y otra vez, inútiles fueron sus esfuerzos por encontrar el lugar de la pieza en el rompecabezas. Así fue que cansado de intentarlo inútilmente tomó el martillo de madera que su madre había dejado sobre la mesa y comenzó a pegarle hasta que logró hacer entrar la pieza en un vano que a todas luces no era el que le correspondía a la misma. Mientras martillaba su madre le preguntó: '¿Qué estás haciendo, hijo?', a lo que el niño respondió: 'Estoy armando el rompecabezas, mamá', lo que motivó que su madre sentenciara: 'No, hijo, ¡lo estás destruyendo!'".

(5) (5) Es dable señalar que en la actualidad tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia han incorporado otros criterios interpretativos, a saber: a) el criterio de competencia, b) el criterio de prevalencia, y c) el criterio de procedimiento, entre otros.

(6) (6) Recordemos que la Convención Interamericana contra la Corrupción fue ratificada por ley 24759 (BO del 17/1/1997) y tiene raigambre constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994.

(7) (7) Refuerza nuestro argumento de la inexistencia de la pretendida antinomia o conflictos de normas el hecho de que estimemos aplicable el brocárdico latino que reza: "lex specialis derogat generali", toda vez que, a nuestro entender, esta regla no es esgrimible frente a antinomias sino que precisamente funciona cuando ésta no existe, sino que es menester sustraer por especificidad un área del campo de aplicación de una norma (general) para reglarla en particular por otra (especial) de modo diverso y hasta opuesto. En este sentido, compartimos la opinión de Barreira cuando señala: "(...) Dejo a salvo mi opinión, sin embargo, que no creo que nos hallemos ante una contradicción. Con la ayuda del principio lex specialis derogat legi generali, la mente del intérprete discrimina el campo de actuación de la norma general respecto del campo de la norma especial, por lo que no hay derogación en el concepto técnico del vocablo, sino una armonización tendiente a la conservación de los efectos útiles de las normas aparentemente en colisión, quedando ambas válidas y vigentes aunque la más genérica padezca cierta limitación en su extensión. (...)" (el destacado nos pertenece) (ver "Entrevista a Enrique Barreira", Revista Puente @ Europa, año V, nro. 2, junio 2007, p. 19).

(8) (8) Respecto tanto del origen anglosajón, cuanto del ámbito de aplicación de la Convención de que se trata al terreno penal internacional, ya se ha pronunciado reconocida doctrina nacional diciendo: "(...) La CICC, Convención Interamericana contra la Corrupción, tiene una larga prosapia en el derecho norteamericano del cual proviene, aunque no han faltado voces menores clamando por ella. Luego de la caída del Estado de bienestar producida por los condicionamientos económicos y financieros que se agravan en un entorno supranacional, y ante los excesos de la potestad reglamentaria que pretenden tender un manto de confusión sobre muchos de estos males, como así también la vinculación del crimen organizado y el narcotráfico que son no ya sólo una amenaza a los derechos humanos sino al Estado mismo, es casi un silogismo el que lleva a la necesidad de atacar a la corrupción y otros fenómenos que se vinculan a ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador. Allí aparece la CICC, con carácter supranacional. Tal como ha sido dictada, tendrá seguramente efectos propios en su ámbito específico que es el penal y penal internacional, con sujeción a la jurisdicción extranjera de la miríada de delitos que la rodean (...)" (el destacado nos pertenece). (Ver Gordillo, Agustín, "Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., t. I, "Parte general", cap. XVI, Ed. FDA, Buenos Aires, 1997).

(9) (9) En efecto, respecto de la Convención Interamericana contra la corrupción y su reconocimiento por parte de la República Argentina, se ha expresado: "(...) Argentina aprobó la Convención Interamericana Contra la Corrupción⁶ (en adelante, CICC), por medio de la ley 24759, de 1997, que entró en vigencia el 7 de noviembre de 1997. Desde la reforma de 1994 a la Constitución, en este país, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). De donde surge, entonces, la necesidad de adaptar el derecho positivo argentino a lo que ha sido legislado como delito en el marco de la CICC. Es el caso del delito tipificado de soborno transnacional (art. VIII de la CICC). No existía en el Código Penal argentino y fue incorporado a él, en el artículo 258 bis, a través de la ley 25188, sobre Ética de la Función Pública. Tratándose del delito de enriquecimiento ilícito (art. IX de la CICC), en cambio, al momento de suscribir la Convención, el Estado argentino ya contaba en su legislación interna con un tipo penal que describía una conducta similar a la descrita por aquélla. Sin embargo, la misma ley 25188 que tipificó el soborno transnacional incluyó una leve reforma a aquel tipo penal y adicionó otros dos, relacionados (art. 268, del Código Penal). (...)" (el destacado nos pertenece). (Ver estudio elaborado por Arrau C., Fernando con la colaboración de Virginie Loiseau (de la Sección Estudios, de la Biblioteca del Congreso Nacional) y de Mariana Wiegand y Pamela Cifuentes (de la Sección Servicios Legislativos y Documentales, de la Biblioteca del Congreso Nacional), "El control de la corrupción en el derecho comparado: Argentina, España Francia y México", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, DEPESEX/BCN/Serie Estudios, año XV, nro. 316, Santiago de Chile, julio de 2005 (2ª ed. revisada y actualizada al 12 de julio de 2005 del estudio de anticipación elaborado en febrero de 2003).

(10) (10) Hemos tomado esta expresión de fallos en los que se propicia la inaplicabilidad del artículo 1185 bis del Código Civil en materia de ejecuciones individuales, tales como, por ejemplo, el fallo "Verdoljak v. Fiat" (ver C. Nac. Com., sala C, 24/4/2009, autos: "Verdoljak, Miguel Ángel v. Fiat Auto S.A de Ahorro para fines determinados - Tercería de dominio", expediente nro. 17122.09).

(11) (11) Es dable señalar que el aserto es equivocado en su traducción, pues emplea la letra "j" desconocida para los romanos que en su reemplazo empleaban la denominada (precisamente por ello) "i latina". Por tanto el adagio correcto reza: "summum ius, summa iniuria". El empleo de la letra jota en los latinazgos es una suerte de "castellanización de la lengua latina que la desmerece y envilece, al hacerle perder su purismo originario.

(12) (12) Ver "Entrevista a Enrique Barreira", cit., p. 21.

(13) (13) Ver Mariani de Vidal, Marina en obra oportunamente citada, 4ª ed. actualizada, p. 182.

(14) (14) Ver Llambías, Jorge J. y Alterini, Jorge H. en obra oportunamente citada – p 205.

(15) (15) "(...) deiectio – onis f.: expulsión...; ...eyección // deyección. (...)" (ver "Diccionario ilustrado latín - español; español - latín", 12ª ed., Ed. Biblograf, 1980, p. 129).

(16) (16) Ver Llambías, Jorge J. y Alterini, Jorge H., en obra oportunamente citada, p. 205.

(17) (17) "(...) Y con relación a los demás derechos reales, advertimos la curiosidad de que las normas que establecen la prioridad no se encuentran en el Libro tercero del Código, al tratar de los derechos reales, sino en la sección primera del Libro segundo, en materia de obligaciones, cuando se legisla sobre las obligaciones de dar cosas ciertas para transferir o constituir un derecho real, y concurren varios acreedores a la entrega de la cosa (...)". (Ver Moisset de Espanés, Luis, "Publicidad registral", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 95).

(18) (18) Ver Moisset de Espanés, Luis, "Publicidad registral", cit., p. 95.

(19) (19) Ver Giménez Arnau, Enrique, "Derecho notarial", Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 38.

(20) (20) Ver Azpeitia, Esteban M., "Legislación notarial - Derecho notarial extranjero", Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 09.

(21) (21) Ver González, Carlos E., "Derecho notarial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1971, p. 305.

(22) (22) Ver Giménez Arnau, Enrique, "Derecho nNotarial", cit., nota a pie de página 2, p. 480.

(23) (23) Conforme artículo 244 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (ley 8465), y artículo 395 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación.

(24) (24) En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho: "(...) Toda escritura pública merece plena fe mientras no sea argüida de falsedad (...)". (Ver Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, LL 129-661); y también que "(...) El instrumento público hace plena fe, mientras no se arguya de falsedad por acción civil o penal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado, como cumplidos por el mismo o pasados en su presencia (...)". (Ver C. Civ., sala F, LL 136-282).

(25) (25) Ver Ventura, Gabriel B., "Algunas reflexiones en torno a las bondades del notariado latino", en www.acaderc.org.ar.

- (26) (26) Ver Ventura, Gabriel B., "Algunas reflexiones...", cit.
- (27) (27) Ver Ventura, Gabriel B., "Algunas reflexiones...", cit., texto correspondiente a la nota a pie de página 13.
- (28) (28) Ver Neri, Argentino I., en "Tratado teórico y práctico de derecho notarial", t. I, vol. 1, "Parte General - Derecho en general. Derecho notarial. Ciencia y arte notarial", Ed. Depalma Buenos Aires, 1969, ps. 489/490.
- (29) (29) Ver Neri, Argentino I., "Tratado teórico...", cit., t. I, p. 491.
- (30) (30) Ver Neri, Argentino I., "Tratado teórico...", cit., t. I, ps. 488/489.
- (31) (31) Ver Ventura, Gabriel B., "Algunas reflexiones...", cit.
- (32) (32) Ver Ventura, Gabriel B., "Algunas reflexiones...", cit., nota a pie de página 1.
- (33) (33) Ver Neri, Argentino I., "Tratado teórico...", cit., t. I, ps. 494, 500 y 501.
- (34) (34) Ver Neri, Argentino I., "Tratado teórico...", cit., t. III, p. 59.
- (35) (35) Ver Musto, Néstor J., "Derechos reales", t. 1, 1ª reimp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 167.
- (36) (36) Ver López de Zavalía, Fernando, "Derechos reales", t. I, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1989, p. 328, en nota a pie de página 1.
- (37) (37) El adagio – traducido – reza: "Donde hay sociedad hay derecho".
- (38) (38) Para colmo de males, los ejemplos brindados (árbol-hipotenusa, planta-contrato) son capciosos y falaces, toda vez que pretenden ejemplificar asiladamente (planta por naturaleza y contrato por jurídica) cada una de las palabras que componen una expresión que carece de sentido si no es analizada en su conjunto (in totum). Mal puede pretender leerse aisladamente naturaleza – por un lado – y jurídica – por otro –, cuando en realidad la expresión de que se trata es una sola y como tal debe interpretarse.
- (39) (39) Ver "Diccionario de la lengua Española - Real Academia Española", 22ª ed. 2001 –h/z–, Buenos Aires, 2006, p. 1568.
- (40) (40) Así lo reconoce –al pronunciarse sobre la naturaleza de la posesión como hecho– el maestro Ramón María Roca Sastre, diciendo: "(...) la construcción más acertada de todas las formuladas sobre el concepto y la esencia de la posesión es la que la concibe como poder o señorío de hecho sobre una cosa por parte de un sujeto (...)" (el destacado nos pertenece). (Ver Roca Sastre, Ramón M., "Derecho hipotecario", 6ª ed., t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, p. 867).

(41) (41) Ver Manganaro, Pablo L., "Incidencia de las diferentes teorías de la función notarial en el Código Penal, publicado el 6/2/2013, ww.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF130057.

(42) (42) Ver Manganaro, Pablo L., "Incidencia...", cit.

(43) (43) Ver Mustapich, J. M., "Tratado teórico y práctico de derecho notarial", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1957, ps. 68 y ss.

(44) (44) Ver Highton de Nolasco, Elena, "Responsabilidad del Estado por los escribanos por quien no es propietario. El caso de la enajenación", LL 1977-C-954/955.

(45) (45) Ver Borda, Guillermo, "Tratado de derecho civil", t. II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, nro. 1660.

(46) (46) Ver Machado, José O., "Exposición y comentario del Código Civil argentino", t. III, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1899, p. 225.

(47) (47) Ver Salvat, Raymundo M. y Acuña Anzorena, Arturo, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed., t. IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, nro. 2983, nota 11, p. 310.

(48) (48) Ver De Gásperi, Luis y Morello, Augusto M., "Tratado de derecho civil", t. IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1964, nro. 1873, p. 462.

(49) (49) Ver Allende, Ignacio M., "Fe pública y función notarial", Revista del Notariado, nros. 594/595, Buenos Aires, 1951, ps. 11 y ss.

(50) (50) Ver Díaz de Guijarro, Enrique, "¿Son funcionarios públicos los escribanos?", JA 1929-31-260.

(51) (51) Ver Martínez Segovia, Francisco, "Función notarial. Estado de la doctrina y ensayo conceptual", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 169.

(52) (52) Ver Pondé, Eduardo B., "Tríptico notarial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

(53) (53) Ver Rafael Bielsa en "Derecho Administrativo" – Tomo II – Cuarta Edición – Librería y Editorial "El Ateneo" – Buenos Aires, 1947 – p 56.

(54) (54) Ver Jorge Bustamante Alsina en "Teoría General de la Responsabilidad Civil" Editorial Abeledo Perrot – Novena Edición – Buenos Aires, 1997 – p 543.

(55) (55) Ver Trigo Represas, Félix, "Libro homenaje al doctor Luis Andorno", ps. 341 y ss.

(56) (56) Ver Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil del escribano", Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1984, p. 23 y ss., § 9.

(57) (57) Ver Villalba Welsh, Alberto, "Naturaleza estructura y funciones de los colegios notariales argentinos", en "Los anales", t. III, La Plata, 1964, ps. 237, ss. y concls.

(58) (58) Ver Alterini, Jorge, en su voto "Quiroga R. v. Viale V." (ver C. Nac. Civ., sala C, ED 71-399).

(59) (59) Texto según ley 26733 (BO del 28/12/2011).

(60) (60) Es dable señalar que no existe una palabra precisa que se equipare a la expresión "escribano público" como funcionario público. La que más se aproxima es la que hemos seleccionado. A tal efecto, es dable recordar las siguientes palabras: "(...) Vamos a los aspectos de carácter descriptivo que encontramos en la novela XLIV o constitución XLV, cuyo texto se transcribe íntegramente en el apéndice I de esta obra. El párrafo primero del primer capítulo ubica la actividad en lugares llamados 'plaza', requiriendo que el tabelión estuviera presente desde el comienzo hasta la terminación el documento. La infracción implicaba sanción sumamente severa, al extremo de que si el tabelión no estaba presenta perdía el derecho a la 'plaza' —en latín 'statio'—, y era sustituido por aquel otro funcionario que estuvo presente y extendió el documento. (...) (...) Entendemos que la 'plaza' o 'statio' sería el lugar donde se ejercía la función notarial y que quien lo hacía era el tabelión, con posibilidades de delegar algunas tareas en colaboradores de jerarquía distinta, de la misma manera que ello cabe en los tiempos presentes (...)". (Ver Pondé, Eduardo B., "Origen e historia del notariado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, ps. 52/53).

(61) (61) Ver C. Civ., sala F, LL 146-174.

(62) (62) Al respecto entendemos muy ilustrativo un trabajo de María del Pilar Chavarría Arias titulado: "Naturaleza del notario público. ¿Es un funcionario público o no?" en el que se expresa: "(...) 3.1.4 Doctrina notarialista: se ubica y toma como suya la corriente funcionarista —es un funcionario público de carácter especial—. Esta doctrina encuentra su raíz en Francia (Artavia y Madrigal, 2002). El requisito de los ordenamientos que siguen esta doctrina es que tiene que haber una ley que lo establezca, tal es el caso de lo que ocurre en Colombia, donde existe una ley especial que indica específicamente que el notario es un funcionario público de carácter especial (...) " (sic) (el destacado nos pertenece). (Ver Chavarría Arias, María del Pilar, "Naturaleza del notario público. ¿Es un funcionario público o no?", Revista Rhombus,, vol. 3, nro. 8, enero-abril 2007). Como se verá, decíamos supra "...en el peor de los escenarios...", pues entendemos que no hay una ley especial, ni se verifican los requisitos de esta teoría en nuestro sistema jurídico, mas colegimos igualmente que éstos no son necesarios en nuestro sistema jurídico para concebirlo como un verdadero funcionario público.

(63) (63) En contra se pronuncia Enrique Díaz de Guijarro, diciendo: "(...) si se parte de la idea que los efectos de los actos celebrados son los que dan rango de público a la profesión... (...) se confunde el contenido de la función con la función misma. (...) Cuando el Estado atribuye el desempeño de la fe pública a los escribanos no designa representante sino que reglamente una profesión (...) el notariado es una profesional organizada especialmente (...)" (sic). (Ver Díaz de Guijarro, Enrique en "¿Son funcionarios públicos los escribanos?", cit., p. 260).

(64) (64) En contra se pronuncia Rafael Bielsa, diciendo: "(...) Hay, sin embargo, actividades profesionales de índole pública que, por eso mismo, han inducido al empleo de una terminología que causa cierta confusión sobre el carácter jurídico y legal de quienes la ejercen. Tal es la del notario o escribano público, que naturalmente no es funcionario público, salvo, claro está, que forme parte de la Administración Pública, como el 'escribano de gobierno'. Para que haya función pública son necesarios, además del vínculo jurídico del nombramiento, los caracteres virtuales que él genera: la relación de subordinación jerárquica; (...) el sueldo pagado pro el Estado, si bien no es elemento decisivo, es de regla, pues puede haber excepciones cuando la ley lo dispone (...)" (sic). (Ver Bielsa, Rafael, "Derecho administrativo", 4ª ed., t. II, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 56.

(65) (65) Ver Giménez Arnau, Enrique, "Derecho notarial", cit., p. 38.

(66) (66) Ver Neri, Argentino I., "Tratado teórico...", cit., t. I, ps. 489/490.