

**Nuevo derecho privado constitucionalizado:
Los tres valores que jerarquizan al documento notarial¹**

Sebastián Justo COSOLA

*“La razón de ser del notario es la verdad,
pero en definitiva debe contribuir a la realización de lo justo.
Sobre la verdad y la justicia ha de lograrse la utilidad²”*

A mis amigos fundadores de la inigualable Escuela de Dirigentes Notariales,
Néstor O. Pérez Lozano y Mariano Coll Mónico
y con ellos, a los colegas de la región NOA.
Por todo y por tanto, un solo agradecimiento no es suficiente...

Sumario: Palabras preliminares. La razón por la denominación de valores. Los valores que coexisten en el documento notarial. Primer Valor: Verdad (fe y fe pública). La fe notarial, la eficacia y las expectativas sociales. Las notas. Las fases. Función fundamental de la fe pública notarial. Segundo Valor: La Justicia. Relación de la justicia. Sus clases principales. Posición de Juan Berchmans Vallet de Goytisoló. Recapitulaciones esenciales. El notable desenvolvimiento de la justicia en sede notarial. Concreción de la justicia notarial en la práctica habitual: Los casos de documentación de la compraventa, la donación, el fideicomiso, el mandato y el derecho de vivienda. Observación de la elaboración notarial del derecho en la justicia conmutativa, distributiva y legal. Tercer Valor: La Seguridad (estática y dinámica). La seguridad jurídica y el derecho notarial. Objeto que debe tutelar la seguridad jurídica. Precisiones acerca de la seguridad jurídica. Recapitulaciones esenciales. Reflexiones en torno a la seguridad jurídica y el derecho notarial. El documento notarial: trascendencia y valoración.

¹ El presente ensayo es un resumen de los elementos argumentados para optar por el título de doctor en derecho por Universidad Austral de Argentina, la que actualmente ya finalizada, se encuentra en revisión.

² Miguel Ángel CIURO CALDANI, *Valores de la actividad notarial*, ob. cit., p. 14.

Palabras preliminares

En los nuevos tiempos del derecho privado constitucionalizado, el notario, verdadero jurista, tiene la impostergable tarea de adecuar definitivamente su opus habitual a las necesidades de la sociedad en la que vive y habita. Por ello su tarea necesariamente debe dejar de ser esencialmente documentadora, para ser creadora y protectora, y así sí, poder elaborar como resultado final de la dedicación a la elaboración notarial del derecho, un documento que fundado en tres valores indispensables del derecho alcance la plenitud de sus efectos. El presente ensayo es, como bien lo advierto, un esquema sencillo de presentación de una teoría mucho más amplia, que intenta demostrar que la fuerza cartular auténtica interna y externa del documento notarial tiene un valor especial, no sólo por la tradición jurídica, sino también porque desde todos aquellos institutos que dan fuerza y preeminencia a la cuestión publicitaria, es el documento el único que puede garantizar la convivencia de valores que históricamente desde lo jurídico, se encuentran enfrentados. La fe, la justicia y la seguridad jurídica conviven armónicamente en el documento, y su potenciación genera un cuarto valor trascendente y siempre deseado por la comunidad, que es la paz. Por ello este ensayo es únicamente una aproximación al tema; si el mismo genera inquietud, iremos analizando juntos los siguientes aspectos, peligros e inconvenientes a tener en cuenta a la hora de calificar notarialmente el moderno derecho que nos rige (Por ejemplo, la otra derivación de análisis de la fe pública, que abarca tanto a la certeza como a verdad).

Una última aclaración: La región notarial norte en general siempre ha sido enormemente generosa con mi persona. Y ha sabido despertar inquietudes en mí que fueron las bases y las fuentes de mis trabajos más queridos. En oportunidad de celebrarse las segundas jornadas de ética notarial del NEA en Resistencia en el año 2006 a la que concurrimos con mi padre y otros colegas del Consejo Consultivo de Ética, la revista La Pluma del Colegio Notarial de Chaco publicó en dos números (19 y 20/2006) un modesto ensayo que escribí para la ocasión, denominado “Ética notarial para expertos principiantes”. Los aportes posteriores, los cambios de opinión y las diversas sugerencias fueron determinantes para que pudiera enfocar más precisamente lo que pretendía dejar en claro al final de mi primer libro (siempre el más querido por mi) *los deberes éticos notariales*, que ya había escrito en el transcurso de la fantástica beca del Consejo General español durante el transcurso del año 2005 y parte del 2006, pero que no podía cerrar ciertas ideas relativas, bien lo recuerdo, a la cuestión de los deberes éticos notariales aplicados de cooperación, arancel, publicidad y gratitud. Luego de ese seminario maravilloso y de las sugerencias y debates allí planteados, pude cerrar esas ideas y el libro ya finalizado, entró a la editorial.

En esta oportunidad, a la región notarial NOA, entrego un esbozo de lo que pienso puede ser el inicio de una nueva conceptualización y comprensión del documento notarial. Éste aporte para nada desconoce los legados de los grandes maestros, y muy alejado esta de reconocer un documento notarial alejado de los parámetros con los que tanto la ley como la jurisprudencia así lo entienden. En esta oportunidad, el esfuerzo se encuentra dirigido a “descubrir” en el

documento ciertos valores trascendentes que lo vuelven un instituto más complejo pero esencial para el desarrollo de la vida en comunidad. La lectura fugaz del documento lo circunscribe únicamente a un elemento modelador de la cuestión legal; pero la lectura atenta y dirigida a ubicar primeramente los valores de fe (certeza + verdad), justicia y seguridad jurídica lo convierten en un instituto rector del derecho público y privado argentino.

De manera que resta augurar que este ensayo despierte las inquietudes de todos los colegas del NOA, y que además, genere el impacto deseado que es el intercambio de opiniones dentro de un marco de camaradería y amistad propia de los hombres y las mujeres de bien. Me siento absolutamente honrado y considerado al ser invitado a participar, por vez primera, con un escrito en el boletín informativo Güemes del Colegio de Escribanos de la Provincia de Salta, y por ello una vez más, mi enorme agradecimiento a todos los que hacen posible que mi pensamiento llegue a lugares tan queridos y tan valorados por mí. ¡Un enorme y gran abrazo a todos!

SJC (Cerrito Colorado) Ciudad de Junín, Buenos Aires, 7 de Mayo de 2017.

1.1. La razón por la denominación de valores

De la introducción que antecede para alcanzar la justificación de la trascendencia del documento, optaré por utilizar la palabra *valores*, plural de valor, para indicar cuáles son, en mi visión, los estándares o baluartes del *documento notarial* en la actualidad. ¿Por qué razón me inclino por ella y no por otras, quizás con mayor fuerza argumentativa en el tiempo presente, como la que refiere a los principios, al paradigma o a las virtudes? Precisamente porque lo que intento es conformar el auténtico documento notarial desde una teoría sólida que demuestre no solo su jerarquía, sino también su principio de rectoría sobre las demás instituciones del derecho civil, y sobre los demás medios técnicos de publicidad formal y material, en una posición de no confronte, sino de apoyo y de guía. Razón de ello es que no se trata de establecer órdenes de importancia –ya que las tres publicidades en funcionamiento *coherente* son importantes para el normal desarrollo del derecho- sino ordenes de jerarquía. La jerarquía puede estar dada por la mayor importancia, pero también por ser una determinada institución valorada desde su más absoluta objetividad e integridad, que es en definitiva lo que permite que sirva de modelo, de guía, en definitiva, que sea *rectora* frente a todas aquellas instituciones que le sean afines o correspondientes.

Los valores que coexisten en el documento notarial

Son tres: Verdad (fe), Justicia y Seguridad. Valores que desde la filosofía jurídica plantean notables conflictos históricos y permanentes, y sin embargo, en el documento notarial logran convivir sanamente ocupando cada uno el lugar que le es correspondiente. Porque la propia disciplina notarial los ubica desde polos diferentes, ampliamente necesarios, que hacen que los mismos no tengan otra alternativa que la convivencia pacífica y serena. Y porque además, están destinados a convivir porque precisamente son fundantes o esenciales el uno para con el otro.

El sostén teórico complementario que permite que los tres valores del documento puedan efectivamente conectarse en sana y pacífica convivencia, se compone entonces, de acuerdo a todo lo antedicho, de:

- a) La naturaleza de la *argumentación notarial del derecho*;
- b) El sistema de *responsabilidad notarial*, y
- c) La *sociología del derecho notarial*.

Primer Valor: Verdad (fe y fe pública)

Tuve ocasión de advertir en los *deberes éticos notariales* que la primera aproximación a la *fe pública* nos posiciona frente al análisis iusfilosófico del derecho, ya que nos dirigimos a considerar cualquier cuestión trascendente relacionada con las *creencias*³. En Argentina, *Neri* enseñaba la tesis general más aceptada entre el notariado que decía que *la más fundada y prevaleciente noción de fe –inspirada en la ética y la moral- es aquella que le atribuye el sentido de creencia*⁴.

Al notariado, como herramienta de trabajo cotidiano, la dación de fe pública le resulta absolutamente indispensable. No hay ejercicio del notariado latino sin el imperio de la dación de fe aplicada por el hombre. ¿Qué sentido tendría entonces la función meramente asesora, sino tuviera como parte esencial integrante la función de brindarle a ese asesoramiento -de buena fe- el carácter de indudable y preciso para la posteridad? Recordemos con esto que autores como *Couture* han sido por demás de elocuentes al considerar a la eficacia como aporte esencial que el notariado puede brindar a la comunidad a través de su actuación relacionada con el imperio de dar fe. Al considerar a la fe pública como *el tema notarial por antonomasia*⁵, no dejaba de advertir lo siguiente: “*El concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del derecho notarial*”⁶. Por ello es que en este ensayo, debe comprenderse la verdad en el sentido explicativo que ofrecía hace tiempo, el genial *Foucault*, cuando advertía que pueden existir cuatro significaciones sobre la noción misma de la verdad (*Alétheia*) y de lo verdadero (*Alethés*)⁷:

- a) Aquello que no está oculto ni disimulado; lo que es sincero y que no engaña;
- b) Aquello que no está mezclado ni alterado por un elemento que le sea ajeno⁸;
- c) Aquello que es recto, que tiene y alberga *rectitud*;
- d) Aquello que existe, que persiste en la identidad, la inmutabilidad y la incorruptibilidad, y que se mantiene más allá de todo cambio.

En este sentido, esas valoraciones que surgen de la verdad y de lo verdadero son aplicables a las maneras de ser, a las maneras de hacer, a las maneras de conducirse y a las formas de acción⁹.

³ Sebastián Justo COSOLA, *Los deberes éticos notariales*, ob. cit, p. 279 y ss.

⁴ Argentino I. NERI, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, T° I, ob. cit, p. 375.

⁵ Cfr. Eduardo J. COUTURE, *La fe pública notarial*, en Alberto VILLALBA WELSH y Daniel LARRIQUETA, *Temas de Derecho Notarial*, Publicación del Colegio de Escribanos de Mendoza, Buenos Aires, 1.948, p.15.

⁶ Eduardo J. COUTURE, *El concepto de fe pública*, ob. cit, p. 11.

⁷ Cfr. Michel FOUCAULT, *El coraje de la verdad*, FCE, Buenos Aires, 2.010, p. 232.

⁸ *Ibidem*, p. 233.

⁹ *Ibidem*.

La fe notarial, la eficacia y las expectativas sociales

Frente a las expectativas sociales, la fe no es más que un instrumento técnico profesional que entre tantos otros de importancia también notoria, sirven para garantizar la perdurabilidad, certeza, confianza y verdad contenida en un documento que de por sí, ya materialmente, transmite la seguridad jurídica con la sola exhibición. Es así entonces que la fe pública notarial se encuentra íntimamente relacionada con la cuestión de la eficacia del documento. Eficacia que se encuentra socialmente consolidada –nadie duda del contenido de la escritura- y que sirve para solidificar el argumento de paz jurídica. Si no hay errores y no hay dudas del contenido documental, es imposible que se genere un conflicto. Por ello es indispensable que el notario haga de la fe la mejor aplicación que le sea posible.

La eficacia jurídica es ciertamente considerada como un valor de indudable jerarquía, que en *dirección objetiva* y en última instancia pretende solidificar los efectos jurídicos de una determinada figura o institución¹⁰. También la eficacia jurídica presenta una *valoración subjetiva*, que ya es un tema de lo que yo he oportunamente denominado *sociología del derecho notarial* en el cuerpo del presente aporte, que vino a demostrar que siempre existe una valoración social general sobre los documentos en sus diversas especies, y en lo que a este estudio importa, sobre los *documentos notariales*¹¹.

Las notas

Es Rafael Núñez Lagos quien entre nosotros plantea la primera referencia a las *notas*¹² y a las *fases*¹³ de la *fe pública*. Similar orientación siguen los autores en general a partir de los aportes del recordado maestro español. En nuestro país, la última obra notarial de *Etchegaray* brinda relevante tratamiento a las enseñanzas mencionadas, lo que implica considerar no solo la importancia, sino la llamativa actualidad de los conceptos mencionados¹⁴.

Las *notas* de la fe pública –también denominadas *caracteres*- son la *exactitud* y la *integridad*.

¹⁰ Cfr. Antonio RODRIGUEZ ADRADOS, *Fe pública*, Escritos Jurídicos, T° II, CGN, Madrid, 1.996, p. 175.

¹¹ *Ibidem*. Dice el autor: “La misma palabra “fe” tiene evidentes resonancias éticas y religiosas, y la “confianza pública” de los ciudadanos en general –sin la cual, a la larga, un determinado tipo de documento público no podría subsistir-, es la parte de verdad que hay en la tradicional dirección subjetiva que, desde el punto de vista del destinatario del documento, concibe la fe pública como “creencia”-creer lo que no vimos- de las personas que pudieran venir afectadas por el documento; y mas erróneo sería, tomando en otro sentido el adjetivo pública, el pensar que aquella creencia pudiera ser impuesta por la autoridad pública”.

¹² Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe Pública*, en Sebastián Justo COSOLA (Comp/Est. Prel.), Colección Biblioteca Notarial n° 3, Lima, 2.013, p. 294.

¹³ *Ibidem*, p. 272 y ss.

¹⁴ Natalio Pedro ETCHEGARAY y Vanina Leila CAPURRO, *Derecho notarial aplicado*, ob. cit, p. 30 y ss.

La *exactitud* es el hecho histórico en tiempo presente, la imagen en su actualidad, la total adecuación de la narración al hecho (identidad entre el *actum* y el *dictum*)¹⁵. La misma se da en una *dimensión acto* (referida a la duración del acto solemne y funcionarista) y en la *dimensión papel* (referida a la mencionada adecuación de la narración al hecho que acontece)¹⁶. Los efectos de la exactitud se dan *erga omnes*, porque la fe pública es absoluta, no ocurre únicamente *inter partes*, aunque el instrumento público no se presume conocido por todos y no genere de por sí, fuerza obligatoria en las personas ajenas a su celebración, que podrán alegar la ignorancia excusable. Sin embargo, el que tiene posibilidad de conocer el documento no puede negarle la fuerza probatoria¹⁷.

La *integridad* en cambio, es la exactitud proyectada hacia el futuro¹⁸, porque la narración plasmada en el documento fija un tiempo y un lugar determinadores de la fuerza probatoria de los que no supieron o no advirtieron su creación¹⁹. Dicen los autores que la integridad es la estatua o la piedra inmóvil de la fe pública²⁰. Y del presente análisis surgen los primeros tratamientos del documento como producto corporal, contenedor en su seno de *valoraciones oficiales*, referidas a los hechos o menciones auténticas que expresan actos propios del escribano o de actos ajenos pero que ocurren frente al mismo, y las *valoraciones testimoniales*, en referencia a las declaraciones de las partes²¹. Comúnmente la doctrina nacional da curso al tratamiento de esta temática al considerar las *manifestaciones auténticas* y las manifestaciones *autenticadas* en el *documento notarial*, en versión omnicompreensiva de esos y de muchos otros conceptos escriturales de relevancia²².

¹⁵ *Ibidem*. También en Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit, p. 294. Agregan los autores que la exactitud puede ser de dos clases: a) Natural, referida a la narración completa de un hecho que ocurre en determinados límites de tiempo, esto es, unidad de acto o tiempo de presencia funcionarista, y b) Funcional, ceñida a un hecho determinado que interesa al asunto, como las circunstancias de determinado acto o una inscripción. Es el hecho o acto que ocurre frente a la presencia del funcionario, que es lo que se conoce como unidad de acto.

¹⁶ Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit, ps. 294-295.

¹⁷ *Ibidem*, p. 296.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Natalio Pedro ETCHEGARAY y Vanina Leila CAPURRO, *Derecho notarial aplicado*, ob. cit. p. 30.

²⁰ *Ibidem*, p. 31; Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit, p. 296.

²¹ Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit., p. 297 y ss.

²² Pablo Alejandro CARRICA, *Derecho documental (instrumentos públicos, privados y particulares)*, ob. cit, p. 51.

Las fases

Las fases –o requisitos- de la fe pública están dirigidas al documento notarial²³. Las mismas son el medio para dar a las constancias allí contenidas la fe pública correspondiente en virtud de haberse cumplido ciertos pasos de manera armónica, coetánea y sucesiva en la conformación de las declaraciones y hechos que se vierten en su mismo seno²⁴. Así, existen:

- a) Una fase de *evidencia*, que comienza por afirmar que el autor del documento no tiene acto de fe, sino de conocimiento directo. Del autor la fe dimana hacia el destinatario, ya que el mismo recibe el acto y da fe de él. Consecuentemente *el destinatario no recibe el acto sino la fe*²⁵.
- b) Una fase de *solemnidad*, que implica que el acto debe reunir las solemnidades exigidas por la ley para adquirir fe pública; es el *rigor formal de la fe pública*²⁶.
- c) Una fase de *objetivación*, referida a que el hecho percibido debe *objetivarse*: la *dimensión acto* debe alcanzar la objetivación en la *dimensión papel*. Se emancipa la fe pública de su autor, y alcanza corporalidad a través de la fe escrita, en relación con los supuestos de grafía que hemos ya analizado, destinada a permanecer como hecho o documento auténtico²⁷.
- d) Una fase de *coetaneidad*: las tres fases anteriores deben ocurrir al mismo tiempo, dando lugar a la *unidad de acto*²⁸ o *unidad de acto formal*²⁹.

Función fundamental de la fe pública notarial

Tal cual expresara *Giménez Arnau*, la fe pública notarial tiene una enorme misión preventiva de *profilaxis jurídica*³⁰. Función de preparación y elaboración de la prueba preconstituída es lo que caracteriza a la fe pública notarial³¹, dándole al concepto de autenticidad su máxima expresión de valoración. Por cuanto lo auténtico se relaciona con la exactitud y la verdad, la *autenticidad jurídica* es una virtud que el legislador otorga al documento notarial una vez firmado y sellado

²³ Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit., p. 272.

²⁴ Natalio Pedro ETCHEGARAY y Vanina Leila CAPURRO, *Derecho notarial aplicado*, ob. cit. p. 31.

²⁵ *Ibidem*; Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit., p. 272.

²⁶ Natalio Pedro ETCHEGARAY y Vanina Leila CAPURRO, *Derecho notarial aplicado*, ob. cit. p. 31; Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit., p. 273.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Rafael NUÑEZ LAGOS, *Fe pública*, ob. cit., p. 274.

²⁹ Natalio Pedro ETCHEGARAY y Vanina Leila CAPURRO, *Derecho notarial aplicado*, ob. cit. p. 32.

³⁰ Enrique GIMENEZ ARNAU, *Derecho notarial español*, Vol. I, ob. cit., p. 39.

³¹ *Ibidem*, p. 40.

por el notario, investido de facultades especiales, que imprime al mismo con una gran presunción de equidad y de efectos ejecutivos³².

Segundo Valor: La Justicia

Cierto es que la justicia puede presentar un concepto determinado que siempre estará relacionado con los fines que ésta presente o persiga, por lo tanto, los resultados a los que se arribe serán total o parcialmente diferentes si se la invoca desde el positivismo, y dentro del mismo, dentro de todas sus vertientes; o desde el iusnaturalismo y sus múltiples teorías; o desde la escuela crítica, y de todas las escuelas que encuentren reposo en alguna de las tradicionales o tan siquiera tomando de ellas elementos fundantes, como el realismo jurídico escandinavo, la jurisprudencia de conceptos o el mismo tridimensionalismo, solo por citar un puñado de ejemplos probables y posibles de argumentación suficiente. Todo esto sin dejar de tener en cuenta además, que el propio concepto o sentido del término *justo*, como bien lo señala Ricoeur, es un adjetivo que puede aplicarse tanto a las personas, los actos y las instituciones, como al nivel en donde se forma el *acto de juzgar*³³. En efecto, los términos *justo*, *jurídico* y *justicia* están relacionados de una manera especial dentro del saber de los juristas, aunque no sean voces unívocas, aunque puedan ser utilizadas en ámbitos cercanos o alejados del derecho, y aunque permitan establecer ciertas orientaciones en razón de las perspectivas que se persigan al utilizarlas indistintamente³⁴. De esta manera llego a este punto de tratamiento, ya sabiendo mi propio criterio, que terminará por decir en el *documento notarial, lo que antecede, lo que es y lo que comprende lo justo*.

Mucho más cerca en el tiempo, *John Rawls*, de ineludible cita, posiciona la idea principal de su teoría de la justicia afirmando que los principios que la inspiran son los que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían *en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación*³⁵. El objeto primario de la justicia entonces es para el autor la estructura básica de la sociedad³⁶, o también y más precisamente, *el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social*³⁷. Algún tiempo después de estas notables afirmaciones, *Robert Alexy* insistirá en que los principios de justicia de *Rawls* no son más que un intento por establecer una relación entre

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. Paul RICOEUR, *Lo justo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.997, p. 26.

³⁴ Cfr. Félix Adolfo LAMAS, *La experiencia jurídica*, IEF-Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1.991, págs. 325 y ss (TD).

³⁵ Cfr. John RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2.012, p. 24.

³⁶ *Ibidem*, p. 20.

³⁷ *Ibidem*.

*libertad e igualdad*³⁸. John Finnis se refiere a la exigencia de la justicia desde la exigencia de la *razonabilidad práctica*³⁹. Recordemos que la *filosofía práctica* pretende retomar, en explicación de Massini, la tradición clásica según la cual los fines y valores del obrar deben ser susceptibles de un conocimiento y de un control racional⁴⁰. La razón humana, comenta Vigo, es una sola y la verdad siempre es adecuación a lo real⁴¹. Funciona como teoría y como práctica. Como teoría, se propone únicamente la contemplación de la verdad, y se aplica a las cosas que se ofrecen con la sola finalidad de la contemplación de lo real. Como práctica, la razón aprehende la verdad para dirigir una determinada acción del hombre, no es contemplar lo real, sino transformar lo real⁴², por cuanto “*el conocimiento práctico presupone el conocimiento teórico que lo funda y sobre el cual se apoya*”⁴³. Por ello es que Vallet afirma que la *razón teórica, pura o especulativa* parte de algunos principios conocidos *a priori* que permiten deducir conclusiones lógicamente consecuentes, mientras que la *razón práctica* se refiere a los principios *a priori* de *la acción*, de donde surge que no son nuestras ideas las que deben adecuarse a las cosas, sino las cosas a nuestras ideas⁴⁴.

Por otra parte, Michel Villey comienza por decir que la definición más tradicional del mundo occidental, por segura asociación, es la que dice que *el arte del derecho se ordena a la justicia*⁴⁵. Sin embargo, el profesor francés advierte que la noción tradicional de justicia se encuentra influenciada por el idealismo⁴⁶, que reduce la filosofía a la razón pura objetiva, y que por esa razón, hay una imperiosa necesidad de vuelta a las fuentes⁴⁷. En esas fuentes, considera a *Aristóteles* como el fundador de la filosofía del derecho⁴⁸. Enseña que en el sistema *aristotélico* las leyes que forman el armazón de la justicia general se relacionan y afectan al derecho, pero

³⁸ Cfr. Roberto ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos BERNAL PULIDO, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2.008, p. 482.

³⁹ Cfr. John FINNIS, *Ley Natural y derechos naturales*, trad. Cristobal ORREGO SANCHEZ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.000, p. 191.

⁴⁰ Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, tº I, LexisNexis, Buenos Aires, 2.005, p. 21.

⁴¹ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.008, p. 29.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Mas sobre temas de hoy*, Publicaciones de la Editorial Speiro, Madrid, 1.979, p. 4.

⁴⁵ Cfr. Michel VILLEY, *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1.979, p. 67.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 68. Refiere el autor: “*Es verdad que los positivistas no han conseguido todavía suprimir la palabra justicia de nuestro vocabulario. De hecho, su uso es todavía bastante frecuente, aunque mucho más en los discursos de los políticos, en los grandes periódicos y en los sermones de los clérigos progresistas que en los tratados de derecho civil*”.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 71.

no son el derecho⁴⁹. A través del análisis del lenguaje griego, advierte que el derecho es un objeto, y si es un medio, será un justo medio objetivo en las cosas: “*Es, por ejemplo, mi parte de impuestos sobre la renta, que yo debo pagar o que he pagado, y que no debe ser ni excesiva ni insuficiente*”⁵⁰. La misión del derecho no es que el individuo sea justo, ni la de regular su conducta: “*Nada le importa al jurista que subjetivamente yo sea honesto y lleno de buenas intenciones hacia las finanzas públicas; únicamente le importa que pague mi impuesto; y todavía con más precisión (ahí reside la misión de la ciencia del derecho): le importa definir la parte del impuesto que me corresponde pagar*”⁵¹. De esta manera, la idea del derecho emerge de la idea de justicia, pero con Aristóteles el derecho conquista su autonomía⁵².

Sin lugar a dudas pueden destacarse en sintonía y desarrollo notables, las obras desarrolladas por Amartya Sen⁵³, Tomás Casares⁵⁴, Carlos Massini Correas⁵⁵, Rodolfo Vigo⁵⁶, Alfredo Colmo⁵⁷, Jorge Portela⁵⁸, Javier Hervada⁵⁹, Luis García Soto⁶⁰ y Alfredo Palacios⁶¹ entre tantísimos otros.

Relación de la justicia. Sus clases principales

Es relación de justicia o relación jurídica la que existe entre dos o más personas en razón de sus respectivos derechos o cosas que les pertenecen⁶². Ya prevista entonces la igualdad propia de lo justo –igualdad entre lo debido y lo dado⁶³–, la relación de justicia plantea como situación de propia existencia que los sujetos sean *iguales*, en una igualdad que permita *satisfacer la deuda*⁶⁴. Finalmente, importa destacar que existe una nota de alteridad en la relación de justicia, *que parte de siempre suponer la distinción entre los sujetos*, y que por tanto, indica que se requiere de dos o más personas en distinta y complementaria posición (se necesitan tanto

⁴⁹ Ídem, p. 76.

⁵⁰ Ibídem, p. 86.

⁵¹ Ibídem, p. 87.

⁵² Ibídem.

⁵³ Cfr. Amartya SEN, *La idea de la justicia*, trad. Hernando VALENCIA VILLA, Taurus, Madrid, 2.010.

⁵⁴ Cfr. Tomás D. CASARES, *La justicia y el derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.997.

⁵⁵ Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, tº II, LexisNexis, Buenos Aires, 2.005.

⁵⁶ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.983.

⁵⁷ Cfr. Alfredo COLMO, *La justicia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.957.

⁵⁸ Cfr. Jorge Guillermo PORTELA, *La justicia y el derecho natural*, Arequipa, 2.006.

⁵⁹ Cfr. Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2.007.

⁶⁰ Cfr. Luis GARCIA SOTO, *Teoría de la justicia e idea del derecho en Aristóteles* (TD), Marcial Pons, Madrid, 2.011.

⁶¹ Cfr. Alfredo L. PALACIOS, *La justicia social*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1.954.

⁶² Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit., p. 50.

⁶³ Ibídem, p. 52.

⁶⁴ Ibídem, p. 51.

acreedores como deudores)⁶⁵. La relación de justicia es, ante todo, una relación del deudor hacia el acreedor⁶⁶. El derecho en sentido estricto, dirá *Vigo*, requiere que el otro sea absolutamente distinto, independiente y *sin subordinación para con el sujeto a quien se dirige la exigencia de la justicia*⁶⁷. De esta manera, no cabe la justicia en los casos en donde los sujetos comprendidos en la relación no tienen ni la independencia ni las distinciones señaladas (por ejemplo la relación entre esposos o entre padres e hijos, aunque se permita diferenciar, según *Pieper*, la justicia del amor como virtud⁶⁸).

La determinación de los deberes y derechos de las personas comprometidas en la relación de justicia corresponde, según *Hervada*, al *arte del derecho*⁶⁹. En sintonía, el tratamiento que realiza *Carnelutti* del *arte del derecho* también resulta esclarecedor⁷⁰. A esto agrega *Vallet* que en las relaciones jurídicas los principios y las normas actúan *a posteriori*, en primer lugar para efectuar la determinada calificación jurídica, para seguidamente poder configurarlas o rectificarlas con *el objetivo jurídico de cuidar a la justicia*⁷¹. En la consideración *valletiana*, la estructura básica de toda relación jurídica contempla una relación de vida (hombres, corporaciones, etc)⁷², una posición de cada sujeto en la relación jurídica, el objeto o contenido de la relación, una consideración como justa o injusta de la relación de que se trate, una tipificación de la misma según clase y especie, una determinada relación jurídica y el acaecimiento de efectos jurídicos⁷³.

La determinación de los derechos y deberes aludidos depende de los tres tipos de relaciones de justicia conocidos desde *Aristóteles*⁷⁴ y considerados en su total esplendor *desde Santo Tomas de Aquino*⁷⁵ – tomando una clasificación que sirve al presente trabajo-, en donde la *deuda* adquiere distintas características y el derecho presenta rasgos diferentes⁷⁶:

⁶⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁶⁷ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.983, p. 71.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit, p. 53.

⁷⁰ Cfr. Francesco CARNELUTTI, *Arte del derecho. Metodología del derecho*, El Foro, Buenos Aires, 2.006, p. 13 y ss.

⁷¹ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica. Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, tº IV, CGN, Madrid, 2.004, p. 66.

⁷² *Ibidem*, p. 67.

⁷³ *Ibidem*, p. 68.

⁷⁴ Cfr. ARISTÓTELES, *Obras completas*, IV tomos, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1.967.

⁷⁵ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica. La prudencia, la justicia y el derecho*, tº XI, Club de Lectores, Buenos Aires, 1.987, p. 116 y ss.

⁷⁶ Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit, p. 53.

- a) *Justicia conmutativa*, referida a lo debido entre personas -físicas y morales⁷⁷;
- b) *Justicia distributiva*, referida a lo debido por la colectividad al individuo⁷⁸;
- c) *Justicia legal*, referente a lo debido por el individuo a la colectividad⁷⁹.

Sobre esto, enseña Vallet que conforme con Aristóteles, hay una *justicia general* y unas formas de *justicia particular*⁸⁰. La *justicia general* explica porque no puede reducirse la justicia a un simple valor entre tantos otros, mientras que las formas particulares de justicia se encuentran representadas por la *justicia conmutativa*, que en proporción aritmética regula las relaciones individuales de una parte con la otra, y la *justicia distributiva* que por otro lado en proporción geométrica, viene a regular la relación del todo con las partes en la distribución de los bienes y de las cargas comunes⁸¹. Ambas son las más elementales ordenaciones del bien común⁸², porque la justicia general es la que proporciona la más ardua ordenación en su recto sentido, que es menos matemática, y más difícil de manejar: el *bien común*⁸³.

En el primer supuesto de *justicia conmutativa*, la relación de deuda surge por el intercambio de bienes o por apoderamiento de los bienes del otro⁸⁴. Entran en esto supuesto la acción de intercambio de cosas (Compraventa, arrendamiento); la acción de traslación de una cosa (comodato, depósito) y el respecto al derecho ajeno (si no hay respeto, se genera un daño que genera restitución y compensación)⁸⁵. Lo justo se mide aquí mediante la igualdad *aritmética*, medida que depende de la identidad o cualidad y valor de las cosas⁸⁶. En definitiva, lo que se exige es la igualdad de la *contraprestación*⁸⁷. Estamos en presencia de una justicia igualitaria que no mide lo justo en razón de las personas, sino de las cosas⁸⁸. La medida de lo justo es la perfecta y justa igualdad, una *igualdad real*⁸⁹. Aun así, la igualdad absoluta de las cosas reconoce su base en la igualdad de las personas, porque toda persona se presenta ante otra según “su nuda condición de

⁷⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁰ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, Sala Editorial, Madrid, 1.973, p. 15.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ídem*, p. 16.

⁸⁴ Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit, p. 54.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Jorge Guillermo PORTELA, *La justicia y el derecho natural*, ob. cit., p. 27.

⁸⁸ Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit, p. 54.

⁸⁹ *Ibidem*.

*sujeto o titular de derecho, condición que es exactamente igual a todos*⁹⁰. La justicia conmutativa entre personas presenta las conmutaciones o intercambios como sus actos principales⁹¹.

Debe advertirse además, que si bien la forma más típica de justicia conmutativa es el contrato, cierto es que al referirse a la relación de un individuo para con otro individuo, los términos de esa relación muchas veces sobrepasan los referidos al contrato. En virtud de ello es que algunos autores amplían los supuestos a la fidelidad entre los esposos, o las relaciones amicales de los hombres entre sí⁹².

Fuera del análisis anterior, la vida social comprende el desarrollo de colectividad siendo sus máximas expresiones el *Estado* y la comunidad internacional, y de ahí que existan dos tipos de justicia que regulen las relaciones que en la comunidad de produzcan.

La justicia *distributiva*, entonces, apunta a la relación de la sociedad con el individuo, en donde también se mantienen las relaciones de alteridad⁹³. Supuesta la alteridad, dice *Hervada*, la relación de justicia se originará si algo de la sociedad es derecho del individuo⁹⁴. La relación de justicia aparece allí donde lo colectivo se reparte entre sus miembros, *en una distribución de lo común entre los individuos*⁹⁵: “*la justicia en la distribución reside, pues, en el paso a la esfera particular de lo que pertenece a la esfera colectiva*⁹⁶”, o sea, de una distribución de bienes y cargas comunes a los individuos que conforman la comunidad. En las distribuciones solo *hay título al reparto justo*⁹⁷. La cosa es de la colectividad hasta que efectivamente se reparte al individuo; antes que ello, este último solo tiene la destinación de los bienes y cargas que se repartirán entre los diferentes componentes, radicando su *derecho*⁹⁸, principalmente, en el trato a recibir como destinatario la mencionada *distribución*⁹⁹. En este tipo distributivo, lo justo se tendrá en cuenta de acuerdo a la posición que cada uno tenga respecto de la finalidad colectiva. La igualdad entonces, reside en la *proporción*, tratándose igual a los miembros de la colectividad cuando se los considera de modo proporcional a su posición relativa a los fines que se ha proyectado la colectividad¹⁰⁰. La igualdad en la justicia distributiva reside en la proporción entre las cosas y las personas, a diferencia de la justicia

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*, p. 55.

⁹² Jorge Guillermo PORTELA, *La justicia y el derecho natural*, ob. cit., p. 28.

⁹³ *Ibíd.*, p. 56.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 57.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 58. Dice el autor: “*¿Por qué el trato a recibir es un derecho? Porque como miembro que es participa del ser total de la colectividad y, por lo tanto, la colectividad vive por él; participa, pues, de los bienes y de las cargas de la colectividad según su condición de miembro. Estos le están destinados*”.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 57.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 58.

conmutativa, que solo postula una igualdad en las cosas¹⁰¹. Por ello es que se dice que, en resumen, esta fórmula puede resumir lo antedicho: “a cada cual según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades¹⁰². Hay en esta consideración una igualdad geométrica, que ha resultado un verdadero laberinto de interpretaciones¹⁰³.

Finalmente, la *justicia legal* o *general* viene a hacer referencia a la posición de deuda del individuo hacia la comunidad, ya que los mismos también tienen con la colectividad un deber de justicia. Así, a la colectividad le corresponde un bien, el bien común colectivo, para alcanzar la finalidad a la que esencialmente esta ordenada (unión para alcanzar los fines)¹⁰⁴. Es el bien común el derecho de la comunidad frente a sus componentes y también es correlativamente la deuda que ellos tienen con la colectividad¹⁰⁵. El objeto del bien común, de donde hace emerger la deuda a su favor, es aquello que desde la colectividad se presenta como una *obligación estricta*¹⁰⁶. Más precisamente que ello, puede decirse que el objeto formal de la justicia general o legal es *la ordenación al bien común*¹⁰⁷. Precisamente es lo que señalan las leyes, y de ahí que estemos considerando el tipo de justicia legal. Las leyes son *ordenaciones imperativas en función del bien común*¹⁰⁸, y por ello, el individuo debe cumplir las leyes en procura de su relación con la colectividad. En este último caso, la igualdad existe entre lo ordenado por las leyes y lo efectivamente cumplido por el individuo¹⁰⁹. En la letra del propio *Aristóteles*: “Las leyes, siempre que estatuyen algo, tienen por objeto favorecer el interés general de todos los ciudadanos...¹¹⁰”. La *justicia general*, enseña *Vallet*, ordena a su fin a las demás virtudes cardinales: prudencia, justicia (particular), fortaleza y templanza¹¹¹.

La mención a la *teoría aristotélica de la justicia* resulta esencial en estos tiempos, porque como dice *Massini*, la misma viene cobrando inusitada actualidad, a través de la instauración de teorías fundadas en el estagirita de varios autores contemporáneos que cuestionan, de las corrientes que se alejan de las concepciones clásicas de la justicia olvidando, entre otras cosas, sus dimensiones virtuosas¹¹². Por ello, algunos de esos alcances específicos de las clases de

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, tº II, ob. cit., p. 31.

¹⁰⁴ Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit, p. 63.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Jorge Guillermo PORTELA, *La justicia y el derecho natural*, ob. cit., p. 33.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 64.

¹¹⁰ ARISTÓTELES, *Obras completas*, tº I, ob. cit., p. 135.

¹¹¹ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, Organización Sala Editorial, Madrid, 1.973, p. 111.

¹¹² Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, tº II, ob. cit., p. 24.

justicia mencionadas pueden estudiarse en la obra ya referida de *Finnis*, más cercana a la realidad que impone una actualización de conceptos cercanos a la *razonabilidad práctica*¹¹³.

Posición de Juan Berchmans Vallet de Goytisoló

Juan Vallet de Goytisoló entiende que el derecho centro su atención en la *norma legal* desde principios del siglo XIX hasta finalizada la segunda guerra mundial¹¹⁴. Desde allí hasta los tiempos actuales, ha vuelto la justicia a ocupar la médula del concepto del derecho¹¹⁵. En nuestro país, *Rodolfo Vigo*¹¹⁶ y *Carlos Massini Correas*¹¹⁷ concuerdan con estas apreciaciones y de ellos, es el profesor mendocino quien describe que las causas de la crisis del positivismo jurídico obedecen, en definitiva, a cuatro razones, que se fundamentan desde naturalezas epistémicas, científicas, éticas y temporales¹¹⁸.

También con *Vallet* recordamos que existen *tres grandes grupos* de clasificaciones en torno a las definiciones del derecho: aquellas que se centran en torno de la *norma*, las que posicionan su *reconocimiento y aplicación efectiva en la vida social*, y las que lo ubican acorde con la *justicia*¹¹⁹. Posicionados como pretendo en la última opción, el problema de la justicia es ponerse de acuerdo acerca de lo que verdaderamente ella es¹²⁰. Así, la misma se encuentra contenida dentro de conceptos puramente formales, o es representada como un sentimiento, o como una virtud, como una idea, como un valor o como una realidad esencial¹²¹. Enseña *Vallet* que para descubrir a la justicia no queda otra alternativa que recurrir e interrogar a la naturaleza, para ver si es posible *descubrir el orden objetivo (jurídico) que ella encierra*¹²². Sin naturaleza, no puede existir la justicia¹²³, pues solo la naturaleza puede suministrar respuestas sustanciales a las preguntas de los juristas¹²⁴. Para conocer la naturaleza¹²⁵, es indispensable el conocimiento de las causas finales

¹¹³ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, ob. cit, p. 191 y ss.

¹¹⁴ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, Sala Editorial, Madrid, 1.973, p. 70. Corresponde al ensayo titulado *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 73.

¹¹⁶ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.008, p. 10.

¹¹⁷ Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, tº I, ob. cit., p. 20.

¹¹⁸ Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires, págs. 15-16.

¹¹⁹ Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, ob. cit, p. 66-67.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹²¹ *Ibidem*, p. 73-74.

¹²² *Ídem*, p. 84.

¹²³ *Ibidem*, p. 85.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 86.

¹²⁵ *Ídem*, p. 29. Corresponde al ensayo titulado *Controversias en torno al derecho natural*.

(el fin como causa es aquello por lo que algo se hace¹²⁶) y la ayuda de las causas formales (lo que en cada ente especifica o determina la manera de ser del mismo, es el determinante intrínseco del ser¹²⁷). Una visión finalista de la naturaleza comporta la pauta del bien común¹²⁸.

El orden de la naturaleza es *dinámico*¹²⁹, y nada tiene de estático el derecho natural en su concepción clásica¹³⁰. El orden natural no excluye la acción del hombre, salvo si la misma fuera en contra de la naturaleza y pudiera generar desorden o crear artificios¹³¹ que pongan en riesgo su estabilidad¹³². Toda actuación humana conforme al orden dinámico y progresivo de la naturaleza es natural¹³³, y la libertad del hombre que se viera empobrecida por sus errores o limitada por sus pasiones puede optar por el desorden, pero deberá el hombre abstenerse a las consecuencias¹³⁴. Desde las ciencias naturales se dice que el hombre puede dominar a la naturaleza *obedeciéndola*. Pienso Vallet que lo mismo puede decirse en el campo social, político y jurídico¹³⁵. La visión clásica del universo no examina al hombre aislado sino formando parte de la sociedad¹³⁶. Así, se recibe un sistema de cuerpos intermedios que se desarrolla de abajo hacia arriba, como las plantas, que permite que se armonice lo múltiple con lo uno en su realidad concreta¹³⁷, y que se enfrenta a la sociedad de masas, formada por individuos desarraigados, manejada por el Estado desde una organización burocrática centralizante, mecanizada y tecnocrática¹³⁸. “He aquí cara a cara -

¹²⁶ Rodolfo Luis VIGO, *Las causas del derecho*, ob. cit., p. 73.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 155.

¹²⁸ Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Controversias en torno al derecho natural*, ob. cit., p. 30.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹³⁰ *Ídem*, p. 32.

¹³¹ *Ibidem*, p. 35.

¹³² *Ibidem*, p. 36.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 38. Dice Vallet: “Se ha dicho que el hombre puede dominar la naturaleza, obedeciéndola. Así se ha progresado en las ciencias naturales. Pero se ha olvidado la aplicación de ese principio, de modo general, a las ciencias morales y sociales, y casi nunca ha sido enfocado en su total plenitud, ni con la debida perspectiva histórica, desde el pasado y hacia el futuro. Efectivamente, las ciencias aplicadas tienen muy en cuenta para sus realizaciones las leyes naturales de la física, la química, la biología, etc. Podemos decir que la libertad del hombre para volar, construir, sembrar y recolectar se mueve dentro de dichas leyes. El hombre puede vencer la ley de la gravedad ayudándose de las otras leyes físicas. Solo puede arrojarse desde lo alto, sin estrellarse, después de descubrir el paracaídas y utilizándolo. Sólo puede volar apoyándose en las leyes naturales; no puede hacerlo contra la naturaleza. Es que ¿acaso ocurre de modo totalmente diverso en las leyes morales y políticas?...Creemos que lo mismo podemos decir en el campo social, político y jurídico”.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 41. Forma parte en la sociedad en la que naturalmente se halla inserto o en aquellas a las que se une espontáneamente.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

*comenta Vallet- de una parte, la organización realista, arraigada, biológica, y de otra, la planificada, impuesta desde el poder, idealista, tecnificada y mecanizada*¹³⁹”.

Si el orden natural humano se compone de una serie de cuerpos intermedios, conformes al mismo y cada uno desde sus respectivas competencias, se alcanzará una adecuada autonomía jurídica tal que las familias y las comunidades locales y profesionales puedan ser creadoras de costumbres y así, lograr que el pueblo sea una comunidad viva¹⁴⁰. De esta forma, la función de *Estado* se reducirá a *vigilar el respeto y la salvaguardia del orden natural, corregir las conclusiones desacertadas, dar estabilidad y fijeza a las normas de carácter general, resolver lo que no resuelvan las instancias inferiores y verificar las determinaciones que el orden exija*¹⁴¹.

La justicia no puede ser el sueño de un ideal irrealizable¹⁴², y se ejercita en la tierra y no en el más allá de una comunidad mística: “*Lo justo no puede ser lo imposible ni las calendas griegas. Lo justo no es el mundo tal como debiera ser, sino el acto que aquí mismo debo yo cumplir*”¹⁴³. Del orden natural deriva un orden de lo justo, denominado derecho natural, que como justo, debe ser exigible coactivamente en caso que no sea cumplido voluntariamente¹⁴⁴. El orden natural justo condiciona entonces por una parte, la legitimidad del derecho positivo “*en cuanto constata la justicia de sus conclusiones y la adecuación y oportunidad de sus determinaciones, y, por otra parte, subsume y hace suyas las convenientes determinaciones adecuadas por el derecho positivo*”¹⁴⁵. En definitiva, hay una comprensión de lo *justo natural* (lo que no puede ser sino como es de acuerdo al derecho natural) y de lo *justo positivo*, que puede ser del modo en que la ley lo establezca, como la dirección de la marcha del tránsito, y desde que la ley lo establece, comienza a obligar como justo por naturaleza, en orden al principio de convivencia relevante para establecer el imperio de la justicia¹⁴⁶.

Unas últimas dos consideraciones acerca de algunas fuentes relevantes en la obra del jurista hispánico. *Vallet* adscribe a posiciones de autores como *Biondo Biondi*, que suscriben la idea que adoptar una postura existencialista implica reconocer que la ciencia jurídica contemporánea ha equivocado su camino¹⁴⁷. Las fuentes del derecho deben encontrarse, según el autor, en el derecho romano que fueron quienes fijaron objeto, método y fines de la ciencia¹⁴⁸, en donde sobresale la celeberrima enunciación de *Celso* cuando enseña que *ius est ars boni et*

¹³⁹ *Ibídem*, p. 41-42.

¹⁴⁰ *Ibídem*, p. 43.

¹⁴¹ *Ibídem*, p. 44.

¹⁴² *Ídem*, p. 93.

¹⁴³ *Ibídem*.

¹⁴⁴ *Ídem*, p. 164.

¹⁴⁵ *Ibídem*.

¹⁴⁶ Cfr. Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte General*, T° I, La Ley, Buenos Aires, 2.008, p. 14.

¹⁴⁷ Cfr. Biondo BIONDI, *La ciencia del derecho como arte de lo justo*, AAMN, t° IX, IER, Madrid, 1.957, p. 327.

¹⁴⁸ *Ibídem*, p. 330.

*aequi*¹⁴⁹. “La ciencia del derecho –afirma Biondi- no es más que el sistema o arte de la justicia; la misión del jurista no es otra que la búsqueda de lo justo, sea en la aplicación, sea en la formación del derecho¹⁵⁰”. Es el jurista quien tiene que admitir que la ciencia del derecho presupone la aplicación de un desarrollo del derecho que se dirige hacia la justicia¹⁵¹. El jurista actual conoce las cosas humanas y las cosas divinas, no como objeto del conocimiento, sino en función de su misión, por ello es necesario que posea la suficiente autoridad sobre las cosas de la vida en toda su complejidad, lo que le permitirá entender en qué consiste la justicia¹⁵². Sólo así la ciencia del derecho se no es otra cosa que el arte de lo justo¹⁵³, porque en definitiva “el arte evoluciona, pero tiende siempre a lo bello, como el arte del derecho tiende siempre a la justicia. Cambian las instituciones, se perfecciona la técnica, pero el objeto siempre será el mismo: ¡la justicia!¹⁵⁴”.

Finalmente, también la obra de Vallet sufre influencia de autores como *Villey* -en los términos en los que lo he expuesto¹⁵⁵- y sin dudas, en los legados de *Castán Tobeñas*. *Castán* advierte que por más que la justicia tenga una base psicológica en la naturaleza humana y en la conciencia social del hombre, su concepto científico es dificultoso y atormentador¹⁵⁶. Se habla de la justicia en sentido general, en relación a la armonía o congruencia entre cualquier clase de objetos¹⁵⁷; en sentido más restringido, se refiere a la armonía o congruencia aplicada a las acciones humanas, abarcando el campo moral y jurídico o al orden jurídico¹⁵⁸. También en sentido amplio la justicia es una virtud universal, y en sentido más estricto también es un principio de armonía social¹⁵⁹, y también puede considerarse a la justicia desde un punto de vista subjetivo –sentimiento¹⁶⁰- como el punto de vista objetivo –idea¹⁶¹-. Desde otro lugar, un significado vulgar de la justicia considera que la misma es el resultado de la aplicación judicial del derecho, mientras que un significado propio la justicia es una cualidad del derecho, con un contenido

¹⁴⁹ *Ibíd*em, p. 331. Dice Biondo BIONDI: “*Ars se puede entender como sistema, o literalmente, como arte o técnica. Esto poco importa, pues lo que interesa es el objeto: lo bueno y equitativo, o sea lo justo. La ciencia del derecho tiende al bonum, entendido no como cualquier bienestar, sino como valor moral, ya sea individual o colectivo. El aequum supone igualdad, entendida como proporción para llegar a lo justo, bonum et aequum indica justicia*”.

¹⁵⁰ *Ibíd*em.

¹⁵¹ *Ídem*, p. 343.

¹⁵² *Ibíd*em, p. 354.

¹⁵³ *Ibíd*em, p. 358.

¹⁵⁴ *Ibíd*em, p. 362.

¹⁵⁵ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Definición e interpretación del derecho según Michel Villey*, Persona y derecho n° 25, Madrid, 1.991, p. 213.

¹⁵⁶ Cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*, IER, Madrid, 1.946, p. 8.

¹⁵⁷ *Ibíd*em.

¹⁵⁸ *Ibíd*em, p. 9.

¹⁵⁹ *Ibíd*em, p. 10.

¹⁶⁰ *Ibíd*em, p. 11.

¹⁶¹ *Ibíd*em, p. 12.

autónomo e independiente¹⁶². Finalmente, otro significado muy corriente es el que la asimila a lo aplicado a la controversia mediante un juicio o proceso¹⁶³. Una visión integral de la justicia comprende todas las acepciones mencionadas, ya que mutuamente se complementan¹⁶⁴. Para el autor, la abstracción y tinte formal de la justicia, tantas veces criticado, es el único método omnicomprendivo de su cabal acepción, en la doctrina y en la vida, que la eleva a la consideración de un principio supremo de orden y de armonía¹⁶⁵. Por ello, nociones como el bien común deben engarzarse en la teoría de la justicia¹⁶⁶, ya que la idea de justicia es, como todos los ideales, una fuerza y un instrumento selectivo¹⁶⁷, que necesita imperiosamente que el jurista descubra, en orientación a la ideología y a la tradición nacional¹⁶⁸. En definitiva, para *Castán Tobeñas*, la justicia como principio constitutivo y fin supremo del derecho –que se supone embebida del elemento de seguridad y orden- conforma una noción muy elaborada y absolutamente incontestable *por su simplicidad y evidencia*¹⁶⁹.

Desde aquí se explica, entre tantísimas otras cuestiones de relevancia y en modo resumido, que *Vallet* considere *lo justo* desde *Celso*¹⁷⁰, que considere las tradiciones en la vida social o que posiciones su idea de los cuerpos intermedios, para hacer frente a la idea y mito de la tecnocracia¹⁷¹, en el seno de la sociedad de masas¹⁷².

Recapitulaciones esenciales

Hecho el somero repaso por ciertos aspectos interesantes de las teorías referidas, corresponde ahora realizar un resumen de todo lo mencionado en veinte acepciones, a modo de síntesis, que puede posicionarse de la siguiente manera:

- 1) La justicia como virtud implica aceptar un sentimiento por lo *justo*;
- 2) Idea de justicia, independientemente de las escuelas del derecho, siempre relacionada con el derecho;

¹⁶² *Ibidem*, p. 13.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ídem*, p. 77.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 78.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 79.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 83.

¹⁶⁹ Cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, *La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas*, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1.967, p. 17.

¹⁷⁰ Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica*, tº I, ob. cit., p. 91.

¹⁷¹ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, Montecorvo, Madrid, 1.975.

¹⁷² Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Sociedad de masas y derecho*, Taurus, Madrid, 1.969.

- 3) Toda voluntad humana se encuentra sujeta al análisis de la justicia;
- 4) Pureza de la voluntad individual determinante de la voluntad jurídica;
- 5) Conformación de una sociedad *justa* mediante *Instituciones* adecuadamente *justas*;
- 6) Desarrollo de la justicia entre personas libres que promueven sus intereses en posición de igualdad;
- 7) Justicia como modo utilizado por las grandes instituciones en la distribución de derechos y deberes;
- 8) Justicia como tutela de la libertad de pensamiento y de conciencia y de la igualdad;
- 9) Justicia como *imparcialidad*;
- 10) Justicia como el débito al otro de lo que realmente corresponde;
- 11) Darle a cada uno lo suyo, porque antes existe una deuda preexistente por cumplir;
- 12) Justicia como respeto al otro;
- 13) Idea humana de desigualdad como representación del sentimiento de la justicia;
- 14) Una justicia conforme a derecho con identidad de método;
- 15) Justicia como aplicación correcta de una norma opuesta a la arbitrariedad;
- 16) Justicia y felicidad, compromiso entre personas a través de la tolerancia garantizada por la paz;
- 17) Justicia desde el orden natural y la razón práctica;
- 18) Justicia en relación a la alteridad y a la naturaleza de las cosas;
- 19) Justicia y bien común;
- 20) Justicia y su relación con la seguridad jurídica.

1.2. El notable desenvolvimiento de la justicia en sede notarial.

Las veinte direcciones esquematizadas anteriormente, no hacen más que poner en evidencia la notable relación que guarda el ejercicio del derecho notarial actual con la justicia. Y a lo que verdaderamente sobresale e importa, que es en definitiva el producto de la elaboración notarial del derecho que es el documento o instrumento notarial. Desde *Núñez Lagos* se viene refiriendo a los *tres momentos de título notarial*:

- a) El momento del examen de los títulos anteriores,

b) el momento de redacción del nuevo documento y

c) el momento de la inmunidad del nuevo título¹⁷³.

Pues bien, esos tres momentos consagrados de labor notarial documental contienen, en partes proporcionales, todas las menciones a la justicia esquematizadas anteriormente y deducidas de la doctrina que he traído al análisis para la presente demostración, sin importar ni un poco la fuente de donde provengan. En la tarea notarial todas las escuelas aportan los tópicos máximos de sus expresiones, y desde allí entonces pueden posicionarse cada uno como baluartes del documento notarial.

La tarea de examinar los títulos antecedentes excede notoriamente el estudio de las escrituras, para alcanzar la relación notario- hombre que está por encima de la tarea de investigación documental. Esa relación se nutre a través de las primeras audiencias notariales, donde se reflejan los deberes éticos de información, asesoramiento y concejo y la imparcialidad. Aquí el notario se posiciona en aceptar lo justo, porque toda voluntad humana se encuentra sujeta al análisis de la justicia y es deber ineludible notarial el de crear títulos seguros y auténticos para la prosperidad en base a los antecedentes que le sean correspondientes. Así se contribuye al desarrollo de la justicia entre personas libres que promueven sus intereses con la pretensión de alcanzar la igualdad. Pero esa igualdad la pueden alcanzar únicamente a través de la aplicación notarial del derecho.

Concreción de la justicia notarial en la práctica habitual: Los casos de documentación de la compraventa, la donación, el fideicomiso, el mandato y el derecho de vivienda.

Sucede que en sede notarial y al momento previo de la conformación del hecho o negocio jurídico, *la representación de desigualdad de las partes comparecientes de lo suyo correspondiente es absolutamente notable y sin dudas, repetida y reiterada*. En una compraventa, por ejemplo, siempre el vendedor piensa que la cosa que traslada de su patrimonio a otro tiene un mayor valor; mientras que el comprador, que recibe la cosa a su favor, piensa que el precio que por ella entrega es mucho más que suficiente. En una donación, el donante piensa –aunque jamás piense en ejercer el derecho a reclamo alguno- que el gesto de gratitud que tiene con el donatario es de por sí, tan autosuficiente que permitiría un reclamo de derechos pleno y perpetuo omnicompreensivo de mucho mas que lo que en realidad le corresponde. Sin embargo, y esto es más notable, inclusive entre las donaciones entre padres e hijos, los donatarios en general asumen que el acto de donación que implica trasladar los bienes de los padres a su patrimonio es un acto de *obligada justicia*. De ahí que cuando esta situación jurídica no ocurre, florezcan a la luz planteos de acciones propias de la protección de la legítima, como las acciones de colación y reducción, que son necesarias, que hacen a la

¹⁷³ Rafael NUÑEZ LAGOS, *Tres momentos del título notarial*, en *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, ob. cit., p 215 y ss.

justicia familiar, siempre y cuando haya sido el deseo de los padres el de favorecer con sus bienes a sus hijos, y no utilizarlos como es su legítimo derecho, para lo que pretendan o quieran en un momento determinado.

En un fideicomiso inmobiliario a costo, siempre el fiduciante originario piensa que en un país como el nuestro su riesgo es tan grande que no alcanza la propia entrega de la cosa, una vez finalizada y multiplicada por mucho en valor, para generarle la satisfacción justa que se merece. Sin embargo, si decidiera ceder sus derechos antes de constituirse en fideicomisario, el cesionario beneficiario de su derecho pensará que es injusto que los valores considerados en la cesión sean tan excesivos en relación con el aporte originario, porque en definitiva, el riesgo no fue tanto ni tan angustiante. Hasta la sanción del nuevo código civil y comercial, un conviviente no podía ser beneficiario de la protección del bien de familia, aunque tenga devoción y amor absoluto por su pareja, que es quien oficia de titular registral del inmueble. El hecho que el nuevo código civil y comercial considere un derecho a la protección de la vivienda es un paso fundamental para paliar la sensación de injusticia y de desprotección que hasta su entrada en vigencia han sentido quienes, en familia grupal o unipersonal, no han accedido por propia voluntad o por simple imposibilidad al matrimonio conforme a las leyes positivas y vigentes. En materia de mandatos, quien oficia de mandante está destinado a creer que las facultades que otorga al mandatario son más que suficientes para la encomienda que le solicita, y siempre intenta restringirlas al máximo, para evitar luego el exceso en el ejercicio. Sin embargo, el mandatario no deja de preguntarse ¿pero cómo, el mandato no es un contrato fundamentado en la confianza? ¿es justo que quien me ordena no confíe en mi desempeño? Frente a todas estas y casi todas las demás situaciones que se generan antes de la conformación del documento notarial el escribano debe advertir lo justo de cada uno. No lo que él mismo piense de lo justo, sino lo que corresponde de acuerdo ya no únicamente a la ley, sino lo que esté conforme con el derecho. Esa situación se vuelva a través de los deberes éticos de información, asesoramiento y consejo y una vez acordadas, se reflejan en el instrumento a través de la aplicación del deber ético integrado de legalidad (normas+ reglas+ principios).

En definitiva, se sanean las desigualdades naturalmente concretadas en la imaginación de los comparecientes a través de la aplicación notarial del derecho que busca, para cada caso en concreto, la concreción del método justo a través de la aplicación de la prudencia.

Seguidamente, al momento de redactar el nuevo documento, su creación supone el agotamiento del deber ético de legalidad comprensivo de reglas, normas y principios, como así también de la aplicación extrema del deber ético de independencia. Aquí se advierte la contribución para la conformación de una sociedad justa que vive y transcurre su existencia mediante la fortaleza que le imprimen ciertas instituciones, como la notarial. En el documento existe una tutela de libertad de pensamiento, de conciencia, proyectándose a través de la independencia la protección de la igualdad. El notario se asegura entonces que se distribuyan las cargas y las recompensas de acuerdo a lo justo de cada uno. Supuesta y elevada la voluntad individual a su máximo esplendor, resta decir que la alteridad se encuentra en proporción de

equidad, porque es el notario quien evita que exista arbitrariedad. La voluntad individual se erige así en voluntad jurídica.

Finalmente, la inmunidad del nuevo título surgirá de la adecuación del principio de seguridad jurídica preventiva que en sede notarial, adquiere como hemos advertido, su máxima consagración. La inmunidad garantiza el bien común generalizado, demostrado entre nosotros a través de la libre y auténtica circulación de títulos notariales nobles, que reflejan la verdad de lo acontecido y evidenciado, en razón al orden natural, en respeto a la naturaleza de las cosas, a través de la consolidación del principio de razonabilidad práctica.

Ante lo expuesto no puede dejar de preguntarme: ¿No es increíble y apasionante el desarrollo de la justicia en sede notarial? ¿No es injusta su omisión en el tratamiento doctrinario general?

Observación de la elaboración notarial del derecho en la justicia conmutativa, distributiva y legal.

En el primer supuesto de *justicia conmutativa* analizado con anterioridad, la elaboración notarial del derecho buscará tutelar adecuadamente el intercambio de bienes. Si lo justo se mide en igualdad *aritmética dependiente* de la identidad o cualidad y valor de las cosas, la tarea notarial en el documento tiene que evitar los vicios que pueden surgir en virtud de su no concreción. Una adecuada tarea documentadora, desde este tipo de justicia, evita por ejemplo, la instauración del vicio de lesión, y en segundo término, de los demás vicios de la voluntad.

La justicia *distributiva*, relación de la sociedad con el individuo, también se ve tutelada por la función notarial. Allí en donde lo colectivo se reparte entre sus miembros, el notario contribuye informando, asesorando o aconsejando acerca de las posibilidades que la sociedad, representada en el Estado, les otorga en relación a su propia y especial posición. Este es el tipo de justicia que en sede notarial cobra verdadera razón de existencia en razón de que su tutela contempla los beneficios que la sociedad otorga a las personas para que las mismas puedan alcanzar, en su máxima expresión, la conquista de los derechos humanos básicos. Entre ellos encontramos el acceso a la vivienda digna, que de acuerdo a las leyes vigentes, encuentra eximición de tributos, o la protección integral de la vivienda a través de instituciones como el bien de familia y hoy, la protección integral prevista en el nuevo código. Lógicamente el reparto debe ser justo y equitativo. Entonces es el notario quien solicita, argumenta, comprueba y proyecta en el documento el resultado de sus averiguaciones, para que la colectividad pueda en su conjunto, darle a cada individuo lo que corresponda de acuerdo a su posición.

Finalmente, la *justicia legal o general* que hace referencia a la posición de deuda del individuo hacia la comunidad. Definitivamente esta es la labor más ardua y por ello, la que más congratulaciones conlleva en razón de la importancia del aporte notarial a este tipo de justicia. El ejemplo más característico es sin duda la actuación notarial como agente de retención, información, percepción, en definitiva, como agente de recaudación, a título gratuito, a favor de la colectividad en su conjunto. Bajo un estricto control, el notario ingresa periódicamente a las arcas fiscales el producto de su recolección de acuerdo a las leyes que regulan el derecho

tributario y financiero nacional, alcanzando con ello la tutela justa del bien común. Pero hay otras actividades notariales de relevancia que coadyuvan a desarrollar este tipo de justicia. Las informaciones acerca del origen del dinero en las operaciones inmobiliarias, o las relativas a operaciones sospechosas que persiguen la finalidad de evitar negocios relacionados con el lavado de activos producto de acciones humanas provenientes de flagelos sociales actuales como el narcotráfico, o que intentan salvaguardar los derechos de las personas sometidas a vejaciones aberrantes como la trata de personas, entre otras, son muestras absolutas, imposibles de ser negadas, de que la función notarial plasmada en el documento contribuye a erigir los tres tipos de justicia en una sociedad que necesita de protección adecuada.

Tercer Valor: La Seguridad (estática y dinámica)

Comencemos entonces a decir que al lograrse confirmar la teoría que otorga a los principios la condición de ser normas rectoras del derecho¹⁷⁴, la seguridad jurídica sin duda alguna se ha convertido en uno de ellos, ubicándose así dentro de uno de los niveles más trascendentes del análisis del derecho. Comienza la institución entonces por convertirse en un principio fundamental de todo sistema legal civil¹⁷⁵, y aunque sus remotos orígenes hayan sido asociados al derecho público, lo cierto que en la actualidad su importancia se proyecta hacia los principios del derecho privado y de procedimientos, en figuras tales como las que se refieren a la publicidad e irretroactividad de la ley, a la legitimidad de las penas, al respeto por el debido proceso, a la cosa juzgada y entre otras, a la prescripción¹⁷⁶. Nos encontramos en presencia de una de las instituciones más importantes del derecho, esencial para la determinación de la seguridad económica de los países que la adoptan como paradigma¹⁷⁷, con exquisitos y variados enfoques desde lo académico, que provienen de todas las disciplinas jurídicas en las que el derecho fuera dividido para que pueda ser estudiado y comprendido, siempre como unidad, en su total y cabal magnitud y esplendor. Por ello es que en opinión del recordado maestro argentino *Augusto Morello*, la *seguridad jurídica* es un elemento esencial del Estado de derecho, que consolida la libertad a través de la exigencia de confiabilidad de orden jurídico¹⁷⁸.

La seguridad jurídica y el derecho notarial

Definitivamente, la consecuencia mediata e inmediata del documento notarial elaborado a conciencia, con ley, uso y razón (deberes éticos notariales aplicados) es la seguridad jurídica preventiva que de él se desprende. En nuestro país, uno de los llamativamente escasos ensayos

¹⁷⁴ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Derecho civil constitucional*, ob. cit., p. 66.

¹⁷⁵ Cfr. William D. ROGERS y Paolo WRIGHT-CAROZZA, *La Corte Suprema de Justicia y la Seguridad Jurídica*, Ábaco, Buenos Aires, 1.995, p. 32.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷⁷ Cfr. Jorge Reinaldo VANOSSI, *Constitución, seguridad jurídica y comercio*, XV Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y Córdoba, Córdoba, 23-24/10/2003. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitcionseguridadjuridica>

¹⁷⁸ Cfr. Augusto Mario MORELLO, *El derecho en la vida*, Librería Editora Platense, La Plata, 2.002, p. 15.

dedicado a tratar la temática desde una visión eminentemente notarial del derecho, sostiene que la idea de la seguridad jurídica en el derecho privado es el producto de la valoración de importancia que han hecho los particulares en torno a sus relaciones jurídicas¹⁷⁹, y que a través de la intervención notarial la misma noción se acrecienta¹⁸⁰, porque en definitiva la intervención notarial supone un eficaz instrumento para consolidar la seguridad jurídica¹⁸¹, circunstancia que se logra destacando muchas de sus facetas, como la del control de legalidad¹⁸². En fin, en palabras del reconocido académico mexicano *Isidro Muñoz Rivera*: “*No hay otra seguridad jurídica en el derecho notarial, que la derivada del instrumento público generada por el notario*”¹⁸³. Este razonamiento empero, no deja de reconocer la circunstancia fundamental que consolida al documento notarial: la puesta en práctica de los deberes éticos notariales aplicados anteriores a la confirmación documental, ya que son ellos lo que permiten una adecuada estructuración del instrumento, que hecho de acuerdo a esas condiciones, desprenderá sin dudas la máxima consolidación posible del principio de la seguridad jurídica en su faz *preventiva*¹⁸⁴.

Objeto que debe tutelar la seguridad jurídica

La fantástica tesis de *Humberto Ávila* nos pone al tanto de lo difícil que resulta analizar la pluralidad semántica de la seguridad jurídica¹⁸⁵. Así, el autor plantea la necesidad de justificar la importancia de la seguridad jurídica desde todo su enorme arquetipo: seguridad del derecho, por el derecho, frente al derecho, de los derechos, bajo el derecho, por un derecho, como un derecho y en el derecho¹⁸⁶. Las distintas dimensiones de la seguridad permiten el mínimo de confiabilidad, calculabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico¹⁸⁷. Sobre esta comprensión del contenido de la seguridad se dará tratamiento en las líneas que sigan a continuación.

¹⁷⁹ Cfr. Marina C. ZUVILIVIA, *El notario y la seguridad jurídica*, Juris, Rosario, 2.008, p. 133.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 142.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 143.

¹⁸² *Ibidem*, p. 156.

¹⁸³ Cfr. Isidro MUÑOZ RIVERA, *La función del derecho notarial*, Escriba-Otoño 2014, México, 2.014, p. 75.

¹⁸⁴ Sebastián Justo COSOLA, *Fundamentos de derecho notarial*, ob. cit.

¹⁸⁵ Cfr. Humberto AVILA, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2.012, p. 65.

¹⁸⁶ *ibidem*.

¹⁸⁷ *ibidem*, p. 66.

Precisiones acerca de la seguridad jurídica

La *seguridad jurídica*, enseña *Mosset Iturraspe*, es un valor o un principio del derecho y del ordenamiento¹⁸⁸. Sin embargo, hay que diferenciar dos enfoques y visiones diferentes del análisis del valor en estudio:

- a) *La seguridad jurídica de la visión liberal*¹⁸⁹, que pretende instaurar la inmutabilidad o permanencia de las normas, códigos y leyes; la inmutabilidad del contrato considerado como obra necesariamente justa de los hombres libres; el respeto absoluto a la idea de propiedad privada; una limitación al quehacer judicial, la presunción del “derecho conocido por todos” y una noción de antijuricidad que solo existe frente a una clara y concreta violación de la legalidad¹⁹⁰; y
- b) *La seguridad jurídica como función social, que prioriza la justicia con equidad, la buena fe, la solidaridad o la búsqueda del bien común*¹⁹¹, que trae una humanización del derecho transmitiendo que por sobre todas las cosas tiene que consolidarse el imperio de la justicia y la equidad real; una distinción entre la situación de cada persona, conforme a sus facultades y poderes; un juez preocupado por la verdad que puede incluso revisar los negocios jurídicos de las partes, y que puede además condenar al resarcimiento de todo daño injusto causado a una víctima inocente sin importar que exista o no exista norma que considere el supuesto de hecho y finalmente, un control del ejercicio regular de los derechos con sanción de nulidad a aquellos que sean excesivos¹⁹².

Recapitulaciones esenciales

Veamos entonces algunas conclusiones interesantes, extraídas de los conceptos antes apuntados, que vuelven absolutamente trascendente el desarrollo de la seguridad jurídica como valor esencial del derecho, también en veinte acepciones interesantes:

- 1) La discusión acerca de la seguridad jurídica compete a todos aquellos que se ocupan de la cosa pública, y no se circunscribe únicamente a la decisión judicial:
- 2) La seguridad jurídica vigoriza la fe en las instituciones republicanas y no únicamente en el Poder Judicial;
- 3) El jurista frente a la norma nunca tiene una actitud neutral, sino que invoca a valores;

¹⁸⁸ Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Derecho civil constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.011, p. 160.

¹⁸⁹ *Ibídem*, p. 161.

¹⁹⁰ *Ibídem*, p. 162.

¹⁹¹ *Ibídem*, p. 161.

¹⁹² *Ibídem*, p. 162.

- 4) La seguridad jurídica se consolida entonces, a través del control de legalidad y de razonabilidad, como principio general del derecho;
- 5) Institución que consolida la libertad a partir de la exigencia de confiabilidad del ordenamiento jurídico;
- 6) Acatamiento confiable del orden jurídico por la sociedad;
- 7) Respeto y protección al derecho de propiedad;
- 8) Seguridad jurídica como lo justo necesario de garantía social;
- 9) Ausencia de corrupción;
- 10) Proyección de los derechos de los consumidores y aseguramiento de las inversiones económicas;
- 11) Consideración de la razonabilidad y ponderación de los derechos fundamentales;
- 12) La seguridad jurídica como valor anexo de la justicia, que garantiza su desarrollo como razón de ser del derecho y de la justicia como fin último del mismo;
- 13) seguridad jurídica que garantiza que las decisiones jurídicas justas no serán discutidas ni perturbadas;
- 14) seguridad jurídica como tutela del orden jurídico que protege su certeza y que ayuda a desenvolver la capacidad para hacer previsibles otros valores;
- 15) seguridad jurídica que confirma la irretroactividad de las leyes;
- 16) seguridad jurídica y contribución a un derecho estable;
- 17) seguridad jurídica y apoyo a la creencia de una justicia razonable;
- 18) seguridad jurídica reflejada en el asesoramiento jurídico para instrumentar negocios razonables y justos;
- 19) seguridad jurídica y previsibilidad: certeza y saber a qué atenerse, y
- 20) seguridad jurídica innata en la conciencia de todo hombre que aspira al progreso y al bienestar.

1.3. Reflexiones en torno a la seguridad jurídica y el derecho notarial.

El desarrollo del principio, valor o paradigma de la seguridad jurídica resulta esencial para el desarrollo del derecho y de la economía en la sociedad actual, problemática y problematizada en razón de la constante inseguridad que proyectan los gobiernos en ciertos países como el

nuestro, que aun así, nunca pierde las esperanzas de alcanzar la paz interior y de conciencia colectiva. De todas las instituciones jurídicas que actúan para alcanzar los valores de justicia y seguridad, la notarial se erige como baluarte indiscutida, precisamente porque a través de la adecuada consolidación del documento se afirma el principio de seguridad jurídica en su faz preventiva. Es una seguridad jurídica que sencillamente, permite prever para el futuro las posibles contingencias y desafíos, lo que permite además un armado de defensas propias para el posible desarrollo posterior.

Es muy importante tener en cuenta que el notario, como ya lo he debidamente argumentado en el cuerpo del presente trabajo, es el primer intérprete de la voluntad de las partes que pretende someterse al cumplimiento de la ley. Así lo decía en nuestro país *Cristina Noemí Armella*, quizás en un momento crucial de la vida institucional de nuestro país en donde la seguridad jurídica, desde todas sus vertientes, se enfrentaba al riesgo constante y permanente de ser fatalmente vulnerada: *“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 solo intervendrán para dirimirlo”*¹⁹³.

En algún tiempo y lugar, *Vallet de Goytisoló* trazó la pauta de lo que pretendo, alcance a comprenderse naturalmente en este capítulo: *“El notario tiene frente a los demás juristas una posición ventajosa para apreciar esa intersección de las normas y los hechos; es decir, la vida jurídica (...). El catedrático tiene una visión del derecho preponderantemente teórica; el juez y el abogado, una visión patológica, ven al derecho cuando sufre alguna enfermedad, cuando no funciona normalmente. El notario lo ve desenvolverse y desarrollarse en su normalidad; tiene de él una visión puramente vital”*¹⁹⁴. Y en razón de lo antedicho, he concluido en estudios anteriores que existen sólidos argumentos para comprender que no hay identidades en los ejercicios del notariado, la judicatura, la abogacía y la investigación y la docencia, muy a pesar que todos los profesionales del derecho surgen de la misma Facultad, en general con identidad en los planes de enseñanza¹⁹⁵. Lo que es equivalente a admitir que un notario no piensa ni argumenta el derecho como lo hace un abogado, o un juez, o un profesor de derecho con dedicación plena.

Sobre esto y antes de la conclusión, deseo realizar aquí una diferenciación entre la sentencia y la escritura pública, sin ánimo de polemizar, y con el único objetivo de intentar posicionar a la escritura notarial en el lugar que legítimamente corresponde de acuerdo al método comparativo. De esta manera, la visualización de ambas instituciones es totalmente útil para advertir como muchas veces aseveramos o consentimos en que la seguridad se encuentra

¹⁹³ Cfr. *Cristina Noemí ARMELLA, Cheque Cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Teoría y práctica, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.001, p. 14.*

¹⁹⁴ *Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, La misión del notario, ob. cit., p. 423.*

¹⁹⁵ *Sebastián Justo COSOLA, Fundamentos del derecho notarial, ob. cit., págs. 36-37.*

únicamente en la decisión judicial, cuando en realidad hay otros derechos, también *decididos*, que alcanzar la misma y quizás hasta mayor efectividad.

El documento notarial: trascendencia y valoración.

El documento notarial y especialmente, la escritura pública, hacen plena fe de lo dicho, afirmado, oído o comprobado por el escribano a través de sus sentidos, para alcanzar la máxima protección que el derecho pueda otorgar a la certeza de su contenido en el cuerpo descripto y afirmado por la voluntad de las partes expresadas frente a él mismo. Sin embargo, esta afirmación no aporta nada nuevo a la ciencia y al arte del derecho. Habrá que agregar entonces los tres valores fundantes que el documento notarial proyecta y consolida, que son los que definitivamente determinan su posición como elemento rector frente a las demás publicidades jerarquizadas. La consolidación de los elementos y especialmente, la estrecha vinculación que únicamente en el documento proyectan la justicia y la seguridad jurídica permite avizorar el verdadero valor del documento y consecuentemente, el alcance que debe darse a la *publicidad cartular*.

Por esta razón es el documento el elemento jurídico de notable jerarquía creado por los respectivos ordenamientos jurídicos para la protección de los intereses generales de la comunidad, y de su adecuada implementación se deduce *naturalmente* un rectoría de bien, que consolida *el derecho en la paz*.

Y como ya en nuestro Argentina, lo destacara inmejorablemente el inolvidable *Alfredo Colmo*, y en recuerdo de la lectura que de este fragmento dimos con Néstor Perez Lozano, Mariano Coll Mónico y Antonio Omar Fenoglio en la maravillosa reunión de la escuela de Dirigentes en el Colegio de escribanos de Salta, allí por noviembre del año 2015:

“(...) cuando se comprenda que por encima de pequeños textos menos mal concebidos que expresados, están los aludidos grandes principios, sedimento ineludible de cualesquiera leyes; cuando se sea capaz de una jurisprudencia superior y creadora, que contemple el derecho en lo complejo de su dinamismo, bien lejos del espíritu formulista y del errado simplismo según el cual todo se resuelve en la operación lógica de un silogismo, en cuya virtud se encasille el caso ocurrente en tal o cual precepto legal; cuando todo ello se practique se tendrá una noción mucho más cabal de la justicia.

Y cuando se logre hacer entrar en la conciencia colectiva, mediante decisiones que prevengan o impidan las contiendas... con criterio que siempre sancione la verdad efectiva y haga comprender lo peligroso de los pleitos y lo firme de las soluciones privadas, entonces se habrá realizado el ideal de estas cosas: la mejor justicia es la que tiende a hacer inútil o innecesaria a la justicia¹⁹⁶”

¹⁹⁶ Alfredo COLMO, *La justicia*, ob. cit., págs. 58-59.