



Sustitución de Persona y Dolo Eventual¹

Oscar Jorge García Rúa

Artículo publicado con la autorización del Sr. Alvaro Gutiérrez Saldivar, Director de la *Revista del Notariado* de Buenos Aires, Argentina. Número 871, Enero-Marzo de 2003, pp. 27-40.

1. El fallo en análisis

Un fallo, de reciente publicación, entraña una grave amenaza para el ejercicio de la función notarial, cuando expresa que “cabe admitir la posibilidad de existencia de dolo eventual en la figura prevista en el art. 293 del Código Penal, pues es incuestionable que todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se presentan ante él con el fin de celebrar un acto. Si el notario se conforma con la presencia del documento y no toma los recaudos para tener la certidumbre sobre la verdadera identidad, su conducta podría ser –en algunos casos– la de quien se representa la posibilidad de que se inserte una falsedad y no realiza todas las medidas a su alcance para adquirir el conocimiento exigido por la ley, sin importarle las consecuencias, lo que podría configurar el delito de falsedad ideológica con dolo eventual” –Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, causa N° 16.981, resuelta el 19/11/2001, *Revista del Notariado* N° 869, pág. 298.

¿Cómo es eso de que “todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se presentan ante él con el fin de celebrar un acto”? En modo alguno; todo escribano actúa de buena fe,

identificando a las personas que se le presentan para celebrar un acto negocial con todos los medios a su alcance y sin la menor duda, en cuanto a su identidad. Si duda en este aspecto, no realizará el acto.

2. Sustitución judicial de persona

En 12 años de ejercicio de la función notarial, normalmente la parte del acto negocial que conocíamos, nos presentó a la otra parte, y a ésta se la identificó con el documento cívico de identificación que establece la ley y, en ocasiones, no existió tal presentación. Lo mismo acontecía con los testigos a quienes les recibimos declaración durante nuestros 20 años de desempeño en la Justicia Penal, a quienes siempre se los identificaba sólo mediante su documento de identidad y, en algunas oportunidades, también eran presentados por las partes, ya fuere la defensa o la querrela, o aportados por la investigación. ¿Acaso al juez que identifica a un testigo sólo con su documento, y éste resulta falso, lo procesaremos por falsedad documental ideológica (Art. 293 Código Penal.)

¹ Especial para *Revista del Notariado*.

Nota del autor. Este artículo es un adelanto de nuestro libro *El proceso disciplinario del Escribano (responsabilidad penal, civil y ética)*, que Editorial Ábaco tiene en vías de publicación. Agradezco la crítica y el aporte del Dr. José María Lorenzo, hijo en el afecto, autor inédito y apasionado por la vigencia de los derechos humanos.

... es incuestionable que todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se presentan ante él con el fin de celebrar un acto.

Evidentemente, en ese supuesto, ¿se consideraría que no tomó “los recaudos para tener la certidumbre sobre la verdadera identidad” y actuó con dolo eventual? Porque no cabe duda de que, en este supuesto, la acción del juez —y, especialmente la del secretario que da fe pública judicial del acto— es de falsedad documental al construir un instrumento público ideológicamente falso, por la sustitución de persona, ya que realiza el “tipo objetivo” del art. 293 del Código Penal.

En el plano de la culpabilidad, la acción de esos funcionarios será excusable, por error de hecho no imputable —art. 34, inciso 1° del Código Penal—, ya que no pudieron vencer el ardid del testigo que falseó su identidad, con los medios a su alcance. ¿Por qué no analizar en igual forma la imputación al escribano de una sustitución de persona? Obviamente, en nuestra actuación como escribanos procuramos munirnos de todos los elementos posibles para identificar a la persona de la que no teníamos conocimiento por trato personal, además de su documento de identidad. A saber, señas dactilares, estudio del título antecedente y de las personas que lo presentan, comprobantes de pagos de impuestos y tasas, verificación de la efectiva posesión del inmueble y, muy especialmente, el diálogo identificatorio con la persona de que se trata. Cabe aclarar que el tomar las huellas dactilares del compareciente, obra sin duda alguna, como un efectivo medio de disuasión de aquel que pretenda realizar la sustitución de persona, ya que jamás dejaría la prueba dactilar de su identidad que permitiría fácilmente vincularlo a la eventual falsedad documental. Todos esos elementos son coadyuvantes para poder dar “fe de conocimiento” de una persona, cuando el escribano no

tiene conocimiento personal. Empero, en lo sustancial, la tarea identificatoria no difiere tanto de la realizada en el proceso penal con un testigo, pues del relato del testigo surgían elementos identificantes que nos permitían establecer claramente su identidad en forma similar a lo que ocurre con nuestro interrogatorio, por medio de la conversación, con quien se presenta como titular de una propiedad.

3. Fe de conocimiento y fe de identidad

En el caso “Anaeróbicos Argentinos S. R. L. c/ Detry, Amarro N.” (*la Ley*, t. 1984—D, pág.1), la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal estableció el criterio correcto en materia de “fe de conocimiento notarial”. El escribano autorizó una compraventa en la que la vendedora le fue presentada por un martillero de su conocimiento y la cedente del boleto de compraventa, quien a la postre, resultó ser parte compradora: ambos, en sede penal, declararon que podían haber actuado como testigos identificatorios de la vendedora. Ésta había puesto en posesión del inmueble a la cedente y el número del documento de identidad que presentó aparecía en el certificado de dominio. Un escribano ajeno a la notaría del imputado realizó el estudio de título, que resultó sin la menor objeción. La edad y facciones de la vendedora, que entregó el título antecedente y constancias de impuestos y tasas, coincidían con el documento, pero no fue la titular del dominio quien actuó. Veamos los fundamentos del fallo que rechazó la acción contra el notario: El art. 1001 del Código Civil señala genéricamente que el escribano debe dar fe de que “conoce a las partes”, mas no precisa por qué

medios llega a ese conocimiento. Pero, el art. 1002 del mismo plexo normativo limita ese requerimiento a una fe de identidad, porque “cuando ofrece el medio destinado a suplir la fe que, por ciencia propia, debería dar el escribano, se conforma con que las partes justifiquen ante él su identidad personal con dos testigos. Me parece razonable interpretar que, si a través de la norma que establece el medio supletorio se precisa el contenido de lo que debe conocerse, es decir, la identidad de las partes, también éste debe ser el objeto del conocimiento obtenido por el escribano por ciencia propia o más precisamente, a través de un juicio de certeza propio, aunque el art. 1001 no se haya ocupado de describirlo”, del voto del Dr. Bossert, al que adhirió el Dr. Yáñez:

“La convicción sobre la identidad se adquiere mediante la concurrente de una serie o conjunto de hechos que razonablemente operan en el escribano para llevarlo al convencimiento o certeza de que el sujeto instrumental es la persona que se individualiza. Aun cuando el escribano no utilizara los testigos que le presentaran a la vendedora en los términos del art. 1102 del Código Civil, dispuso de ellos y la no utilización en los términos citados, habla a las claras de que el resto de los elementos de convicción fueron suficientes para la identificación”. (Del voto del Dr. Beltrán.)

En el fallo, para fundamentar la interpretación en el sentido de que el escribano debe fundar su juicio de certeza con todos los medios a su alcance —entre otros, su documento de identidad— se cita a numerosos civilistas de fuste, tales como Machado (*Código Civil*, tomo III, pág. 254), y Eduardo Bautista Pondé (“Fe de Conocimiento y Fe de Individualización”, *Revista del*

Notariado N° 790, págs. 182 y 187). Éste último sostiene que el fin del art. 1001, desde sus antecedentes remotos, que fueron la *Novísima Recopilación y las Partidas*, fue el utilizar el hecho de conocer personalmente, por el trato personal, como un medio para individualizar, ya que no había ningún otro. Hoy existen otros medios identificatorios, como el documento de identidad y las huellas dactilares que dan más certeza para identificar a una persona (del voto del Dr. Bossert).

Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Bueres, entre otros civilistas destacados, suscribieron las conclusiones de las *Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil* en el sentido de que, cuando el notario no conoce personalmente a la parte, igualmente puede autorizar la escritura si previamente adquiere la convicción sobre la identidad, sin ninguna necesidad de recurrir, indefectiblemente, a los testigos de conocimiento. Puede recurrir a los medios supletorios, según las necesidades: documentos de identidad, cotejo de firmas, impresión digital, fotografías, sistemas dactiloscópicos o antropométricos².

4. El escribano realiza un “juicio de certeza”

Recordando la fundada opinión de Bueres y Bossert, antes citada, la “fe de conocimiento” del escribano en los hechos, se traduce en “fe de identificación” —en la legislación española se sustituyó la fe de conocimiento por fe de identificación—; bastará que forme su “juicio de certeza” con los elementos a su alcance.

Pero, si tiene fundadas dudas para sospechar que el compareciente no es

² BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, Ed. Hammurabi, pág. 96.

quien dice ser y, no obstante, realiza dación de fe de su identidad, podrá imputársele dolo eventual. Pero esas “fundadas dudas” deberán ser de tal entidad que lo obliguen a asumir que la persona puede no ser quien dice y, no obstante, actúe. Porque no bastará que se le impute culpa, aún la llamada culpa consciente o con representación, porque la falsedad documental sólo es punible a título de dolo.

5. Falsedad documental por dolo eventual o acción culpable impune

Trasluce, en el fallo transcrito en el punto 1), la resistencia del Tribunal a dejar impune la conducta del escribano y la tendencia a comprenderla, forzosamente, en la culpabilidad dolosa. Más la alternativa es de hierro: existe en el agente, una relación subjetiva con el resultado no querido pero de alguna manera asumido, caso en el que tendríamos falsedad por dolo eventual, o si existiese para el Tribunal insuficiencia en la colección de elementos identificantes y, consecuentemente, negligencia de parte del escribano, éste será impune en sede penal. Porque en nuestro régimen penal, no existe *recklessness*, forma dolosa intermedia entre la *mens rea* (dolo) y la *negligence* (culpa), que sí existe en el sistema penal estadounidense³. En la dogmática alemana, Eser y Weigend se han basado en la *recklessness* angloamericana para crear, de *lege ferrenda*, ésta tercera forma de culpabilidad, pero Roxin la rechaza porque igualaría “la decisión en contra del bien protegido y la confianza negligente en su conservación”⁴.

... como escribanos procuramos munirnos de todos los elementos posibles para identificar a la persona de la que no teníamos conocimiento por trato personal, además de su documento de identidad.

6. Responsabilidad culpable en la sustitución de persona judicial

Cabe destacar que, si aplicamos el criterio del fallo comentado, al supuesto de sustitución de persona en una declaración testimonial en la que “sólo” se identificó al testigo con su documento de identidad, el juez y el secretario que autorizaron el acto estarían en peor situación que el escribano, ya que responderían aun a título de culpa por los daños y perjuicios causados por la falsedad documental no querida. Porque el art. 1112 del Código Civil establece que “*los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título*”. Y el art. 1109 del Código Civil que pertenece al título correspondiente —el que trata acerca “*De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*”— establece que “*todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio*”. Obviamente, su responsabilidad por el entuerto culpable estaría limitada a la sede civil, ya que la falsedad documental sólo es punible a título de dolo.

7. Concepciones doctrinarias: Soler

Analicemos nuestro caso a la luz de las distintas concepciones de dolo eventual en la doctrina.

Para Sebastián Soler, “*obra con dolo el que quiso, de modo directo, el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción*”. Mas, ¿cómo determinar si aquél que realiza un acto ilícito se plantea la posibilidad concreta de que de él derive un resultado delictual y, no obstante, actúa asintiendo

³ HALL, Jerome, *General Principles of Criminal Law*, THE BOBBS-MERILL Company, Indianápolis, USA, 1960, pág. 105.

⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal* —Parte General, tomo I, Editorial Cívitas, 1997, parágrafo 1267.

a la concreción de esa posibilidad?

En primer lugar, debe establecerse claramente que “se representó” la probabilidad del resultado punible, no que “debió representarse” ese resultado⁵. Dolo, en todas sus formas, no es la posibilidad o probabilidad o necesidad del resultado, sino la concreta representación y la actitud ante ella. El “debió representarse”. Nunca es suficiente para constituir a alguien en dolo.

Para resolverse este problema se suele acudir a la fórmula de Frank: *“hay dolo eventual cuando la convicción del resultado previsto como posible no habría hecho desistir al autor”*. Se acude, entonces, al método de la “supresión mental hipotética” de Von Hippel⁶: se supone que el agente, en lugar de concebir al resultado no querido como “probable”, lo concibió como “seguro” y decimos que habrá dolo cuando esa convicción no hizo que dejara de actuar.

Siempre nos pareció que esta fórmula es de difícil y peligrosa aplicación. Difícil, porque requiere realizar una bisección de la mente del agente ante la realización del hecho. ¿Cómo? Pues, analizando las motivaciones, finalidad aparente, antecedentes personales del agente. Peligrosa, porque puede llevar a la arbitraria imputación de dolo eventual, como en el caso que comentamos.

El juez, para aplicarla, debe seguir, ajustadamente, la primera regla del método cartesiano: *“No comprender en mis juicios sino lo que tan clara y distintamente se presente a mi espíritu que no tenga ocasión de ponerlo en duda: evitar escrupulosamente la precipitación y la prevención”*. Esta regla no aparece claramente aplicada en el caso comentado.

8. Los aportes de Zaffaroni, Jescheck, Roxin, Bacigalupo

Nos recuerda Zaffaroni, al respecto, que

Von Listz comentaba que el dolo eventual había sido utilizado para perseguir a los socialdemócratas. Gimbernat Ordeig critica la construcción del dolo eventual por las dificultades señaladas⁸.

Para Zaffaroni, dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, necesarios para su configuración. Antes de analizar el dolo –tipo subjetivo, que es una pauta de imputación subjetiva e impide el riesgo de establecer la responsabilidad objetiva–, debe haberse concretado el tipo objetivo: el “tipo objetivo” es lo que se hizo y el “tipo subjetivo” lo que se quiso. En nuestro caso, el escribano realizó el “tipo objetivo” de falsedad documental, más de alguna forma, ¿concretó el tipo subjetivo? Para Zaffaroni, habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión lo haga renunciar al proyecto de acción: el autor debe aceptar de buena o mala gana la eventual producción del resultado⁹. ¿Eso ocurrió en nuestro caso? En modo alguno.

Para Jescheck, “pertenecen al dolo eventual, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo, y de otro, la consideración seria de este peligro por parte del autor. *Considerar en serio el peligro quiere decir que el autor calcula como relativamente*

⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, Editorial Tea, 1970, pág. 114.

⁶ HIPPEL, Roberth Von, *Deutsches Strafrecht*, II, parágrafo 23, VII, 1 y parágrafo II, 316.

⁷ DESCARTES, Rene; *Discurso del método. Reglas para la dirección de la mente*, Ediciones Orbis, Hispamérica, Buenos Aires, 1983, pág. 59.

⁸ GIMBERNAT Ordeig, “*Acerca del dolo eventual*”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, pág. 139.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires 2000, págs. 500 y 501.

*alto el riesgo de la realización del tipo. De este modo se obtiene la referencia a la magnitud y proximidad del peligro necesaria para la acreditación del dolo eventual*¹⁰. En nuestro caso, entonces, sólo si se acredita fehacientemente –no presuntamente– que el escribano tuvo conciencia del alto riesgo de que el compareciente no fuera quien decía su documento, habrá dolo eventual.

Para Roxin, “*dolo eventual e imprudencia consciente se distinguen únicamente en que quien actúa con imprudencia consciente no está de acuerdo con la consecuencia reconocida como posible y confía por ello en su no producción, mientras que quien actúa con dolo eventual está de acuerdo con la producción del resultado dañoso en el sentido de que se conforma con él aprobándolo o al menos, se resigna a la realización del tipo*”¹¹.

El escribano siempre actúa de buena fe: si alguna duda tiene, en cuanto a la identidad del compareciente, no autorizará el acto. Si lo autoriza, “*aprobando, confirmándose, resignándose*” a que el compareciente no es quien dice ser, no sólo realizará el tipo subjetivo de falsedad documental, sino también, el de defraudación: jamás puede “*resignarse*” a cometer una falsedad, ya que es súbdito de la verdad.

Para Bacigalupo, “*el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido*”. Si conoce el peligro concreto que crea con su acción, obra con dolo: sabe lo que hace. Si ignora la creación de ese peligro concreto de realización

del tipo objetivo o tiene un error al respecto obre imprudentemente¹².

El Tribunal Supremo español, en esa línea de pensamiento, desde el caso “Burto” (1982) al del “síndrome tóxico” (1992), elaboró la “teoría de la peligrosidad”. Si el autor se representa el peligro de realización del tipo objetivo “en concreto”, tendremos dolo.

Tiende a borrar el “dolo eventual”: quien conoce el peligro de realización del resultado y, no obstante, actúa, obra simplemente con dolo.

Para Jakobs, “*dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*” y aclara que el determinar si existe o no aquél “*atiende al conocimiento del autor como hecho psíquico, presupuesto mínimo es –como se acaba de exponer– que el autor tenga una imagen de con qué consecuencias actúa. Si falta ésta, decae de lege lata, el dolo*”¹³.

La ley penal argentina permite elaborar el concepto de dolo a través del lente del inciso 1° del art. 34 del Código Penal, que regula la imputabilidad: 1° El agente debe “comprender la criminalidad de su acto”, en concreto. El escribano del caso en análisis “debe saber” que realiza la acción típica de falsedad documental. El homicida tiene que saber que dispara contra un ser humano con un revólver real y no de juguete para consumar el tipo objetivo de homicidio. 2°) El agente “dirige su acción”, en concreto, hacia la consumación del tipo. El escribano debe saber que el firmante de la escritura es un falsario y, a pesar de ello, autorizar la escritura, o presumirlo fundadamente y actuar (dolo eventual).

Zaffaroni rechaza esta concepción, que propugnamos, calificándola de ser una estructura analítica, naturalista y kantiana, con cierto retintín peyorativo. Pero pensamos que construir el concepto de dolo, mediante la fórmula de

... hay dolo eventual cuando la convicción del resultado previsto como posible no habría hecho desistir al autor.

¹¹ ROXIN, Claus, op. cit., parágrafo 12.67.

¹² BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 317.

¹³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Editorial Marcial Pons, 2ª edición corregida, págs. 316 y 319.

la tentativa sobre la base de la expresión “el que con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución y no lo consuma” (art. 42 del Código Penal), como él hace, tiene mayor dificultad para comprender el dolo eventual. En éste, el autor no tiene “el fin”, sino que asume la producción eventual del resultado, “dirigiendo su acción”, y esperando que no acontezca.

9. Conclusión: la identificación notarial sólo con el documento no implica falsedad, por dolo eventual

En el caso del escribano que identifica al compareciente sólo con su documento de identidad, ¿dónde apreciamos la existencia de la “imagen” o representación, como hecho psíquico, de que puede estar realizando el hecho típico de falsedad documental –como quiere Jakobs–?

No aparece, en forma alguna, ese hecho psíquico de “conocimiento” de la eventual falsedad y, consecuentemente, no existe dolo.

Tampoco existirá dolo eventual si, como Soler, aplicamos la fórmula de Frank, ya que si el escribano hubiese tenido “la convicción del resultado de falsedad documental, previsto como posible”, habría desistido de autorizar la escritura. Ni el escribano “aceptó de buena o mala gana” la eventual producción del resultado de falsedad documental o, al menos, se resignó a la realización del tipo, como quiere Roxin, o su actitud entrañó “un peligro concreto de realización del tipo objetivo”, como es menester en la concepción de Bacigalupo y el Tribunal Supremo Español.

Adviértase que, en sede penal, los órganos acusatorios no le están imputando al escribano que no haya

cumplido acabadamente con la fe de conocimiento. Vale decir, que haya actuado con ligereza, en la medida en que no reunió elementos identificatorios suficientes para fundar su juicio de certeza en cuanto a la identidad del compareciente. Este entuerto, según el caso, podría serle imputado en sede civil.

En sede penal, para que exista dolo eventual debemos acreditar fehacientemente que, por lo menos, dudó fundamentadamente de la identidad de quien ante él comparecía y, a pesar de ello, autorizo el acto valiéndose sólo del documento de identidad y sin buscar otros elementos identificatorios, asumiendo la consumación de la eventual falsedad.

Lo uno es la sola imputación de que no dio adecuadamente la fe de conocimiento, lo otro es el imputarle que “comprendió” que realizaba una acción que podía configurar una falsedad documental y, ante la duda de la identidad no se abstuvo de obrar y “dirigió” su acción hacia el resultado eventual.

10. Análisis jurisprudencial

Si analizamos otros fallos de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, advertimos que se mueven dentro de los parámetros doctrinarios. Así, en el Caso “Aveldaño” aparece aplicando, sin decirlo, la doctrina “del peligro concreto” de Bacigalupo, sosteniendo que “*la conducta de quien inicia un incendio rociando con nafta la vereda y las puertas de un inmueble para, luego, prenderles fuego, sabiendo que el propietario –que luego fallece– se encontraba en las escaleras de acceso*” configura el delito de homicidio, ya que “*debió representarse el resultado*” (Aveldaño, Emilio, Sala I, causa 17123. Resuelta el 04/11/2001).

En el caso “Álamo”, conductor de un automotor de pasajeros que, a

... dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias.

velocidad excesiva, violó un semáforo en rojo en una avenida y arrolló a una camioneta que avanzaba por la avenida transversal y a algunos transeúntes, causando lesiones gravísimas, entendió el Tribunal que existía culpa con representación, sosteniendo que “*para atribuir dolo eventual es menester tener la convicción plena de que el imputado se representó el resultado y lo ratificó por egoísmo o algún otro sentimiento antisocial. Para semejante conclusión no resultan suficientes los elementos objetivos, pues debe profundizarse en la mente del sujeto para determinar, sin hesitación, qué pasó por su imaginación*” (Álamo, Simón, Sala V, causa 33993. Resuelta el 13/03/97).

¿Por qué, al resolver el caso que nos ocupa, no se aplicó al análisis de la conducta del escribano un criterio igualmente estricto? De habérselo hecho, jamás se podría haber concluido que el notario, que identifica al compareciente sólo mediante la exhibición de su documento de identidad, se representa el eventual resultado de falsedad documental, lo asume y ratifica su eventual producción.

Righi trae un interesante caso imaginario de posibilidad de dolo eventual en una acción lícita, que puede ser comparado con el del escribano, el de aquél que recibe, por herencia de su padre, un paisaje del Tigre, supuestamente pintado por Horacio Butler y lo vende en la duda si es o no auténtico y resulta falso¹⁴.

¿Se dará el tipo subjetivo de estafa en el autor? Dependerá de en qué se fundaba la duda del agente y el grado de certeza de ella. Si se fundaba en el comentario de un crítico de arte, de autoridad reconocida, podría serle imputado el tipo subjetivo, a título de dolo eventual. Si el comentario fue de

un simple aficionado habrá actuado sólo con culpa consciente y su accionar será impune.

Para que se tenga en claro el problema de dilucidar la relación subjetiva del autor con su acto y el resultado del mismo, analicemos las formas de culpabilidad con los casos referidos:

Culpa sin representación: consiste en “Querer una acción” que se sabe potencialmente peligrosa para bienes que tienen protección jurídica. Ejemplo: Supongamos que Álamo avanzaba a exceso de velocidad por una avenida y debió frenar sorpresivamente, por lo cual un pasajero, al caer a causa de la frenada, se lesionó. Las lesiones le serán imputables a título de culpa. Quiso el exceso de velocidad potencialmente peligroso para la integridad de los pasajeros y “debió prever” que podría lesionarlos.

Culpa con representación: el sujeto se representa la posibilidad de causar el resultado dañoso, pero confía en evitarlo o en que no se producirá. En el caso del fallo, al pasar el semáforo en rojo con velocidad excesiva confió en no causar el resultado dañoso, si concluimos que no hay prueba de que haya asumido ese resultado; en el ejemplo de Righi, si el comentario acerca de la inautenticidad del cuadro provenía de un profano, podríamos considerar que la sospecha de falsedad carecía de entidad suficiente para que el agente se abstuviera de vender el cuadro.

Dolo eventual: el agente se representa el resultado eventual de su acción y asume o ratifica su producción. “Ocurra esto o aquello, actúa igual”, dice Frank. En el ejemplo de Righi, fue un perito en obras de arte quien le dijo que el cuadro era falso y se dice: “Yo lo vendo igual, sea o no falso”. Si no es falso mejor, pero si lo es, no le importa. Aveldaño se representó la concreta posibilidad de

¹⁴ RIGHI, Esteban y Alberto A FERNÁNDEZ, *Derecho Penal, la ley, el delito, el proceso y la pena*, Editorial Hammurabi, 1996, 2ª edición, pág. 175.

muerte del propietario que estaba en la escalera, cuando causó el incendio, pero obró no obstante ello.

En caso en que se imputara a un escribano falsedad ideológica por haber certificado firmas que no eran de aquél a quien se atribuían, la Excma. Cámara estableció la doctrina correcta: *“La falsificación documental no admite la forma culposa de manera que se debe endilgar dolo al sujeto activo para atenuar su culpabilidad. El dolo es conocer, por una parte, el tipo objetivo y, en segundo lugar, la voluntad o realización de aquél. La voluntad exige que el autor quiera el resultado como consecuencia de su propia acción y que la producción de éste tenga el autor alguna influencia.*

La falta de comprobación fehaciente del elemento psicológico del delito impide aquella tipicidad, pues una condena criminal no puede fincarse en el nivel de lo probable, sino que exige un juicio de certeza para su convalidación”. (Sala IV, causa N° 45835. Resuelta el 22/10/98). (Revista del Notariado N° 869, pág. 298).

11. Una exposición sobre el tema

El Dr. de Luca, en la exposición transcrita en la Revista del Notariado N° 869, págs. 75 y siguientes, sostiene: “Las doctrinas civilistas o privatistas no pueden traducirse o importarse al Derecho Penal sin una previa aclaración”. En rigor de verdad, el juez penal, cuando desentraña los elementos normativos del tipo, debe acudir a la rama especial dogmática de donde surge ese elemento normativo y analizar la jurisprudencia especial. Verbigracia, no es de otro modo que la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional de la Capital Federal estableció el sentido de los conceptos de posesión y tenencia, en el delito de usurpación –art. 181 del Código Penal,

cuando aparecieron casos complejos que derivaran de la realidad del déficit de vivienda. Recurrió plenamente a lo establecido por la jurisprudencia civil y las ordenanzas de los civilistas.

Igual camino corresponde recorrer para determinar el concepto de fe de conocimiento, en relación con la falsedad documental notarial, porque el tema es absolutamente específico de la dogmática y jurisprudencia civiles.

Desecha el Dr. De Luca la que denomina “teoría de la fe de identidad” sobre la base de las que sostiene son falacias argumentadas en contra de la interpretación estricta de la fe de conocimiento notarial. Expresa que la sustitución de persona podía darse tanto en una pequeña aldea, como era Buenos Aires en la fecha de sanción del Código, como ahora. Sostiene también que al no haberse reformado los arts. 1001 y 1002 del Código Civil, a pesar de las reformas parciales, es como si se hubiesen sancionado “hace cinco años”.

La fe de identidad, como interpretación del sentido del art. 1002 y su incidencia en el 1001, aparece sostenida por especialistas de Derecho Civil de la mayor valía, como antes detalláremos, y desechar esta concepción sin una seria argumentación resulta poco consistente y no considera el elevado nivel de los juristas que sostienen la por él denominada “teoría de la fe de identidad”.

El hecho de que los artículos apuntados, cuyos antecedentes son construcciones legislativas del medioevo, no hayan sido reformados, no permite concluir que si están vigentes es como si hubiesen sido sancionados recientemente.

El Proyecto de Reforma al Código Civil de 1936 establece que cuando el escribano no conozca personalmente a quien ante él comparezca, podrá fundar la fe de conocimiento sobre la base

de documentos de identidad u otros medios supletorios.

En España, de donde provienen los antecedentes legislativos en esta materia, se reformó la legislación en igual sentido que el Proyecto de 1936.

De cualquier forma, el Dr. De Luca concluye que el escribano puede valerse de todos los medios identificatorios, en la práctica, para dar su fe de conocimiento y sólo si tiene sospecha cierta de que aquél que ante él comparece no es quien dice ser y autoriza el acto, podrá quedar comprendido en dolo eventual, más si actuó acuciado por una leve sospecha, sin el menos fundamento serio, su actuar será culposo y, consecuentemente, impune. Sólo cuando, ante la sospecha cierta de que el compareciente no es quien corresponde, actúe despreocupadamente, sin importarle la eventual falsedad, podrá ser responsabilizado por ésta a título de dolo eventual.

12. Conclusiones

I) No se puede sostener, en forma alguna, que todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se presentan al acto escriturario que él autoriza.

II) El artículo 1001 del Código Civil, en lo atinente a la fe de conocimiento de la parte del acto, que exige al escribano, debe ser analizado a la luz de lo que expresa el art. 1002 del mismo cuerpo legal: los testigos requeridos por este artículo lo son para “*justificar ante él su identidad personal*”. En consecuencia, “*el conocimiento requerido por el art. 1001 es el de la identidad de la parte y para establecerla debe valerse de todos los medios ciertos que le permitan llegar a ese conocimiento*”.

III) Para que un escribano incurra en falsedad documental por dolo eventual debe tener la concreta y fundada

sospecha de que el compareciente no sea quien dice ser y autorizar el acto, no obstante.

IV) La prueba de tal estado mental de duda o sospecha de parte del notario debe ser concluyente y no basarse en la presunción de cómo podía haber actuado otra persona ante tal situación.

V) El art. 19 de nuestra Constitución Nacional, y demás pactos internacionales incorporados a ella, establecen el principio de igualdad ante la ley y resultaría arbitrario e injusto imponer a quien ejerce la función notarial mayores exigencias que las requeridas para la configuración del tipo penal en análisis a cualquier otro sujeto: ser autor de falsedad documental implica saber querer construir un instrumento falso o asumiendo la eventualidad de construirlo sin importarle el resultado que podría producirse. Esto, reiteramos, debe ser aprobado acabadamente por el juez, es decir, utilizando datos de la realidad, evitando así efectuar una intromisión en la mente del agente.

VI) No basta, para tener al escribano por autor, que el juez penal acredite que el escribano no cumplió acabadamente con la reunión de elementos identificatorios suficientes para fundar su fe de conocimiento, según exigen la doctrina y jurisprudencia civiles, sino que debe acreditar fehacientemente que el escribano sospechó, fundadamente, que el compareciente no era quien pretendía ser y, no obstante, autorizó el acto, asumiendo o ratificando el resultado eventual de falsificación de instrumento público.

Lo primero es la imputación de un entuerto civil, que puede tener por fundamento subjetivo la negligencia o imprudencia; lo último consiste en la acusación de un delito de falsedad documental, que sólo puede tener la

... para que exista dolo eventual debemos acreditar fehacientemente que, por lo menos, dudó fundadamente de la identidad de quien ante él comparecía y, a pesar de ello, autorizó el acto valiéndose sólo del documento de identidad.

acreditación del dolo como elemento subjetivo. Si tal acreditación no se realiza acabadamente, el hecho será impune en sede penal.

VII) El art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación, el cuál resulta aplicable tanto en el ámbito nacional como en la Capital Federal, obliga al juzgador, en caso de duda, a acoger lo más favorable para aquella persona objeto de una imputación penal. Esta duda puede generarse en cualquier etapa del proceso, ya sea al momento de definir si corresponde o no impulsar la acción penal, puesto que podría inclinarse por la desestimación del sumario por inexistencia de delito, o bien cuando tenga que resolver la situación procesal del imputado, avanzado el proceso, e incluso al dictarse la sentencia definitiva en la causa.

El juez que sostenga, como en el fallo que nos ocupa, que existió duda en cuanto a la identidad de parte del escribano, salvo que tenga elementos probatorios definitivos de ello, verá surgir en el curso del proceso la duda procesal, valga la redundancia, que llevará directamente a la absolución del imputado, por aplicación del mencionado principio *In dubio pro reo*.

VIII) Pareciera que, en lugar de respetar el principio *In dubio pro reo*, en relación con el escribano se aplica el principio *In dubio reo*, aplicando forzosamente el dolo eventual y justificando las críticas que realizan a esta tendencia distintos autores. Así, J. Bustos Ramírez expresa que dicho instituto “sólo servía para penar a pobres diablos”, críticas que se han reiterado en años recientes (Bustos Ramírez J., *Política Criminal y Dolo Eventual*, pág. 287 y Jimbernát Ordeig, *Acerca del dolo eventual*, pág. 139, ambos citados por Zaffaroni en op. cit., pág.501).

13. Sugerencias

El conferencista citado concluyó su exposición proponiendo a la audiencia que, para poder estar seguros de la identidad del compareciente y su falta de antecedentes penales, el escribano debería pedir informe, al respecto, al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Si así procediéramos los escribanos, seguramente nos quedaríamos sin clientela o correríamos el riesgo de soportar la acción de algún cliente por daño moral, en la medida en que afectamos su privacidad y concepto personal, pues desde ningún punto de vista es función del escribano realizar esta búsqueda de antecedentes penales y, por otra parte, existe una norma ética que lo obliga a prestar su servicio a aquél que lo requiere y sólo puede eximirse de cumplir tal deber por razones de parentesco o de fuerza mayor. Una vez más, vemos claramente la tendencia a eximir al notario mayores requisitos identificatorios que a cualquier funcionario que deba dar fe administrativa o judicial respecto de la identidad de una persona que ante él comparece.

El escribano Giralt Font, ante lo expresado por el Dr. De Luca, dijo que se exigía a los escribanos ser “Superman” en la tarea identificatoria. En realidad, es lo que se nos está exigiendo arbitrariamente. Hagamos, entonces, “supermanmanía”, para luchar contra la arbitrariedad judicial.

Como forma de precaverse contra el riesgo de un fallo como el comentado (que no es aislado, ya que la Sala IV de la misma Cámara, en la causa N° 14356, con fecha 20/11/2000, resolvió en forma similar –Revista del Notariado N° 869, pág. 298–), al notariado sugerimos:

Asentar en toda escritura negocial que “las partes expresan que se cono-

cen entre sí”. Acaso, ¿no es ello cierto? Si es una venta, será el comprador, quien designa al notario, el que presenta al vendedor y, también, lo hace el agente inmobiliario. Si es una hipoteca, se conocerán acreedor y deudor, y si es una sociedad, obviamente los socios entre sí. Asimismo, si se trata de la certificación de un formulario 08 se podrá asentar igual manifestación de que vendedor y comprador –si ambos concurren– “se conocen entre sí”.

Sacar fotocopia del documento de identidad que exhiba el compareciente, así como también de otros semidocumentos como el registro de conducir o cédula de identidad. De esa forma se podrá establecer si el número, fotografía y datos del documento coincidían con la personalidad y riesgos fisonómicos del compareciente.

Será de la mayor conveniencia colocar, junto a cada firma, en el protocolo, la impresión digital del compareciente, indicando a qué dedo corresponde. No es cierto que la impresión digital no sirva para nada, como sostuvo el conferencista citado, sino que probará que el escribano extremó los recaudos identificatorios.

Dejar constancia, en la escritura, con qué mano firma el compareciente. En algún caso, el firmante, al concurrir al Juzgado, realizó el cuerpo de escritura, para la pericia caligráfica, con mano distinta de aquella con la que el notario recordaba había firmado el acto escriturario, pero de lo que no había quedado constancia.

Procurar que la firma sea realizada con lapiceras de gel, que ahora se permiten. Ocurre que el firmante va a estar más habituado a usar ese tipo de lapicera y su firma aparecerá más suelta, expresando su personalidad caligráfica. En el caso en que nos tocó actuar, el perito calígrafo nos comentaba las difi-

cultades que tenía para determinar si la firma correspondía al puño y letra del firmante, atento a las vacilaciones en los trazos, por no estar habituado el compareciente, sin duda, a escribir con la pluma fuente clásica del escribano.

Aclarar por el firmante, de su puño y letra –en cursiva y con la misma lapicera–, su nombre y apellido y tipo y número de documento bajo su firma. De este modo, se dispondrá de un cuerpo de escritura mínimo para una eventual pericia caligráfica.

Suscribir por el comprador y el agente inmobiliario, nota dirigida al escribano del siguiente tenor: “Conste, por la presente, que..., documento..., como comprador y ..., documento ..., en su carácter de agente inmobiliario, presentamos a..., documento..., al escribano..., a fin de realizar operación de compraventa del inmueble: Buenos Aires, ...”.

Con esto no hacemos más que establecer lo que sucede en la realidad, que la parte vendedora nos es presentada por dos personas que podrían comparecer al acto, eventualmente –valga la expresión– como testigos de conocimiento del vendedor en los términos del art. 1102 del Código Civil.

14. El falso silogismo acusatorio

El Tribunal, en el fallo que comentamos, realiza este falso silogismo acusatorio: Todos los escribanos, cuando se encuentran ante un compareciente al que no conocen por trato personal, dudan acerca de su identidad (premisa mayor).

A es escribano (premisa menor).

Ergo, A, ante la presencia de B, a quien no conocía personalmente, dudó en cuanto a su verdadera identidad y, si no extremó las medidas identificatorias

actuó con dolo eventual de autorizar un documento falso (conclusión).

La falsedad de este silogismo, como antes demostráramos, está en su premisa mayor, y su peligro estriba en que pone a todo escribano, en el supuesto de una sustitución de persona, ante una ilegal inversión del óbús probando: es el imputado quien debe acreditar que extremó las medidas identificatorias y no el Tribunal el que debe probar que el agente actuó con la convicción de que el compareciente podía no ser quien pretendía y, ello no obstante, autorizó el acto, asumiendo la eventual falsedad. Tal construcción configura una flagrante violación del derecho constitucional de defensa en juicio, cuya inviolabilidad establece el artículo 18 de la Carta Magna.