

## **"EL ESCRIBANO COLABORADOR DEL ESTADO OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR A LAS PARTES"**

**Esc. Ramiro Benítez**

### **PROPUESTA DE TRABAJO**

Con respecto a la identificación de personas, se propone realizar un relevamiento histórico normativo en el Uruguay, y de esa manera evidenciar el tratamiento que se le ha dado.

Se complementará con una pequeña referencia al carácter de profesional liberal a cargo de una función pública, diferenciándolo del carácter de oficial o funcionario público.

También se propone analizar la seguridad jurídica que brinda el notario desde el ejercicio de su función en todas sus etapas y la responsabilidad que se le pretende derivar o atribuir, confundiendo tareas referidas a la materia impositiva, fiscal o recaudadora estatal.

En momentos en donde la reforma del Estado se ha transformado mas en un slogan que en la instrumentación de políticas estatales a corto, mediano o largo plazo, es oportuno formular una serie de reflexiones que apunten a la viabilización de políticas seguras para los ciudadanos y evaluar diferentes planos de acción.

### **PRESENTACION**

El presente trabajo pretende aportar algunas consideraciones que el notariado uruguayo ha manejado a lo largo de su historia respecto al tema de identidad del otorgante.

Se procurará establecer de manera sintética cual fue el significado y el alcance del término "conocimiento" que el derecho y la doctrina notarial le han procurado establecer en el correr del tiempo.

El tema de la "Fe de conocimiento" su alcance, la responsabilidad del fedante y las diversas interpretaciones del término acompañaran este trabajo.

Es fácil advertir que la dinámica que impone el mundo posmoderno, nos obliga en cierta manera a plasmar inquietudes que quizás no tengan soluciones, o formular interrogantes de dudosa respuesta en cuanto a su conceptualización.

Si el enfoque lo realizamos desde el punto de vista estrictamente objetivo, veremos que la economía mundial tiende a que el mercado de capitales se mueva de una manera más o menos controlada, evitando la evasión fiscal y por otro lado el lavado de capital, ambos componentes enlazados relacionados con otro gran tema, la corrupción.

Este flagelo instalado en la sociedad moderna, lleva a advertir y planificar políticas de transparencia que garanticen a los gobiernos de los países, a los inversores y a los agentes de contralor, la eficacia y la credibilidad de un sistema que permita el desarrollo y crecimiento de una nación, enmarcada en parámetros internacionales.

Dentro de este pequeño esquema se debe ubicar la figura del notario como garante de seguridad y además, como colaborador del Estado en el ejercicio de la función pública delegada por éste al primero.

Muchas veces, esa delegación que realiza el Estado, se ve plagada de requisitos excesivos a cumplir por parte del Notario, para los cuales no se cuenta con las herramientas necesarias y se coloca al profesional en una figura desdibujada de su tarea, convirtiéndose ya no en un técnico sino en una especie de “inquisidor” en busca de “herejes”, sean éstos culpables o inocentes, responsable de su existencia y permanencia.

La identificación de las personas ahora pasa por una nueva concepción: la identificación del contribuyente, desprovisto de rostro y personalidad, sustituido por números que permitan al aparato financiero un control de todos sus actos y así llegar al seguimiento en el manejo su patrimonio.

Cada vez más el Notario se ve cercado por las nuevas políticas fiscales inconsultas, sin tener margen para el buen desarrollo de su misión y teniendo que adaptarse a los requerimientos, so pena de ser considerado responsable.

Más allá de esas sutiles (y subjetivas) apreciaciones se intentará realizar una presentación del tema de identidad de las personas y si bien no siempre el esmerado intento brinda el resultado esperado, el objetivo se consideraría cumplido si de su análisis resulta una propuesta de reflexión.

## **INTRODUCCION**

Desde la aprobación del texto original del artículo 65 inciso 8 del Decreto-ley 1421 de diciembre de 1878, hasta la redacción dada al inciso 8 del citado por la ley N° 17854 de 10 de diciembre de 2004, mucho tiempo debió transcurrir para asociar los términos conocer, identificar, individualizar, sin tener certeza si al día de hoy se tuvo en cuenta esta diferencia.

El tener la certeza objetiva del compareciente es parte del engranaje del propio acto notarial, en pro de tutelar las relaciones jurídicas con el objetivo de apoyar la eficacia y validez del derecho que lo asiste; y prevenir el fraude y la buena fe.

Hoy, en el siglo XXI la premura de lo inmediato requiere de respuestas veloces a situaciones nuevas.

De los dos testigos que se requerían para acreditar la identidad del otorgante, debiendo cumplir con el doble requisito de ser conocido del escribano y del requirente, pasamos a la aplicación de las nuevas tecnologías donde todo se resume en un algoritmo simétrico que identifica a un firmante mediante el uso de un sistema operativo. Lo personal va dejando paso a lo virtual.

Durante varios años en Uruguay se mantuvo la posición notarialista clásica referida al conocimiento del otorgante: "**trato, tiempo y fama**". En una breve referencia, el enunciado refería al conocimiento personal que el Notario podía haber adquirido "a priori". Refería a lo que se conocía como el *conocimiento histórico*.

También se manejó la teoría del conocimiento "en acto" que postulaba la convicción subjetiva en momentos inmediatos a la actuación recurriendo a todos los medios que se tuvieran al alcance, incluso documentos oficiales que demostraran una concordancia entre la persona presente y la que figuraba en el documento. O sea, se partía de un procedimiento racional y empírico que se caracterizaba por un examen minucioso, intencional y de verificación utilizando todos los medios necesarios para alcanzar la verdad y las potencialidades mentales de aprehensión del individuo.

Con referencia a los datos para llegar al conocimiento en acto, se señalaban como indispensables:

7. Percepción espacial, anatómica y exterior del individuo
8. Nombres, apellidos y filiación
9. Lugar geográfico de su nacimiento y de su desarrollo de vida

Sobre esta base se fueron adoptando enmiendas que permitían ir adaptando el hacer notarial al mundo real.

La formación profesional en el ámbito universitario desarrolla especial atención deteniéndose en el tema del conocimiento del otorgante, lo cual muchas veces se torna difícil de explicar a nativos informáticos.

El mail, el chat, el skype, las redes sociales proporcionan nuevos elementos a una nueva generación para basar el nuevo relacionamiento humano. Hoy en día, la informática ha generado la posibilidad de diferenciar el espacio, y generar nuevos escenarios que interactúan al mismo tiempo.

Las relaciones jurídicas no han permanecido ajenas a estos cambios. La globalización de la economía, las crisis acompañadas de los flujos migratorios constantes han transformado la realidad y la geografía clásica de los países.

Las fronteras naturales han pasado a ser referencias pocas visibles, y en muchos casos han sido abolidas en lo que refiere a las relaciones humanas.

Hoy comunicarse con una persona que habita en otra parte del planeta es sólo cuestión de segundos.

### **EL ESCRIBANO como garante de seguridad jurídica.**

#### **El conocer a los otorgantes. Reseña histórica.**

Corresponde realizar una pequeña aclaración antes de proceder a su desarrollo: en Uruguay, el Notario no reviste la calidad de funcionario público como en otros notariales, si bien se le reconoce el ejercicio de una función pública. O sea el Notariado es una función pública delegada por el Estado a un particular, a la cual se accede luego de haber obtenido el título universitario de Escribano Público y haber prestado juramento ante la Suprema Corte de Justicia de respetar la Constitución y las leyes, y de jamás desmerecer la confianza debida al carácter de esa profesión. (Art. 16 Decreto-ley 1421)

El surgimiento de la imposición obligacional al Escribano de conocer a los otorgantes no es un simple capricho legislativo, más bien es un elemento determinante de su función para el fiel cumplimiento del objetivo que le fue encomendado: la seguridad jurídica.

La autorización de un documento por parte del notario otorga al mismo dos componentes esenciales para el desarrollo de la paz jurídica: la autenticidad sobre el hecho jurídico y la plena fe del documento autorizado, haciéndolo válido ante todos sin necesidad de otro tipo de reconocimiento. Lo en el consignado para a ser cierto para todos.

El Notario está obligado en el ejercicio de su función a consignar en su etapa documentadora la redacción de los hechos materiales realizados en su presencia y además emitir juicios que le constan por ciencia propia o directa.

En la órbita de este último punto es que podemos mencionar al conocimiento del otorgante.

Si bien ha variado la interpretación de conocimiento asociándolo con identidad o identificación del otorgante, lo cierto es que el Notario asume responsabilidad por hecho de manifestar en el documento que autoriza el juicio que realizó sobre quién es su requirente. Se entiende que quien comparece ante él, le consta que es la misma persona que aparece como tal en el círculo de conocidos, en la vida ordinaria, dará fe de identidad por una cuestión de notoriedad manifiesta. En caso

contrario, deberá buscar las vías que le permitan elaborar ese juicio sobre la persona en la coincidencia de que quien comparece es quien dice ser. La prudencia, la cautela y la convicción racional debe primar a la hora de emitir un juicio de este tipo.

Si analizamos el artículo 65 inciso 8 del Decreto-ley 1421 en su versión de 31 de diciembre de 1878, seguramente concluiremos que lo que motivo al legislador a incluirla fue más un tema de identificación del otorgante que de identidad.

Su redacción rezaba lo siguiente:

*“Art. 65.- Es prohibido a los escribanos:*

.....  
*8) Autorizar escrituras cuando no conozcan a los otorgantes, a menos que dos testigos de su conocimiento manifiesten conocer a aquellos, en cuyo caso harán constar esta circunstancia en la escritura, así como el nombre y vecindad de los testigos de su conocimiento.”*

A fines del siglo XIX, se partía de la base que en una sociedad no muy numerosa y donde las transacciones o negocios jurídicos se hacían entre personas que se conocían, generalmente sabían quiénes eran, donde vivían, detalles de su vida social, y por lo tanto la dificultad de cumplir con el mandato legal no era muy dificultoso. De todas maneras, la norma establecía un sistema que permitía la celebración de actos jurídicos entre personas a las que el Escribano no conocía el Escribano. La triangulación propuesta por la norma en cuestión resultaba de ser de gran utilidad y de fácil cumplimiento para su momento.

A medida que la sociedad fue avanzando, se tornó un poco más dificultoso su cumplimiento al mismo tiempo que las relaciones se volvieron más complejas en razón del propio desarrollo económico, la norma debió ser interpretada en concordancia a los tiempos reales.

El rol relevante que ha tomado dentro de la función notarial, la etapa del asesoramiento ha significado un tratamiento importante previo al negocio con las personas involucradas en el mismo.

Las audiencias previas al otorgamiento, la negociación o mediación del escribano desde su lugar equidistancia y protección de los derechos de ambas pArt.es como operador jurídico del negocio y no de las pArt.es, se ha traducido en un relacionamiento que ha permitido la obtención de datos de manera indirecta que permitan contar con elementos para confeccionar un juicio sobre la persona que se tiene enfrente.

La famosa frase *“trato, tiempo y fama”* asoma dentro de la doctrina nacional como un bastión que acompaña la letra de la ley.

Al mismo tiempo se han sucedido interpretaciones y cuestionamientos ¿Qué comprendía el trato? ¿Cuánto era el tiempo?

Demasiadas preguntas que debían optar por un parámetro objetivo para su aplicación.

De todas maneras, las diferentes situaciones jurídicas en las que actúa un escribano debe tener un tratamiento diferente.

No es lo mismo intervenir en la celebración de un acto jurídico unilateral que en uno bilateral o plurilateral.

Tampoco es lo mismo el asesoramiento que se le pueda brindar a una persona con respecto al otorgamiento de un poder que si el requerimiento es para otorgar un testamento, lo que no quiere decir que el escribano no actúe de manera prudente en ambos casos.

Ambos actos son trascendentes y refieren al futuro de la persona, con la salvedad que un caso son disposiciones que refieren a su parte patrimonial, a la administración, disposición o afectación de sus bienes por parte de un tercero a nombre propio, que opera para futuro estando vivo el otorgante y que puede modificar cuando lo desee y en el segundo caso se mezclan cuestiones personales con las que se busca manifestar la voluntad para que la misma sea cumplida luego de su muerte. Indefectiblemente en uno y otro caso, el tiempo de concreción del acto es distinto ya que se tratan de cuestiones sensibles, y donde el frío de la norma se coloca cara a cara con la voluntad del testador.

Con la aparición del documento de identidad, fue una aportación de mas elementos efectos identificatorios.

La Acordada Reglamentaria 4716 vigente hasta el 31 de diciembre de 2005 del Decreto-ley 1421 establecía en su artículo 135, lo siguiente:

**“Art. 135.-** Si el Escribano conoce a los otorgantes, dará fe de ellos en la escritura, en su defecto, se cerciorará de la identidad de los otorgantes mediante la declaración de testigos que los conozcan.

*Los testigos que abonen la identidad de los otorgantes deben ser conocidos por el Escribano y éste consignará en la escritura, además del artículo 129: a) la vecindad de los testigos; b) que ellos manifestaron conocer a los otorgantes; c) que el Escribano conoce a los referidos testigos.*

*Los testigos de conocimiento aun cuando no sean instrumentales, deben firmar la escritura.”*

Asimismo se establecía que no eran idóneos para ser testigos de conocimiento los que no saben o no pueden firmar, los que no han cumplido 21

años, los ciegos, y los que no gozaren del libre uso de la razón, al momento de la celebración del acto notarial.

Más allá de lo que establece la norma, la mencionada acordada establecía al igual que la actual, la obligatoriedad de consignar los datos de los documentos de identidad de los requirentes. Durante este periodo, era de práctica cotidiana la exhibición del documento y el resguardo del mismo mediante el sistema de fotocopiado, lo que ofrecía componentes para la obtención de un juicio sobre el "conocimiento" del otorgante.

Pasado el tiempo y con la sanción de la ley 17854 que modifica en su redacción el inciso 8 del artículo 65 del Decreto ley 1421, estableciendo la posibilidad de que el Escribano de fe de conocer a quien dice conocer por conocimiento propio, o en caso de no conocerlo acreditar su identidad mediante la exhibición del documento de identidad, fue un avance y un alivio.

O sea desde la aprobación de la mencionada norma, la redacción es la siguiente:

**"Art. 65.- Es prohibido a los escribanos:**

.....  
8) Autorizar escrituras, actas y certificaciones de firmas, si no le fuera acreditada la **identificación** de los requirentes, lo que podrá hacerse por **conocimiento propio** o mediante documento oficial de **identidad** que les exhiban, dejando constancia en los instrumentos autorizados, de la forma de acreditación utilizada y de los datos del documento de identidad exhibido. El escribano interviniente podrá requerir el otorgante a quien se identifique por medio de su documento de identidad, que estampe la impresión dígito pulgar de su mano derecha o en su defecto la de otro dedo, en el documento notarial que se autorice, dejando constancia de ello en el mismo instrumento. Lo dispuesto en este numeral será también de aplicación para los testamentos solemnes abiertos y para la cubierta de los testamentos solemnes cerrados."

Como se desprende de la norma citada, pese a brindar una respuesta altamente valorable a los tiempos y a la exigencia en la celeridad de las transacciones, no define exactamente qué se entiende por "conocimiento".

Menciona los términos "identidad" e "identificación" de manera indistinta para referirse a los mismos.

Si avanzamos sobre el estudio de cada uno de los términos tendremos:

1) Identificar refiere a la acción de reconocer que una cosa o persona es la misma que se supone.

2) En cambio identidad es la igualdad que se verifica siempre, cualquiera que sea el valor de las variables que contiene.

3) Por último, conocimiento refiere a tener trato y comunicación con alguien. Podemos asociar el término conocimiento a aquel medio que nos permite asegurarnos de la identidad de las personas en referencia a la comprobación de que ese sujeto es “uno mismo y no otro”, y de esa manera será el titular legítimo de un derecho que detenta o de un interés que persigue. Hay una correspondencia entre lo físico y su personalidad.

En cambio, el tema de la identificación es muy diferente ya que responde más a parámetros subjetivos que nos permitan reconocer a esa persona como la que es o dice ser.

Atento a esta breve reseña terminológica, podemos tentar y construir un concepto que refiera al conocimiento en el ámbito notarial.

El Escribano debe actuar con tal diligencia que su actuar no deje lugar a dudas sobre el acto celebrado y sobre todo, por quien y entre quien se celebra.

Para eso debe tomar los recaudos necesarios por si emite un juicio sobre la identidad de una persona, o sea de que la persona es quien dice ser, llegue a la convicción de certeza mediante elementos de origen subjetivo pero que él considere suficientemente válidos.

Sino llegara a esa convicción debe recurrir a elementos objetivos que la misma ley le proporciona: la exhibición del documento oficial de identidad, o sea aquel documento que asegura que quien es portador del documento es la misma persona está celebrando la audiencia.

Pese a este gran progreso el Escribano debe igualmente actuar a buen resguardo. No es de extrañar que la exhibición corresponda a una falsificación tanto documental como ideológica del documento de identidad.

Por lo tanto es responsabilidad del Escribano verificar la idoneidad del documento mediante un examen cauteloso con la diligencia de un buen padre de familia.

Para que esto se verifique, se deben tener presentes los siguientes tópicos:

10. Significar el concepto de conocimiento de las personas en relación a su individualización e identificación objetiva.
11. Recurrir a elementos útiles que posibiliten emitir un juicio certero que lleve al Notario a tener la convicción de quien está frente a él es quien dice ser y no otro como el documento de identidad.
12. Gestionar ante los organismos gubernamentales la actualización de la tecnología proveyendo de sistemas informáticos actualizados de acceso a redes oficiales seguras, y de acceso restringido que permitan la consulta previa a la autorización, sin violentar los datos sensibles de las personas.

## **REFLEXIONES FINALES**

Del desarrollo propuesto, se desprende que el Notario se encuentra limitado en su actuar, con una responsabilidad compartida y cada vez más pesada, y por lo tanto, si se requiere su colaboración, se le deben brindar los elementos necesarios para que se cumpla el fin buscado.

Más allá de la circunstancia legal que impone la nulidad del acto notarial para el caso que se autorice un documento sin dejar constancia del conocimiento o la forma de identificar al compareciente, a esto se suma la carga que impone el Estado que comprometiéndolo al Notario a ir más allá de la persona y determinar la licitud de su capital.

Al entender del redactor del presente, se confunde sobre quién debe oficiar la tarea de policía del Estado, y custodiar la licitud de las transferencias u operaciones que se realicen.

El Notario tiene el deber de colaborar pero no comprometiéndolo su integridad ni comprometiéndolo sus principios profesionales básicos. De manera contraria se estaría desvirtuando su figura y se estaría frente a un delator, quebrando el basamento de la confianza que el cliente deposita.

¿Qué es hoy lo sospechoso?

¿Corresponde al Notario determinarlo?

¿Cuáles son las bases objetivas sobre las cuales se puede determinar?

¿Cuál es el rol que cumple el Estado en todo esto?

¿Se puede transgredir el derecho a la intimidad de la persona?

¿Se pueden vulnerar sus derechos fundados en una simple sospecha?

Son preguntas para las cuales no tengo respuestas, si bien el Estado ha realizado alguna propuesta de base sustancialmente objetiva en cuanto a lo cuestionado.

Son tiempos difíciles que restan por recorrer, en los cuales el Notariado deberá tomar decisiones fundamentales que conlleven a una reconceptualización de su actuar pero sin perder su objetivo: la seguridad jurídica y el desarrollo de una sociedad en paz, sin litigios.

## BIBLIOGRAFÍA

- b. Decreto-ley 1421 (Ley Orgánica Notarial)
- c. Ley 17854
- d. Acordada Reglamentaria 7533 de 22 de octubre de 2004.
- e. Larraud Rufino, V Jornada Notarial Uruguay
- f. Il Jornada Nacional del Cono Sur.- Asunción del Paraguay, Paraguay (abril de 1977). Esc. Julio Bardallo, MArt.ha Cano, María Emilia Gleiss, Lidia Paradell y Alicia Presto.
- g. Freire, Beatriz Rev AEU vol 84 año 1998
- h. Siri Julia, V Congreso Nacional del MERCOSUR (30/10/99)
- i. Comité del Notarial del MERCOSUR (Buenos Aires, Argentina), nov 2000. (Esc. Andrea Trujillo, Ma. Fernanda Diana, Lucía García Deambrosi, Esc. Ramiro Benítez)