

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La Seguridad y la Certeza en el Derecho () (415)*

JOSÉ MARÍA MUSTÁPICH

SUMARIO

I. Introducción. - II. La prueba legal. - III. Especies de prueba legal. La prueba legal absoluta. - IV. Trascendencia y fijación de los hechos jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN

El fin inmediato del derecho lo constituye la seguridad jurídica. Los hombres, al agruparse socialmente a impulsos de su necesidad social y de solidaridad, al dictar las primeras normas de coexistencia, tienen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

primariamente en vista, no afanes de justicia, sino los más ingentes e inmediatos requerimientos de su seguridad. La vocación por la justicia, ínsita en el ser humano, como manifestación del derecho natural, vendría después de asentado aquel otro principio.

El orden jurídico, organizado por el derecho objetivo, tiende a la satisfacción de estos principios que se complementan: seguridad y justicia. Es evidente que el derecho no es exclusivamente seguridad como en los primeros estadios históricos, pero es razón inmediata del derecho, del que la justicia es su fin supremo.

La dosificación de la seguridad, con el resguardo trascendente de la justicia, es la faena compleja y difícil del legislador y de la doctrina.

La seguridad jurídica(1)(416) exige, en el tráfico jurídico, certeza y celeridad, valores que están indisolublemente unidos en la concepción del orden jurídico y del sistema de legalidad de manera tal que no puede éste considerarse cabalmente logrados sin la realización plena de aquellos valores jurídicos.

Luis Recasens Siches(2)(417) recoge conceptualmente estas necesidades fundamentales del derecho, cuando afirma: "El hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe hacer frente a ellos y precisa no sólo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente, esto es, precisa certeza sobre las relaciones sociales, pero, además, de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada. Y el derecho surge como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás; certeza, pero no sólo certeza teórica, sino también certeza práctica, es decir, seguridad. Claro está que con certeza y seguridad no basta, pues la certeza y la seguridad deben darse en normas justas, pero aquéllas son el sentido formal de la función del Derecho".

Un talentoso procesalista, Carlo Furno(3)(418), expresa, a su vez: "La certeza y la seguridad aparecen como necesidades fundamentales en los ordenamientos jurídicos modernos no sólo en cuanto a la formulación de los preceptos generales y abstractos que constituyen el derecho en sentido objetivo, sino también en cuanto a las concretas relaciones y situaciones subjetivas consideradas en su doble aspecto de hecho y de derecho. Para satisfacerla se busca en el sistema de la legalidad un delicado y sabio equilibrio entre la actividad normativa y sancionadora del Estado en los ámbitos legislativos y jurisdiccional y la actividad de los sujetos de derecho.

"Fuera y antes del proceso el derecho no combate directamente la incertidumbre. Pero si no directamente el derecho puede combatirla indirectamente, invirtiendo los términos del problema para su solución: o sea, previniendo la incertidumbre, procurando dar certeza y seguridad a las situaciones y a las relaciones concretas intersubjetivas,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

predisponiendo medios e instrumentos aptos para producir certeza y poniéndolos a disposición de las partes; recogiendo y fijando legalmente las manifestaciones de certeza en el mismo acto en que la voluntad privada se propone crear relaciones y situaciones".

Para Furno(4)(419) lo que objetivamente considerado se llama verdad histórica desde un punto de vista subjetivo es certeza, de donde la certeza es un estado de conocimiento individual; deduce así que "entre verdad y conocimiento existe un nexo esencial, ya que la aptitud para conocer es la que hace surgir el problema de la verdad y le da carácter de necesidad imperiosa; la convicción, a su vez, es la medida psicológica de la certeza, que tiene importancia mínima en la certeza matemática, pero máxima en la certeza histórica".

Heusler(5)(420) define a su vez la certidumbre como el "convencimiento de la verdad".

Para Carnelutti(6)(421), la certidumbre no es sino un grado del convencimiento, definición criticada por Furno cuando advierte que la relación entre ambos conceptos es diferente: "la certidumbre - dice - es un estado del conocimiento, medido por la convicción, es decir, certidumbre y convicción no se suceden, sino que coexisten".

Igualmente es menester distinguir entre verdad material y verdad formal.

Carnelutti(7)(422) agudamente señala "la antítesis significativa entre la verdad material y la verdad formal o jurídica, el resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada, no es la verdad material, o como diríamos mediante una eficaz redundancia, la verdad verdadera, sino una verdad convencional, que se denomina verdad formal, porque conduce a una indagación regulada en las formas o verdad jurídica, porque se la busca mediante leyes jurídicas, y no sólo mediante leyes lógicas y únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material. Pero no se trata aquí más que de una metáfora; la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material y no es más que verdad o discrepa de ella y no es sino una no verdad, de tal modo que, sin metáfora, el proceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino para la fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos. ... ". Añade más tarde: "cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado es que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos".

Carlo Furno(8)(423) expresa que "por verdad material se entiende la certeza histórica lograda en el proceso por vía de una o más experiencias probatorias cuyos resultados deben ser apreciados por el juez con plena y absoluta libertad de criterio en que el elemento probatorio va siempre dirigido a formar la convicción del juez, con perfecta discrecionalidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para su valoración. En cambio, por verdad formal, se entiende la certeza histórica lograda en el proceso, no a través de la valoración crítica libremente ejercitada sobre el material probatorio por el órgano judicial, sino en virtud de un sistema legal de accertamiento definitivo de los hechos, o sea, en virtud de un complejo de normas imperativas, las cuales, suprimiendo por completo la libertad judicial de valoración, vinculan al juzgado, a tener por ciertos los hechos concretos demostrados en los modos correspondientes a las hipótesis previstas en abstracto por aquellas normas".

Es aquí donde para satisfacer la apetencia indispensable del derecho de seguridad y certeza, penetramos en los dominios poco claros y no delimitados de la prueba legal del que el instrumento notarial es el más genuino y calificado representante y que le fija y señala su verdadera naturaleza jurídica y su privilegiada ubicación en el ordenamiento jurídico.

La prueba legal aparece así, como bien expresa Carnelutti(9)(424), estrechamente ligada a aquellas exigencias de certeza de las que se deriva la formación de los mandatos generales o normas jurídicas.

II. LA PRUEBA LEGAL

Históricamente la prueba legal es la manifestación primaria de la tutela estatal. Las formas y ritos religiosos son los que, grabados en los hombres y las sociedades primarias, resuelven los principales aspectos de la vida jurídica y social.

Fustel de Coulanges(10)(425) ha podido así enseñar que en Roma la religión generaba normas. "El fas se funda en la voluntad de los dioses. Esta misma religión, luego de extender la familia, ha formado una asociación mayor, la ciudad. De ella - de la religión - han procedido todas las instituciones y todo el derecho privado de los antiguos".

En este estadio jurídico la forma da vida al acto. La condensación de voluntades y de forma es total, y la historia del derecho nos presenta como evolución del mismo la paulatina escisión de la voluntad, ahogada por la forma.

Tal es la concepción romana. Las formas simbólicas y las palabras rituales - como en la stipulatio - son por sí solas fuente autónoma de obligaciones. Largos años han de pasar para que merced al derecho pretoriano, la voluntad emergiera lentamente de la férrea armadura formal. Con la exceptio doli, una brecha importante se consuma.

A la stipulatio la sucede en el tiempo la cautio, en un proceso histórico conocido.

Bien dice Furno(11)(426) a este respecto, que el fundamento de la prueba legal, en el correr de los siglos, se ha desplazado desde la superstición religiosa, a la experiencia humana y, más concretamente a la experiencia jurídica.

"La evolución histórica - agrega - nos muestra en primer lugar la sustitución de la superstición religiosa por el formalismo. La forma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

protege, defiende, tutela".

El antiguo derecho germánico presenta esta misma evolución, común en todos los pueblos, en el desarrollo de las pruebas legales en el proceso germánico, "donde para facilitar la respuesta divina (juicio de Dios), la invocación era seguida por pruebas de fuerza o destreza o por la afirmación solemne del propio derecho (juramento con carácter sagrado). El juez no tenía más función que la de controlar con su presencia la regularidad de la práctica de las pruebas y de su resultado". Modernamente, el camino de la experiencia - la experiencia jurídica - y la certeza fundamentan la prueba legal. Carnelutti(12)(427) admite así que "el proceso civil no tiende como el proceso penal a la verdad, sino que, dentro de ciertos límites, sacrifica esta tendencia para conseguir el beneficio de la certeza". En su teoría general del derecho(13)(428) complementa su pensamiento al expresar: "La prueba legal aparece estrechamente ligada a aquellas exigencias de certeza de las que deriva la formación de los mandatos generales o normas jurídicas. Precisamente esta profundidad de sus raíces explica su difusión, lo mismo que su resistencia ante las críticas que con escasa ponderación se han dirigido contra ella. A un período de poco favor ha sucedido la rehabilitación de esta institución, a la que se ha terminado por reconocer con su verdadero carácter, su utilidad, o más bien su necesidad y de la que se explica, así, la grandísima difusión, incluso, según investigaciones recientes en el derecho antiguo".

La antigüedad de la institución presenta la paradoja de su escaso desarrollo doctrinario. Sobre el tema de la prueba legal, dice Furno (14)(429), mucho o todo está aún por hacerse. Y no solamente en Italia, donde la moderna doctrina de la prueba se concreta casi únicamente a las decisivas aportaciones de Francisco Carnelutti, sino también en los países de derecho germánico, donde hay una tenaz y tal vez obtusa hostilidad hacia el concepto y el sistema de la prueba legal.

En esta incomprensión está inmersa una discutible como aislada afirmación de Guasp(15)(430) de que "el fenómeno de la prueba legal constituye una anomalía jurídica y ...que no se trata sino de residuos históricos de concepciones procesales hoy superadas".

Veamos, en cambio, los asertos de la doctrina al respecto.

Piero Calamandrei(16)(431) enseña que cuando la utilización de un medio de prueba haya dado un resultado formalmente positivo, el juez debe conformarse ciegamente con él, aunque íntimamente esté convencido de que no corresponde a la verdad. Esta valoración preventiva y genérica que la ley hace de la credibilidad de ciertas pruebas (llamadas pruebas legales) sustrayéndolas a toda específica apreciación a posteriori y dejando al juez solamente el limitado oficio de verificar si la prueba ha sido prestada formalmente (an iuratum sit) constituye una nueva diferencia típica entre el procedimiento lógico del juez y el del historiador, el cual procede a la crítica de las fuentes sin otra guía que la que le proporcionan su ingenio y su conciencia.

Para Hugo Alsina(17)(432) la prueba legal existe cuando "la ley impone

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al juez un criterio determinado para la valoración de la prueba, lo cual ocurre en todos los casos de prueba legal, que comprende no sólo aquellas en que la solución está impuesta por la ley, como ocurre en las presunciones *juris et de jure*, sino también cuando establece una forma determinada de prueba, como en los contratos superiores a \$ 200 para los cuales se requiere la prueba escrita (art. 1193, Cód. Civil) o cuando se exige una forma determinada para que el acto pueda tenerse como existente, como en las donaciones de inmuebles (art. 1810, Cód. Civil), los testamentos, etc., o cuando se establecen normas para fijar la eficacia de una prueba, como las tachas respecto de los testigos (arts. 206 y 207, Cód. de Proced.).

Couture(18)(433) afirma que "por pruebas legales, se entiende en el lenguaje procesal común, aquellas pruebas cuya eficacia ha sido determinada en forma expresa por un precepto legal, sin posibilidad de apartamiento de tal criterio. Cuando bien se medita acerca del alcance de las llamadas pruebas legales, se advierte de qué manera el orden jurídico ha procurado con ellas, más que una solución de justicia, una solución de paz".

Chiovenda y Liebman(19)(434) dicen de las pruebas legales: "Se encuentra para ellas una especie de justificación en el grado de la certidumbre más elevado que confiere a las relaciones jurídicas, dado que permite sustituir la crítica subjetiva de la prueba por parte del juez con una apreciación anticipada y abstracta que el legislador extrae de la experiencia dada por la vida normal. Esta razón conduce, además, a que la solución del proceso sea más previsible".

Carnelutti(20)(435) advierte la necesidad de "buscar un medio para eliminar o limitar la incerteza en todo lo posible. Este medio consiste en sustituir el juicio histórico libre por un juicio vinculado". Agrega(21)(436) que "la prueba legal es apreciada no sólo en función de la agilidad que presta al juicio histórico del juez, sino también antes de éste, al juicio histórico de las partes, que todavía tienen más prisa que la que debe tener el juez; y por eso no sólo en función del beneficio que de ella se deriva para la composición de las partes, sino además en la prevención de la litis" En otras obras(22)(437) aseveraba que "una regla de experiencia se convierte en regla legal cuando sea obligación para alguien someterse a ella", y con más fino análisis, afirmó(23)(438) "El fin último del sistema de la prueba legal consiste en prevenir o en reprimir el litigio sin necesidad de proceso", con lo que coloca a la prueba legal en su verdadero y auténtico plano que no es el meramente procesal. Ya había señalado Chiovenda(24)(439) que "en sí misma la prueba legal no puede confundirse con la prueba ordinaria".

Carlo Furno(25)(440), en su meritoria obra Teoría de la prueba legal, asevera que, según la apreciación judicial "sea o no libre y autónoma, según que existan o no vínculos normativos para la formación del convencimiento personal del juez en relación a la certidumbre de los hechos objeto del pleito, podrá o no podrá hablarse de prueba libre. Y cabalmente en antítesis al concepto de prueba libre se ha creado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modernamente la expresión prueba legal" y(26)(441), el que "en régimen legal estricto sensu, el legislador sustituya al juez sólo implica que el iter del procedimiento probatorio no pasa por la convicción personal del juez, sino que saltando por encima de ella (que en el plano jurídico no es indispensable) llega directamente a su meta procesal: el accertamiento de los hechos, la objetivación de la certeza".

En otra parte de su valiosa obra(27)(442) opina que "las normas de prueba legal, tienen al juez como su natural y directo destinatario y sólo y exclusivamente para el juez son de carácter vinculante".

Disentimos en esta última parte con el calificado procesalista, que no ha sabido desprenderse de su perspectiva ritual, lo que le ha impedido ver el más amplio e importante panorama de la prueba legal, cuya base de sustentación es el derecho civil y, subsidiariamente, cuando la realización del derecho no se cumple, cuando es menester la cognición judicial, la prueba legal surte efectos también para ese campo del derecho, pero esos son efectos secundarios y no los inmediatos y normales para los cuales fuera concebida y creada por el legislador.

Si el accertamiento de los hechos es el fundamento de la prueba legal, estos hechos pueden eventualmente jugar como plena prueba en el proceso, pero antes, merced a su exteriorización y forma auténtica, han nacido a la vida jurídica y producido todos los efectos jurídicos determinados de tal existencia auténtica.

En consecuencia, no es exacto que la prueba legal tenga al juez por natural y directo destinatario, sino sólo, eventualmente, cuando no ha ocurrido lo que Carnelutti denomina acto debido o se impugna su existencia o validez; antes ha producido todos los efectos normales que señala el ordenamiento positivo.

Si la objetivación de la certeza - fundamento preciso de la prueba legal - sólo consistiera en tener efectos para el proceso - para lo patológico - , menguada y limitada utilidad proporcionaría esta extraordinaria institución de la prueba legal, que, por el contrario, irradia sus importantísimos efectos en la realización normal y pacífica del derecho concreto.

Justamente ha podido afirmar Couture(28)(443) en este sentido que "las pruebas legales, en sí mismas, están más cerca de la paz(29)(444) que de la justicia" y, como lo reconociera Carnelutti, son preventivas del proceso, antilitigiosas por esencia.

Donde más notorio resulta este aserto es en el documento público, el más fino instrumento de la prueba legal. La concepción meramente procesalista, como la que criticamos, presupone confundir elementalmente la forma con la prueba, el acto con su justificación y con sus efectos procesales.

Esa concepción procesalista, en consecuencia, no cuaja de ninguna manera con relación al instrumento público, aunque puede tener asidero en algunos otros supuestos de prueba legal, como las presunciones legales, el juramento decisorio, la conducta procesal de las partes, etc.

El mismo Furno contradice su precedente posición cuando en su teoría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la prueba legal(30)(445), al criticar los excesos doctrinarios de la concepción publicista del proceso civil, que arranca de Oscar Bulow que ha dado al proceso el máximo relieve, olvidando el peso efectivo del núcleo sustancial, expresa: "Se tacha de nulidad todo influjo del derecho sustancial privado, se combate la prueba legal; ondea al viento la bandera de la verdad material. Pero echado por la puerta, el derecho privado se cuelga por las ventanas y por las rendijas, con irrefrenable fuerza de penetración... se coloca el acertamiento negocial en el puesto de la prueba legal. Parece como si el estado de derecho no tuviera ningún otro sector jurídico de qué preocuparse sino del procesal; como si el derecho sustancial no fuera también una parte importante y hasta principal de ese orden jurídico con que el Estado se identifica, como si la afirmación de la soberanía del Estado sobre los ciudadanos particulares no tuviera otro campo mejor, ni distinto en qué manifestarse que en el del proceso; en fin, como si todo el ordenamiento jurídico no tuviera otra finalidad que la de empequeñecer al Estado, interesándole mezquinamente en las desavenencias de los particulares; ya que no le es posible enaltecer al individuo hasta su nivel y como si, para todo ello, tuviera que valerse, exclusivamente, del proceso".

Por otra parte, como certeramente señala Calamandrei(31)(446) "La infinidad de las relaciones jurídicas que en el comercio cotidiano surgen, se desarrollan y se extinguen sin dar lugar a intervención del juez, demuestra de un modo indubitable que la ley, en la mayoría de los casos, se concreta y se aplica por sí misma. La ley habla directamente a los sujetos de las relaciones jurídicas surgidas en la vida práctica; les envía directamente sus mandatos y sus prohibiciones y, solamente cuando aquéllos no comprenden sus palabras, o aun entendiéndolas, se niegan a atemperarse a ella, se hace sentir la necesidad de la función jurisdiccional para declarar la certeza. La norma de derecho privado no habla al juez: manda a los ciudadanos en previsión de que obedezcan y no supone previamente la hipótesis de su rebelión".

En otra parte de su valioso libro, asevera Calamandrei(32)(447) que la jurisdicción es una actividad secundaria en el sentido de que interviene solamente cuando falta la actividad primaria de aquellos a los que se dirige inmediatamente la voluntad de ley; normalmente la concreta voluntad de ley encuentra reconocimiento y observancia en aquellos a los que se dirige, y sólo en el caso anormal de que sea desconocida o viciada por sus destinatarios entra en acción subsidiariamente la actividad jurisdiccional.

Coinciden con esta clara posición los escritores españoles Bernardo García y Alfredo Landeta(33)(448) cuando aseveran que: "La prueba legal no puede ni debe reconducirse a un valor meramente probatorio, ya que el sustantivo es tan importante como aquél, cualitativamente y cuantitativamente muy superior, pues lo normal, lo frecuente, es que el documento cumpla su destino sin acudir al proceso. Nosotros nos referimos a la forma, como expresión de la técnica jurídica moderna, que encuentra su realización más acabada en el documento notarial; vemos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la predeterminación legal del valor jurídico de la forma, una conquista definitiva de la técnica del derecho y en la forma la fuerza creadora de nuevos principios jurídicos, como el de la apariencia, donde la publicidad creadora de la forma y la real de la posesión convergen en identidad de valor legitimados".

Severamente enjuicia, a su vez, González Palomino(34)(449) la concepción procesalista. "La prueba legal preconstituida - afirma - es algo que se hace antes del proceso, fuera del proceso y para evitar que haya proceso. Es algo antiprocesal, por esencia, presencia y potencia, y si bien puede emplearse en el proceso como DDT, se emplea mucho antes del proceso en la vida del tráfico. Si el proceso no se logra evitar, entonces la prueba legal preconstituida (forma de valer) puede emplearse como medio de prueba. Pero este empleo posible, ni cambia su finalidad, ni muda su naturaleza".

"Me parece un perfecto juego floral decir que su normal destinatario es el juez y su función natural la de actuar de prueba en el proceso, no obstante lo cual pueden producir efectos indirectos, reflejos, anticipados o provisionales en la vida extraprocesal. Más exacto es invertir los términos y afirmar que las llamadas pruebas legales sirven en la vida para prevenir y evitar todo posible proceso, actuando en el tráfico como medio de legitimación".

Carnelutti(35)(450) avizora el exacto horizonte de la prueba legal, aunque sin desarrollarla, cuando confiesa que no sólo es apreciada en función de la agilidad procesal, sino también antes del proceso por el juicio histórico de las partes que "todavía tienen más prisa que el juez y por eso no sólo en función del beneficio que de ella deriva para la composición de las partes, sino además en la prevención de la litis".

III. ESPECIES DE PRUEBA LEGAL. LA PRUEBA LEGAL ABSOLUTA

Hugo Alsina(36)(451) señala con carácter meramente enumerativo algunos supuestos de prueba legal. Alude así a las presunciones juris et de jure, las formas determinadas por la ley, las normas sobre eficacia de una prueba, como las tachas respecto de los testigos.

En cambio Furno(37)(452) precisa con más minuciosidad lo que denomina medios de instrucción que integran abstractalmente la categoría de pruebas legales stricto sensu y que relaciona con el derecho italiano. Ellos son:

- a) El instrumento público (arts. 1315 y sigs., Cód. Civil).
- b) Los documentos privados reconocidos o autenticados (arts. 1320 y 1323, Cód. Civil) y algunos otros (libros de comercio, registros y cartas familiares, anotaciones del acreedor a favor del deudor sobre el título de su crédito, libros de cuentas de c)
- c) Las copias de los instrumentos públicos y de los documentos privados.
- d) Los reconocimientos (art. 1340, Cód. Civil).
- e) Las presunciones legales (art. 1350, Cód. Civil).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- f) La confesión de las partes, sea judicial o extrajudicial (arts. 1355 y sigs., Cód. Civil).
- g) El juramento de las partes, decisorio o supletorio (arts. 1362 y sigs., Cód. Civil).
- h) La conducta procesal de las partes en algunas de sus manifestaciones (ej. arts. 218, 225, 283 y 614, Cód. de Proced. Civil y arts. 1360, 1367 y 1662, Cód. Civil).

Advierte a continuación que la eficacia del accertamiento de los indicados medios no se establece por la ley en igual medida.

González Palomino(38)(453) acota al punto que "la protección del derecho a situaciones de la vida real que desea favorecer frente a cualquier ataque futuro, se logra por medios de diversa intensidad, que van desde la presunción inicial favorable, con simple desplazamiento de la carga de la prueba (que no excluye la prueba contraria) hasta la afirmación objetiva e incontrovertible de una realidad por medio de presunciones juris et de jure (que tienen más de normas que de presunciones). La derivada de instrumentos públicos, en cuanto a la parte de los mismos de que hacen fe por declaraciones del notario, no pierden su eficacia, mientras no se demuestren su falsedad o la nulidad formal del documento. Entre estos polos está «toda la lira». Y uno de estos mecanismos es el de la prohibición y exclusión de toda prueba sobre los mismos hechos probados por medio de prueba legal, mientras no se destruya el propio medio de prueba".

Añade Furno(39)(454) que si existe disparidad de eficacia en los distintos casos de prueba legal, "tal eficacia es absoluta y definitiva para el instrumento público, confesión judicial o extrajudicial, juramento, salvo el empleo de remedios especiales para eliminar sus consecuencias (p. ej., en cuanto a la confesión, la retractación por error de hecho; en cuanto al instrumento público, la querrela de falsedad).

"La prueba legal no hace sino convertir en automático el efecto probatorio, aproximando el medio al hecho hasta llegar a su identificación. Actúa como una especie de aparato mecánico cuya puesta en marcha se produce instantáneamente por la verificación concreta del supuesto de hecho previsto en abstracto por la ley".

A nuestro estudio interesa fundamentalmente esa prueba legal absoluta - la certeza formal que constituye el instrumento público - al que se anexan las figuras de la fe pública y de la autenticidad.

IV. TRASCENDENCIA Y FIJACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS

No necesita mayor explicitación fijar la función trascendental de los hechos, como creadores del derecho.

Sin hechos que engendren derechos, ha podido decir Freitas(40)(455) no puede existir derecho alguno. Existen solamente personas, existen entes preparados para adquirir tales facultades, ya sea por su actividad como por su pasividad. Tenemos ahí los dos elementos: "Personas - hechos".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el mismo sentido se expide nuestro ilustre codificador, cuando en la nota al art. 896 del Cód. Civil señala que "la función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos".

Tenemos así, como Calamandrei(41)(456), resumiendo la posición de la Teoría pura del derecho, de Hans Kelsen, que "toda prescripción de ley contiene en sí la suposición de una relación de hecho, por lo que toda norma puede reducirse a un mandato hipotético compuesto de dos miembros, el primero de los cuales contiene el condicionante (si se verifica la relación de hecho A) y el segundo contiene el condicionado (debe verificarse la consecuencia jurídica B)".

De esa gama compleja destaca la importancia señera de los hechos del hombre y en especial de los actos jurídicos, definidos acertadamente en el art. 944 del Cód. Civil argentino como actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

En materia de actos jurídicos, enseña Von Thur(42)(457) "El elemento esencial del factum del negocio jurídico es la manifestación de voluntad de las partes. Para producir efectos la voluntad a la cual la ley atribuye la virtud de configurar las relaciones jurídicas debe ser manifestada, pues, la voluntad, como suceso psicológico interno, no es susceptible de conocimiento y sólo puede deducirse con mayor o menor seguridad de la conducta humana externa".

En términos más didácticos había dicho antes Von Ihering(43)(458) que una voluntad sin forma es la espada de Bernardo, que ni pincha ni corta o, como decía Geny(44)(459), tal exteriorización es como una cubierta o envoltura de la voluntad, susceptible de ser admitida en el campo del derecho.

El derecho ha debido a tal efecto crear medios técnicos de objetivación necesarios e indispensables para crear certeza y seguridad en las relaciones jurídicas. La institución de la prueba legal, con su más alta manifestación: el formalismo que tiende a tales fines. Otras veces complementa esos medios creando registros de las personas, de la propiedad, de mandatos, de automotores, patentes y marcas, etc., que exteriorizan esa necesidad de seguridad y certeza que requiere el tráfico jurídico.

Bien expresa González Palomino(45)(460) que "La vida social de cada día sería imposible si para obtener la relativa seguridad de que los actos eran adecuados a la norma general tendrían las consecuencias de la garantía de la norma y podrían circular en el comercio ordinario como encajados en la hipótesis de la norma, no hubiera otra solución que la del pleito ni otra posibilidad que la de una sentencia firme. Esta es la función instrumental de las formas jurídicas como medios de creación de la certeza jurídica, armamento preventivo del derecho dirigido directa e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inicialmente, no al juez, sino a los particulares; instrumentos de legitimación, destinados a actuar inmediatamente en el tráfico y no en el proceso, pues su finalidad es la de yugular el proceso. A ciertas formas atribuye la ley un valor desligado de toda estimación subjetiva, de todo efecto persuasivo sobre la convicción individual del juez futuro: son las llamadas pruebas legales, cuya verdadera naturaleza no es probatoria, sino formal; formas de valer".

El ordenamiento jurídico tiende a garantizar esa necesidad de certeza creando medios idóneos, y para el supuesto de que tales medios no cumplan su pacífica y normal función, crea a posteriori el medio irrevocable de eliminar la incertidumbre al confiar a la jurisdicción la declaración concreta del derecho.

La fijación preventiva del estado de hecho es lo único, dice Furno(46)(461), que puede hacerse desde un punto de vista técnico - jurídico antes que la incertidumbre se haya revelado objetivamente.

La ley crea esos medios objetivos de certeza, a los que atribuye efectos sustantivos y procesales, estableciendo la valoración de los hechos, que en los supuestos de prueba legal obligan formalmente al juez.

Estamos, pues, en presencia de un juicio histórico, o de hecho, en el que, como veremos más adelante, el oficial público es calificado personaje, y el juicio de derecho, sentencia que cierra el sistema unitario de la certeza jurídica.

Dentro de la armonía del orden jurídico, dos principios rectores se avizoran: la ejecutoria de la Historia y la del mandato, es decir, la necesidad de la infalibilidad, la certeza oficial de los hechos y la posibilidad de recurrir a la jurisdicción, a la sentencia del juez, que por su imperio declare el derecho poniendo fin a la controversia.

Hay en esto una admirable división del trabajo, verdadera competencia de funciones distintas, pero orientadas a una misma finalidad de orden, como lo reconoce Chiovenda(47)(462) al aseverar que el juez está llamado a promover en nombre del Estado mandatos irrevocables, no a formular juicios históricos que tengan el sello de la infalibilidad oficial. Tales juicios históricos, fundados en la experiencia jurídica, ensamblan en la densa y compleja institución de la llamada prueba legal, a la que podría denominársela con más propiedad certeza legal, en sus dos subdivisiones: certeza formal y certeza judicial.

Insistimos así en que la certidumbre no constituye en todo caso un estado típico del conocimiento histórico del juez que haya de medirse en razón del grado de su personal convicción. La necesidad de certidumbre no se satisface exclusivamente para los fines de la función jurisdiccional y por el único trámite del proceso, sino que es una necesidad elemental y fundamental de toda organización jurídica social: una necesidad esencial para la seguridad de las relaciones jurídicas entre los particulares y para el equilibrio y la estabilidad del ordenamiento jurídico en general. Necesidad sentida en el propio campo del derecho material, antes y aun fuera del proceso.

El legislador, para poder formular reglas abstractas y generales, debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contar con la constante uniformidad de los medios concretos correspondientes a los abstractamente previstos por las normas. De ahí la exigencia de formas determinadas...

Esas formas determinadas por el legislador primariamente, dan vida, acreditan y representan la existencia de hechos o relaciones jurídicas y su modo de ser; según su naturaleza intrínseca pueden implicar titularidad de derechos y de su legitimidad, y en última instancia son también prueba preconstituida con eficacia procesal definida, en caso de ser necesaria la intervención jurisdiccional, lo que regularmente no ocurre, por el ordinario acatamiento de la voluntad de la ley, que permite la marcha del mecanismo del sistema de legalidad creado por el Estado. Coetáneamente, el cumplimiento de estas formas origina también importantes efectos jurídicos determinados por la apariencia del derecho, lo que constituye una de las más recientes doctrinas modernas: la del derecho aparente.

La ley sobre la base de dos funcionarios de distinta jerarquía, el modesto oficial público - órgano de la autenticidad y expresión de certeza - y el juez - representante del poder jurisdiccional del Estado - , ha establecido un concatenado ordenamiento, regulado del principio al fin por la prueba legal.