

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

COMPROBACIÓN NOTARIAL DE HECHOS() (538)*

MANUEL GONZÁLEZ ENRIQUEZ, FRANCISCO MANRIQUE ROMERO y
JOSÉ ANTONIO MOLLEDA FERNÁNDEZ - LLAMAZARES (**)(539)

SUMARIO

- I. La competencia del notario latino conforme a la definición del Congreso de Buenos Aires de 1948.
- II. La realidad enfocada por la función notarial.
- III. Hechos y documentos.
- IV. El notario frente al hecho: análisis y comparación de los conceptos de comprobación, fijación y autenticación de hechos: A) Fase extradocumental. B) Fase documental: 1. Elemento subjetivo de la fase extradocumental. 2. Elemento subjetivo de la fase documental. 3. Elemento objetivo - jurídico de la fase documental.
- V. Autenticación de hechos: 1. Naturaleza. 2. Alcance. 3. Efectos.
- VI. Clasificaciones instrumentales y autenticación de hechos: 1. La distinción española escrituras - actas: a) Teorías. b) Crítica. Nuestra posición. 2. Otros tipos instrumentales: a) Protocolados (diligencias, notas). b) No protocolados (testimonios).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. Formación de los documentos receptivos de la autenticación de hechos: 1. Rogación. 2. El hecho a documentar: límites de la actuación notarial. 3. Recepción del hecho por el notario: sus deberes. 4. Narración del hecho: caracteres y formalidades: a) De hechos naturales o resultados de actos humanos. b) De manifestaciones. e) De comunicaciones e intimaciones.

VIII. La autenticación notarial y las garantías del debido proceso.

IX. Valor jurídico dentro del proceso: 1. Principios generales. 2. La prueba legal. 3 La acción de falsedad. 4. El documento notarial y el recurso de casación. 5. La autenticación de hechos dentro de la teoría general del documento auténtico notarial. 6. El ámbito del valor probatorio dentro del documento notarial de autenticación de hechos.

X. Valor jurídico fuera del proceso: 1. En la esfera administrativa. 2. Otros efectos.

XI. Comparación de los sistemas latinos y sajones en la autenticación de hechos.

XII. Sistema español vigente. Conclusiones.

I. LA COMPETENCIA DEL, NOTARIO LATINO CONFORME A LA DEFINICIÓN DEL CONGRESO DE BUENOS AIRES DE 1948

La conclusión a) del apartado B, de los acuerdos adoptados en el Primer Congreso Internacional de Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en el año mil novecientos cuarenta y ocho, dice literalmente así: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos".

Dejando a un lado, pues no es propio de esta ponencia, lo relativo al carácter de funcionario público o de profesional del derecho, o de ambas cosas, que pueda tener el notario latino, lo que ahora interesa es la concreción de la función notarial, tal y como aparece recogida en dicha conclusión. Con arreglo a ella, parece que es necesario distinguir dos campos de actuación del notario: El campo de la voluntad y el campo de los hechos. Ello ha sido destacado, en efecto, por los notarios uruguayos Bardallo y Carámbula, cuando dicen: "El notario actúa normalmente en dos zonas: la de los negocios jurídicos y la de los hechos jurídicos"(1)(540)

Ahora bien, conviene profundizar en la exégesis de la repetida conclusión para dejar debidamente planteado el problema a que se constriñe la presente ponencia.

Ante todo, debe destacarse una primera impresión que nos parece evidente, y tal impresión es la de que la conclusión da importancia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

preponderante a la actuación notarial en el campo de la voluntad respecto a tal actuación en el campo de los hechos. La referencia a la autenticación de hechos es como un estrambote, como una especie de propina, que no mereció, con su lacónica y tajante formulación, mayores desenvolvimientos por parte de los congresistas de Buenos Aires, al contrario que la referencia al campo de la voluntad, en la que los congresistas de Buenos Aires se manifestaron mucho más explícitos. Tal vez estribe la causa de ese dispar tratamiento en el hecho de que la actuación notarial en el campo de los puros hechos no está clara en algunos de los diversos sistemas notariales nacionales, no es uniforme en todos los dichos sistemas y, sobre todo, que, en algunos de los propios sistemas, no parece merecer más consideración que la de "función notarial en sentido subjetivo", siguiendo la terminología empleada por Pietro Carusi(2)(541), es decir, que sólo es tarea notarial en cuanto está atribuida por las leyes respectivas al notario, pero no forma parte de la función Notarial desde el punto de vista institucional.

Es lo cierto que la conclusión de Buenos Aires comentada se limita, en cuanto al campo de los hechos, a señalar que, en la función del notario latino, "está comprendida la autenticación de hechos"; y, en cambio, en el campo de la voluntad, hace referencia concreta a diversos aspectos de la actuación notarial, señalando las siguientes tareas:

A) Tarea de creación o elaboración jurídica: "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes".

B) Tarea documental: "redactando los instrumentos adecuados a este fin".

C) Tarea autenticadora: "y confiriéndoles autenticidad". Obsérvese de pasada que aquí la "autenticidad" está referida al "documento", no a los actos documentados, y, en cambio, al tratar de los hechos, se habla directamente de "autenticación" de éstos. Volveremos sobre este tema.

D) Tarea de conservación: "conservar los originales de éstos (los instrumentos)".

E) Tarea de movilización documental auténtica: "y expedir copias que den fe de su contenido (del contenido de los instrumentos)". Obsérvese de pasada que aquí la "dación de fe" - en el fondo, según veremos, la "autenticación"; términos intercambiables, a nuestro juicio - está referida al contenido de los instrumentos, no a los instrumentos mismos.

Sin prejuzgar el sentido de tales tareas, ni valorar su importancia, interesa, ciñéndonos a nuestro tema, destacar la circunstancia de que así como, en el campo de la voluntad, la función notarial está ligada, dentro de la conclusión comentada, al documento, no ocurre lo propio al tratar de los hechos, en cuyo punto no se hace referencia a tarea documental alguna. Es obvio, empero, que la función notarial, en el terreno de los hechos, también, o más aún que en el campo de las voluntades, ha de ligarse al documento. Prescindiendo, por superada, en nuestra opinión, y por ajena a nuestro tema, de la cuestión tan largamente debatida de donde radica la entraña sustancial de la función notarial latina, si en el documento o en la general tarea cautelar y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asesora, es indudable que la función notarial no se concibe sin el documento notarial, sin el instrumento, utilizando la terminología más cara a la tradición castellana. Con verdad se ha dicho por el notario uruguayo Rufino Larraud que la función notarial tiene "vocación documental"⁽³⁾⁽⁵⁴²⁾ y es ello tan cierto que, como está hoy perfectamente demostrado tras de los exhaustivos estudios de Núñez - Lagos, el documento notarial fue, históricamente hablando, antes que los notarios; un caso claro de creación del órgano por la función.

Pues bien, si, aunque no lo diga la conclusión comentada del Congreso de Buenos Aires, es obvio que la tarea notarial en el campo de los puros hechos ha de concretarse también en la elaboración de documentos, cae de su peso que de las cinco tareas notariales anteriormente esquematizadas para la actuación en el terreno de las voluntades, según la conclusión sometida a exégesis, las cuatro últimas - B), C), D) y E) - han de referirse también a la actuación en el campo de los hechos. Las tres finales, sin duda, en su propio sentido. En cuanto a la tarea del apartado B) - tarea documental - , con las correcciones derivadas de la materia a documentar - que son hechos y no voluntades - , lo que, en último extremo, conduce, prima facie, la distinción de la actuación notarial en uno y otro campo a la materia a documentar: ' Voluntades por un lado; hechos por el otro. Ulteriormente, tendremos ocasión de referirnos al importante problema de si la dispar materia a documentar, con las consiguientes implicaciones que ello lleva consigo, debe o puede determinar una distinción documental propiamente dicha.

Lo que interesa ahora señalar es, prescindiendo de proyecciones documentales, que al trazar la conclusión comentada las líneas maestras de la tarea notarial en el campo de las voluntades y en el campo de los hechos, juega con conceptos relativamente heterogéneos. Al tratar de las voluntades, previa referencia a la labor de recepción e interpretación de voluntades, pone el acento en "dar forma legal". Por el contrario, al tratar de los hechos, sin hacer referencia alguna a labor de recepción e interpretación, se limita a hablar de "autenticación", palabra un tanto cabalística como tendremos ocasión de ver, que no implica siempre o; por lo menos, puede no implicar, una labor de "dar forma legal", teniendo su sentido más propio en el campo de la prueba. Hablando en otros términos, parece que, al referirse a las voluntades, está preocupada la conclusión por la idea de la "eficacia", en tanto que, al tratar de los hechos, está pensando en la "existencia" o, mejor dicho, en "la prueba de la existencia". Ello, en si mismo, y mucho menos tratándose de una simple conclusión - por necesidad sintética - , no puede ser motivo de crítica propiamente dicha. Conviene, empero, destacar que "existencia" y "eficacia" no se excluyen y, por tanto, que la conclusión comentada no puede nunca ser entendida en el sentido de que el notario latino no "autentique" en el campo de las voluntades o no "dé forma legal" a algo en el terreno de los puros hechos. Al cabo, no hay que olvidar - y sobre ello volveremos luego - que las voluntades se concretan en "actos" o, en su caso, en "negocios", utilizando tales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

términos en sentido técnicojurídico, y los actos y negocios, antes que actos y negocios, o mejor, genéricamente son hechos.

Todo lo que llevamos dicho indica claramente que no es posible acotar, a priori y radicalmente, los dos campos en que, según lo establecido en la conclusión sujeta a exégesis, se desenvuelve la actuación notarial en los sistemas latinos, como si se tratara de dos compartimentos estancos, mónadas sin ventanas carentes de intercomunicación, procedentes de principios diversos y tendentes a efectos distintos. Conviene, en este aspecto, no dejarse llevar previamente por afanes clasificatorios, porque las etiquetas pueden impedir o dificultar fácilmente la comprensión de la trama sustancial de los fenómenos jurídicos, como ha dicho, hablando de otra cosa, Salvatore Pugliatti.

Es preciso, pues, para dejar debidamente planteado el tema de nuestra ponencia, huir de dogmatismos y medir cabalmente los conceptos y las palabras antes de hacer calificaciones que puedan resultar erróneas. Por ejemplo, la palabra "autenticación" y sus raíces y derivadas, pues todas ellas son polívocas; tienen, desde el punto de vista vulgar y jurídico, varios y diversos sentidos, tanto en sí mismas, como por razón del objeto al que se refieran.

Y es tan importante lo que acabamos de decir cuanto que una de las teorías más destacadas sobre la naturaleza de la función notarial, tal vez la más antigua - bien que bajo la especie equivalente de la "fe pública" - , centra tal naturaleza en la "autenticación" de situaciones jurídicas, sin distinguir, por cierto, entre hechos y voluntades. Un clásico de los notarialistas españoles (Torres Aguilar) ha dicho: "El acto jurídico, autorizado por la fe pública, se tiene por auténtico, palabra derivada de una voz griega que significa lo cierto, lo verdadero, lo que ha de ser creído, lo que es fidedigno... La fe pública procede directamente del Poder Central. . . Es un atributo de La soberanía que delega en distintos funcionarios... La fe pública notarial consiste en la certeza y eficacia que da el Poder Público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios...(4)(543). Más modernamente, el ilustre notario español Valentín Fausto Navarro Azpeitia publicó un artículo con el sugestivo título de "Teoría de la autenticación notarial"(5)(544), en el cual defiende la tesis de que lo que da esencia y existencia a la función notarial es el investir a todos los actos en que interviene el notario, en cuanto tal notario, de "una presunción de veracidad, que les hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado, salvo prueba. . . de nulidad o falsedad". A tal función denomina Navarro Azpeitia "autenticación". "Autenticación es el hecho de convertir en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad"; y, sobre tal base, define a la función notarial como acción de autorizar o legalizar alguna cosa para que haga fe con arreglo a derecho, destacando que la esencia de la función notarial es la función de autorizar o legalizar alguna cosa y su finalidad que tal cosa haga fe con arreglo a derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hemos destacado esta posición de Navarro Azpeitia porque una exégesis crítica de la misma nos va a permitir desbrozar el camino de nuestra ponencia, dejando situada la problemática de la misma descarnadamente y sin prejuicios. Veamos.

Lo que nos interesa en este instante de la posición Navarro Azpeitia no es si sirve para explicar la consistencia de la función notarial en todos los campos de actuación de ésta - es decir, en el doble campo de las voluntades y de los hechos - , sino como, aun referida simplemente al terreno de los hechos, es una teoría no ya inadmisibile, sino profundamente perturbadora, como lo son todas las teorías sobre la función notarial que pudiéramos llamar "transcendentalistas" en cuanto confunden la consistencia de tal función con su fin. Este es precisamente el error fundamental de la tesis de Navarro Azpeitia, en nuestra opinión.

En efecto, el mismo Navarro Azpeitia lo pone de relieve cuando distingue entre la "esencia" y el "fin" de la función notarial. Lo erróneo consiste en que, no obstante distinguir ambas cosas, insiste en considerar como "esencia" lo que es "fin" o, mejor, tal vez, "efecto". Si el fin de la función notarial, según Navarro Azpeitia, es que la cosa que el Notario autoriza o legaliza haga fe con arreglo a derecho o lo que es lo mismo, pues en eso consiste "hacer fe", que tal cosa sea creíble públicamente de modo forzoso (fe pública, autenticidad como cualidad dimanante de la "autenticación", en el sentido que le da Navarro Azpeitia), es claro que esa "fe pública" o "autenticidad" ha de quedar fuera de la esencia de la cosa, porque, como ha dicho tratando de otro tema, pero muy certeramente, González Palomino, el fin queda siempre fuera de la esencia del ser que trata de conseguirlo; lo que sí se implica en la sustancia del ser es la tendencia al fin, pero no el fin mismo. De aquí se desprende, a nuestro juicio, que en ningún caso, puede afirmarse, como a lo largo de tanto tiempo se ha dicho, que la esencia de la función notarial radica en la "fe pública" o en la "autenticidad" de hechos o situaciones jurídicas.

Ahora bien, Navarro Azpeitia no pone, al parecer, el acento, en orden a la esencia de la función notarial, en la "fe pública", sino en "hacer o crear la fe", es decir, según su terminología, en "autenticar situaciones jurídicas". En tal aspecto, parece que la tesis del ilustre compañero es admisible en tanto en cuanto incluye en la esencia de la función no el fin o efecto, sino la tendencia "en acto" hacia ese fin o efecto. Sin embargo, tampoco en tal aspecto es, a nuestro juicio, cabal la teoría de Navarro Azpeitia. El propio autor nos lo indica cuando, al distinguir entre esencia y finalidad de la función, dice que la esencia está en la "acción de autorizar o legalizar alguna cosa" para - "finalidad" - que "tal cosa haga fe con arreglo a derecho" No es el notario quien hace la "fe pública", o "autenticidad". La "autenticidad" o la "fe pública" la hace, o mejor, la da, en su caso, el ordenamiento jurídico. El notario "hace" algo a lo que el ordenamiento jurídico liga unos determinados efectos. En suma lo que hace "fe", en su caso, es lo que el notario hace, pero no porque el notario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

le dé la fe, sino porque el ordenamiento jurídico quiere que haga fe desde el momento en que está hecho por el notario conforme a derecho. Bajo este perfil, es claro, a nuestro juicio, que, sea cual sea lo que se piense sobre la consistencia de la función notarial, ésta no consiste - no es su "esencia" - en "autenticar", sino en poner los presupuestos precisos para que un hecho o situación jurídica produzca, por imperativo normativo, una determinada eficacia, que podrá llamarse "fe pública", "autenticidad" o como se quiera. Tales presupuestos se concretan, al cabo, en el documento notarial, en el instrumento(6)(545),

De todo lo dicho, en que nos ha servido de ocasión la posición del admirado compañero Navarro Azpeitia, se desprende, a nuestro juicio, una importante consecuencia para el planteamiento correcto del tema de nuestra ponencia: Al enfocar cualquier problema de consistencia de la función notarial, conviene distinguir netamente lo que hace el notario y lo que pone el ordenamiento jurídico. Decir que el notario "autentica" hechos puede ser, por razón elíptica, admisible en lenguaje corriente, pero no es cierto técnicamente hablando. Si los hechos se consideran "auténticos" no es por obra del notario, sino porque el ordenamiento los considera "auténticos" una vez que el notario los ha reflejado documentalmente con todos los requisitos exigidos por el propio ordenamiento. Y - si del campo de los contenidos pasamos al campo de las formas documentales, también es improcedente afirmar que un documento es "auténtico" porque lo hace el notario; el documento notarial es "auténtico" porque el ordenamiento lo quiere.

Mirando analítica y desbrozadamente la función notarial, después - de las consideraciones que han quedado hechas, nos hallamos con los siguientes elementos o planos generales:

- Una materia a documentar: Hechos y voluntades.
- Una tarea documentadora: Documento notarial o instrumento.
- Una eficacia del documento sobre la materia a documentar: Eficacia sustantiva del documento.
- Una eficacia del documento en sí mismo, en cuanto, en sí mismo, una cosa: Eficacia formal del documento.

De todos esos elementos, los dos últimos no son puestos por el notario, sino por el ordenamiento jurídico, y aunque constituyan, por ser su finalidad, la razón de ser de la función notarial, no son función notarial, sino el efecto de ella. Es preciso tener siempre en cuenta este, para nosotros, evidente esquema conceptual al objeto de evitar errores y confusiones.

Siguiendo tal esquema, vamos a empezar por referirnos, con el fin de acotar nuestro tema, a la delimitación de la materia a documentar en la actuación notarial relativa a los "hechos".

II. LA REALIDAD ENFOCADA POR LA FUNCIÓN NOTARIAL

La función notarial es una función "jurídica" y, de consiguiente, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

delimitación de su ámbito objetivo es primariamente secuela de la delimitación del "ámbito de lo jurídico", delimitación esta última que, como enseña el profesor y maestro don Federico de Castro, viene marcada por las normas jurídicas(7)(546). Sin incurrir en dogmatismos trasnochados, ni hacer concesiones a construcciones superadas, es obvio que el ámbito de lo jurídico viene concretado, en el terreno de la realidad externa, por hechos, acontecimientos, acaeceres teñidos de sentido jurídico, esto es, por "hechos jurídicos". "Hecho jurídico", en sentido totalitario, es todo acontecimiento al que la norma concede un significado jurídico. Hechos jurídicos son, por tanto, la realidad enfocada por la función notarial, la materia a documentar por el notario.

Ahora bien, la categoría general de "hechos jurídicos" es susceptible de múltiples matizaciones y ha conducido a muy diversas clasificaciones. Para los efectos de nuestro tema, empero, lo que interesa, según se desprende de lo anteriormente dicho, es delimitar el campo de las "voluntades", dentro del campo genérico de los "hechos", pues, por evidente y de puro sabido, está fuera de duda que los "actos" en que se concretan las voluntades son, primariamente, hechos: hechos matizados ulteriormente de una u otra suerte, pero, en principio, siempre hechos.

No es esta ponencia la ocasión para penetrar en toda la ardua teoría del "acto jurídico", pero sí es preciso en tal campo hacer ciertas puntualizaciones que son esenciales para el desarrollo ulterior de la propia ponencia.

Ante todo, hay que tener en cuenta que, dentro de la categoría general de "hechos jurídicos", no siempre el carácter humano del hecho - es decir, su procedencia del hombre o su proyección sobre el mismo - determina una especie cualificada de hechos jurídicos, ni siquiera la presencia de la voluntad del hombre, por sí sola, sirve de base para determinar tal especie cualificada. Lo importante, lo decisivo, para delimitar, en base a la voluntad del hombre, una especie cualificada de hechos jurídicos es la valoración de tal voluntad por el ordenamiento jurídico(8)(547). Con su habitual agudeza, De Castro nos da la clave: "Tienen la condición jurídica de actos: las situaciones en las que tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida"(9)(548). Así es como, por exclusión, se nos delimita a primera vista la categoría de "hechos" para los efectos de nuestra ponencia. Hechos simplemente "autenticables" (?) por el notario son todos aquellos que no son actos, esto es, todos aquellos en los que, aunque procedan del hombre, no es valorada la voluntad humana como conducta querida.

Pero no es todo tan sencillo como parece y ha de ser más puntualizado. Una cosa es el enfoque sustantivo de los actos jurídicos y otra el tratamiento notarial de los mismos. Esto requiere que hagamos una doble consideración.

En primer término, ha de destacarse que la formalización notarial de un acto jurídico puede ser inherente o exherente, esto es, que el notario penetre en el acto o que se quede fuera. El caso extremo de quedarse fuera se da en los sistemas notariales anglosajones, en los que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intervención notarial se reduce, en general, a una formalidad extrínseca y posterior al documento elaborado por las partes; todo se limita, en fin de cuentas, a asegurar, al pie de tal documento, que las partes son las mismas que han comparecido ante el notario y que su firma es legítima. Ahora bien, incluso dentro de los sistemas notariales latinos y aunque el propio notario sea el autor del documento - sobre este particular volveremos luego - , cabe plantear la posibilidad de que en algún acto, y hasta en algún negocio jurídico, la intervención notarial sea exherente al acto o negocio formalizado, dejando a un lado de momento las calificaciones previas o coetáneas que ha de hacer el notario. Imaginemos, por ejemplo, una notificación o un requerimiento a realizar por un notario con arreglo a un texto impuesto por quien requiere al propio notario; éste, en tal caso, queda fuera del acto jurídico - requerimiento en sí mismo considerado, no penetra en él. Cosa distinta es si puede ser así, con arreglo a una determinada legislación notarial latina, pero, teóricamente, no parece imposible plantear la cuestión. Y es que no cabe la menor duda de que, en teoría, es perfectamente posible pensar en el tratamiento notarial de los "actos jurídicos" como "hechos" y no como "actos"; incluso, hay casos claros de funcionarios simplemente "autenticadores", que autentican los "actos" como simples hechos; un caso típico es el de los actuarios o secretarios judiciales, al menos en la legislación española. Así lo indicaba en un artículo, injustamente olvidado, el que fue ilustre notario español Francisco Núñez Moreno(10)(549), bien que partiendo del principio de que, en la función notarial propiamente dicha, no cabe tal actuación meramente "autenticadora". En su aludido trabajo, Núñez Moreno hacía una cita del procesalista español Beceña(11)(550) del siguiente tenor literal: "Legalmente, el secretario (judicial) es un mero testigo del acto que el juez cumple ante él, limitándose a autenticarlo, sin que tenga derecho a intervenir en nada que con la validez del acto se refiera, fuera de su documentación".

En suma, trátase de decir que, al menos en teoría, es posible imaginar un tratamiento notarial de los actos jurídicos no en cuanto tales actos, sino como simples hechos; ese es el tratamiento que, sin duda, se da en el caso del secretario o actuario judicial respecto de las sentencias y otros actos causados por el juez. En cierto modo, esto se corresponde con la distinción de Ferrini recordada por Vallet de Goytisolo(12)(551), entre el documento griego, que perseguía únicamente la autenticidad, y el documento romano, en que importaba o se perseguía la corrección y exactitud sustancial del negocio.

La consideración que venimos desarrollando queda nítidamente perfilada, permitiéndonos, además pasar a la segunda consideración antes aludida, si acudimos a la distinción, genialmente percibida por González Palomino(13)(552), de los dos extremos en los que se polariza todo el tratamiento notarial de los "hechos jurídicos" en sentido amplio. Tales extremos, como señala dicho autor, son: existencia y eficacia. En realidad, ambos polos están situados en dos planos distintos, dado que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un hecho puede ser eficaz, pero incierto, y, al contrario, puede ser cierto, pero ineficaz, según indica el propio González Palomino.

Partiendo de la distinción entre ambos polos, y ahora ya razonamos por cuenta propia, podríamos decir que el dato de la existencia es común a todos los "hechos jurídicos", desde el punto de vista notarial, es decir, que lo primero que ha de resultar del documento notarial es la existencia, la certeza del hecho, sea éste un negocio, un acto o un mero hecho, pero el otro polo - la eficacia - es cosa predicable particularmente de los actos y, por supuesto, de los negocios jurídicos, desde la misma perspectiva notarial. En cuanto a los hechos que no son actos, la actuación notarial latina se constriñe principalmente a conseguir la autenticidad de tales hechos, es decir, a documentarlos de tal suerte que - cosa que pone el ordenamiento jurídico - sean creíbles, que se den por ciertos, salvo prueba de falsedad. En cambio, por lo que toca a los actos, la actuación notarial latina, aunque no se diga expresamente, no se constriñe principalmente, en principio, al dato de la existencia o certeza, esto es. a conseguir su autenticidad, sino que ha de dirigirse también a su eficacia. Así parece desprenderse claramente de la conclusión que quedó comentada del Congreso del Notariado Latino de Buenos Aires.

¿Será posible, empero, dentro del sistema notarial latino, una actuación documental relativa a actos o negocios jurídicos en la que sólo se valore el dato de la "existencia" y no el de la "eficacia"? O, lo que es lo mismo, ¿cabe la posibilidad de que el notario latino dé tratamiento de simples hechos a actos o negocios jurídicos? Antes de dar contestación a estas preguntas, interesa hacer la segunda consideración que quedó anunciada. En efecto, se hace preciso destacar como incluso cuando el notario latino actúa en el campo de las voluntades a pleno rendimiento, esto es, penetrando en el acto o negocio, de modo que su actuación sea inherente al mismo, tiene que hacer "autenticaciones de hechos", empleando la palabra autenticación con todas las reservas que han quedado expresadas; en efecto, tiene que "dar fe" - por así decirlo con el lenguaje tradicional - de la presencia de los comparecientes, de manifestaciones, tal vez de entregas, etc., etc. Ello sin contar con los juicios y calificaciones que el propio notario ha de hacer, pues esto pertenece al polo de la "eficacia", aunque, a veces, el ordenamiento dé a algunos de esos juicios tratamiento de "simples hechos"(14)(553). Queda, pues, claro que, aun en el campo de las voluntades, el notario tiene que "autenticar" simples hechos, si bien tales hechos no son, en tal terreno, el objeto principal, sino una escolta precisa para la "existencia" y "eficacia" del objeto principal, que es el acto o negocio jurídico formalizado.

¿Quid en orden a la pregunta antes formulada respecto del tratamiento notarial de los actos como simples hechos? Para los notarios españoles esta pregunta tiene una importancia extraordinaria, porque, en su contestación, está implícita, a nuestro juicio, la razón de ser o no ser de una división instrumental - escrituras y actas - , de la que se ha llegado a decir que toda la técnica notarial española está basada en ella(15)(554),

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Rodríguez Adrados(16)(555) dice, en ponencia presentada al VII Congreso del Notariado Latino celebrado en Bruselas: "la actividad notarial, aun considerando con preponderante atención, desde un principio, los negocios jurídicos, los trataba como simples hechos, de los que el notario daba fe de visu et auditu suis sensibus; pero si esto bastaba respecto de los hechos materiales, que así quedaban probados en toda su extensión, era totalmente insuficiente para las declaraciones de voluntad, precisamente los hechos jurídicos de más importancia también para la función notarial; había que crear un procedimiento para que las declaraciones de voluntad no fueran algo ajeno al documento, como los demás hechos, sino que se produjeran en el documento mismo, bajo la dirección y el control del notario. . . Así fue surgiendo y perfilándose la teoría de la escritura pública como una especialización del instrumento notarial para las declaraciones de voluntad y, a contrario, apareciendo el concepto meramente negativo de las actas notariales". Pero el propio autor parece contradecirse cuando, al enfocar el problema desde el específico punto de vista español, señala: "...el artículo 144 del Reglamento Notarial (español) dispone: «Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas las clases»; pero, en realidad, también las declaraciones de voluntad pueden ser objeto de acta; lo que ocurre en este caso es que las declaraciones de voluntad se producen fuera del documento y éste entonces sí que puede decirse que no hace otra cosa que representarlas"

La contradicción que creemos ver en la posición de Rodríguez Adrados, sacada ésta fuera de su concreta órbita para generalizarla con arreglo a nuestro planteamiento fenomenológico, consiste en que, al principio, tal autor, parece entender que el tratamiento notarial de las declaraciones de voluntad no puede ser el mismo tratamiento que el de los simples hechos de visu et auditu suis sensibus y, sin embargo, luego parece admitir la posibilidad de que las declaraciones de voluntad se produzcan fuera del documento notarial, de tal suerte que éste no haga más que representarlas, es decir, parece admitir la posibilidad de que haya un tratamiento notarial de las declaraciones de voluntad como simples hechos.

A nuestro juicio, la contradicción que observamos en Rodríguez Adrados se debe a un inexacto planteamiento de la cuestión y, sobre todo, a un afán incomprensible de salvar a todo trance una dicotomía de géneros instrumentales - la reglamentaria española de escrituras y actas - que anunciamos desde este instante no admitir.

El mal planteamiento de la cuestión radica, en nuestra opinión, en partir de los conceptos, en lugar de las realidades, incurriendo en el llamado "método dogmático de inversión". Se parte del deseo de esquematizar dos géneros instrumentales, gratuitamente establecidos por el Reglamento Notarial español, en lugar de partir de la fenomenología de la materia a documentar para tratar de saber si es posible elaborar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

categorías diversas de instrumentos públicos.

Partiendo del estudio fenomenológico de la materia a documentar, que es el único punto firme desde el que se puede partir para lograr conclusiones fundadas, nosotros entendemos que, directamente, no puede, en ningún caso, el notario latino tratar como "simples hechos" los actos y negocios jurídicos. Admitirlo sería tanto como contrariar la esencia misma de la función notarial latina, que está encuadrada dentro del clásico "cavere" romano; y, en concreto, contrariaría la conclusión que quedó comentada del Congreso de Buenos Aires, porque, según ésta, el papel notarial, dentro del campo de las voluntades, es el de darles forma legal, redactando los instrumentos adecuados a tal fin. Sin necesidad de acudir al extremo de los negocios jurídicos propiamente dichos y volviendo al ejemplo antes puesto, es inconcebible admitir, dentro de los sistemas notariales latinos, la formalización de un requerimiento sin que el notario penetre dentro de él, asegurando su eficacia mediante, cuando menos, la calificación de la capacidad y la identidad del requirente y la idoneidad legal y moral del contenido del requerimiento mismo(17)(556).

Lo que, sin duda, cabe dentro del notariado latino es el tratamiento notarial indirecto de las declaraciones de voluntad como "simples hechos", es decir, que, al calor de una actuación notarial compleja, queden documentados como "simples hechos" verdaderas declaraciones de voluntad. Tal es el caso, por ejemplo, de la contestación a un requerimiento o, como supuesto más amplio pero frecuente, el de las actas notariales de juntas de comunidades o sociedades. Pero hay que tener en cuenta que, en tales supuestos, la documentación de los actos jurídicos es, por así decirlo, refleja, sin que pueda afirmarse que el acto o negocio quede notarialmente formalizado. En todo caso, hay una situación matriz de puro hecho, de la que los posibles actos o negocios jurídicos no son más que una incidencia o una secuela.

Con arreglo a todo lo que llevamos dicho, parece, pues, que debemos establecer una línea divisoria, desde el punto de vista del tratamiento notarial, entre los hechos que son actos o negocios y los hechos que no lo son. ¿Quiere decir esto que ha de haber dos géneros instrumentales distintos: uno para los primeros y otro para los segundos? He aquí un grave problema que abordaremos de lleno más adelante. Por de pronto, conviene que hagamos algunas consideraciones sobre la documentación de puros hechos.

III. HECHOS Y DOCUMENTOS

Dice Núñez - Lagos(18)(557): "La autenticación de hechos ha sido y es la esencia de la función notarial, en cuanto función pública. Históricamente ha tenido preeminencia la autenticación de aquellos hechos jurídicos llamados en la técnica de hoy negocios jurídicos. La complejidad de la vida moderna ha impuesto, por ley o por costumbre. La necesidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autenticar muchos hechos no negociales". ¿Por qué, ocurre preguntar, interesa la autenticación notarial, por llamarla así, de hechos que no son actos o negocios?

La contestación a dicha pregunta es obvia y nos la da el propio Núñez - Lagos(19)(558): "El hecho es fugaz. Para un momento o lugar distintos el hecho ha de ser reproducido". Es decir, como "el tiempo es monodimensional e irreversible"(20)(559), el hecho jurídico que pretenda persistir en el futuro ha de estar perpetuado de alguna manera o, mejor aún, para que el hecho pueda hacerse valer en el futuro debe estar perpetuado de algún modo. La perpetuación del hecho es la razón definitiva de la documentación de hechos.

Ahora bien, la perpetuación de hechos no se logra, tan sólo, por medio de documentos. Junto a la perpetuación objetiva o real - documental en sentido amplio - de los hechos, hay una perpetuación que pudiéramos llamar subjetiva o personal - testifical en sentido amplio - . Carnelutti(21)(560), bien que desde el punto de vista personal de su teoría de la representación, ha escrito nítidos párrafos sobre el particular. En el caso de la perpetuación subjetiva, ella se logra por la declaración de un hombre; en la perpetuación objetiva, se alcanza por lo que dice una cosa: el documento. En ambos casos, empero, el "factum" que se nos da ya no es el original, sino una reproducción o versión del original - "dictum" - .

A nosotros, lo que nos interesa ahora es tan sólo la perpetuación real que se nos da a través de un documento. Dando al concepto documento el sentido amplísimo que le da Carnelutti y sin entrar a discutir, por no ser del caso, la exactitud o no exactitud de tan amplio sentido(22)(561), Cabe distinguir, con el genial autor italiano, entre documentos directos y documentos indirectos.

Los primeros son las reproducciones mecánicas y los segundos las reproducciones escritas. El documento indirecto tiene de común con el directo la objetividad, la "realidad", pues lo que habla es una "cosa", pero se distancia de él, acercándose a la perpetuación subjetiva, en cuanto la reproducción del hecho requiere un intermedio humano, el del autor del documento, que "narra". Con razón ha dicho el propio Carnelutti, que, "siguiendo la acostumbrada ley de evolución, el documento indirecto está en medio entre el testimonio y el documento directo, constituyendo un puente de paso entre los dos"(23)(562). Lo que a nosotros nos interesa de esta comparación de perpetuaciones de hechos es que, así como el documento directo está libre de las falibilidades humanas, no acaece lo propio en el documento indirecto, que exige, como dijimos, la interferencia humana(24)(563). Asimismo, nos interesa otro dato que distancia el documento indirecto del directo y que procede también de la interferencia humana que necesariamente ha de existir en el primero. Tal dato, no encarecido debidamente, es el de que los documentos directos se producen siempre en forma coetánea al hecho mismo, lo "retratan", por así decirlo, en el instante mismo en que se da. En cambio, puede no darse esa coetaneidad en los documentos indirectos; ello dependerá de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la naturaleza y fugacidad del hecho a documentar. En muchas ocasiones, la naturaleza o la fugacidad del hecho impedirá "narrarlo" en el mismo momento de producirse; incluso, las características del lugar en que se da el hecho pueden impedir la narración inmediata del mismo, previendo lo cual el Reglamento Notarial español(25)(564) admite la posibilidad de que las actas notariales no se redacten en el mismo sitio de producción fáctica, con demora de su redacción a un momento posterior, siempre que se haga con arreglo a las notas tomadas sobre el propio terreno. En todo caso, la documentación indirecta del hecho implica una "narración" y la narración requiere una labor material que, en muchas ocasiones, no puede hacerse tan deprisa como para que sea rigurosamente coetánea con la producción del hecho, sobre todo si éste es particularmente fugaz.

Las peculiares características indicadas del documento indirecto frente al directo - interferencia humana y no siempre posible coetaneidad - indican que en la documentación indirecta hay siempre, aunque sea elemental, un proceso psicológico del que narra, del que hace el documento; sus facultades intelectivas han de entrar, poco o mucho, en juego. La idea de que en la documentación indirecta de hechos hay, tan sólo, una percepción sensorial trasladada al papel nos parece totalmente inexacta por imposible, aunque sólo sea porque quien narra - un hombre - no puede separar, en la reproducción del hecho, sus sentidos de sus facultades intelectivas. Por lo mismo, es, a nuestro juicio, de todo punto inexacto afirmar, como es tan frecuente, que la documentación indirecta de simples hechos es una labor pasiva para el documentador. Más adelante volveremos sobre esto con referencia específica a los documentos notariales.

Dentro de los documentos indirectos, destaca, por su singular importancia, el documento notarial, es decir, el documento heterógrafo, por utilizar sin valorarla la terminología de Carnelutti(26)(565), en que el autor del documento es un extraño al hecho documentado encargado de una peculiar función pública que determina el que el ordenamiento dote de una especial eficacia, cuando menos probatoria, al documento hecho por él.

Interesa, como trámite previo para valorar debidamente el significado del documento notarial relativo a hechos, hacer una consideración fenomenológica del encuentro del notario con los simples hechos.

**IV. EL NOTARIO FRENTE AL HECHO: ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DE LOS
CONCEPTOS DE COMPROBACIÓN, FIJACIÓN Y AUTENTICACIÓN DE
HECHOS**

Criticando González Palomino(27)(566) la teoría sobre la función notarial denominada de la "fe pública", concluye afirmando que tal teoría, en último extremo, sólo explica las "actas" - recordemos la distinción española entre escrituras y actas - y señala que, con arreglo a tal teoría,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el notario es un testigo cualificado por dos notas: la de ser un testigo rogado y la de no tener otro campo libre que el del instrumento público. La referida consideración del insigne notario español revela, con otras palabras, el carácter intermedio entre el documento directo y el mero testimonio que tiene el documento notarial relativo a hechos, en cuanto documento indirecto. El notario, en materia de hechos, viene a ser como un "testigo instrumentador", a cuyo testimonio, reflejado necesariamente en el instrumento, da un especial valor el ordenamiento jurídico. Pero lo que más nos interesa de la consideración de González Palomino es que nos muestra cómo, realmente, en el encuentro del notario con el hecho - dentro del elemento o plano general de la función notarial que es la tarea documentadora(28)(567) - hay que distinguir fenomenológicamente dos fases - correspondientes a su doble carácter de testigo instrumentador - : Una fase extradocumental y otra propiamente documental, susceptible cada una de ellas de matizaciones y distingos.

Veamos.

A) Fase extradocumental: Es la fase que se corresponde con el carácter testimonial o testifical que tiene la intervención notarial en materia de hechos. En ella hay que distinguir un elemento objetivo - el hecho a documentar - y un elemento subjetivo - la percepción del hecho - .

B) Fase documental: Es la que se corresponde con su carácter de documentador o instrumentador. En ella hay que distinguir también dos elementos: Uno subjetivo - el hecho de documentar - y otro objetivo - jurídico - el documento como hecho jurídico, como hecho que produce efectos jurídicos-(29)(568) .

Pues bien, dejando a un lado el elemento objetivo de la fase extra documental - materia a documentar - , que ha sido objeto de un previo estudio general en otra parte de esta ponencia(30)(569) y sobre el que volveremos más adelante para completar el estudio de su contorno y su dintorno, interesa ahora hacer referencia fenomenológica a los otros elementos, tanto al subjetivo de la fase extradocumental, como a los dos de la fase documental.

1. Elemento subjetivo de la fase extradocumental: Es la percepción del hecho. Más exactamente, podríamos decir, para evitar tomas de posición, que consiste en comprobar el hecho. Lo primero que tiene que hacer el notario ante el hecho para cuya documentación se le requiere es cerciorarse de que el hecho está ahí y de cómo es el hecho. Para esto, es claro que tiene que utilizar sus sentidos - de visu et auditu suis sensibus, según la frase acuñada tradicionalmente - . Ahora bien, ¿puede utilizar únicamente sus sentidos"?

Planteamos ahora en toda su amplitud, con la pregunta expresada, un problema al que ya antes hicimos referencia(31)(570); es el problema de si, en la comprobación del hecho, puede afirmarse que el notario sólo debe utilizar sus sentidos. Hay que tener en cuenta que el notario es un hombre y, por tanto, como dijimos, que, por razón estructural, no le es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posible separar netamente sus percepciones sensoriales de sus funciones intelectivas o, cuando menos, no le es posible afirmar que tal cosa procede exclusivamente de sus sentidos, sin intervención alguna de sus facultades intelectivas.

En realidad, comprobar un hecho puede implicar una actividad de recepción del hecho que no es simple, sino compleja. Comprobar plenamente un hecho puede suponer, en verdad, una triple actividad: percibirlo sensorialmente, interpretarlo y comprenderlo. Hay hechos, ciertamente, en los que parece que la percepción sensorial basta para comprobarlos, pero no siempre, ni mucho menos, acaece así. Si yo veo una silla de madera el afirmar que veo una silla ya supone una cierta interpretación, pues identifico el objeto como una silla; pero el afirmar que veo una silla de madera supone una interpretación y, en cierto modo, una comprensión del hecho, ya que estoy calificando la materia del objeto que veo. Si yo mido una distancia entre dos puntos con una cinta métrica, aparte del problema de la coincidencia de tal cinta con el sistema métrico, estoy interpretando la medida. Naturalmente, la complejidad de la actividad receptora sube de tono a medida que el hecho se complica cualitativa o cuantitativamente, como ocurre, por ejemplo, en los hechos "técnicos" o en la presencia de muchos objetos diversos. En múltiples casos, pues, la comprobación del hecho requiere una interpretación y, a las veces, una comprensión que sobrepasan el campo de lo puramente sensorial, haciendo intervenir a las facultades intelectivas, sin que sea posible separar estrictamente lo que hay de sensorial y lo que hay de intelectivo en la actividad receptora del notario.

Dada la gran eficacia, al menos probatoria, que el ordenamiento jurídico suele conceder en los sistemas notariales latinos al documento notarial por lo que toca a los hechos, cuestión a la que nos referimos más adelante, tiene una gran importancia lo que acabamos de decir, hasta el punto de que ello puede cuartear los cimientos, que se consideran tan firmes, de la llamada "fe pública", tanto más cuanto que, como vamos a ver a continuación, la presencia de las facultades intelectivas del notario tiene aún mayor posibilidad de actuación en lo que hemos llamado elemento subjetivo de la fase documental.

2. Elemento subjetivo de la fase documental: Es el hecho de documentar. Se refiere a narrar en el documento que el hecho es así. Para evitar también tomas de posición, podríamos decir que consiste en fijar documentalmente el hecho. Fácilmente se observa que este elemento está indiferenciado, incluso temporalmente, del anterior en los documentos directos. Si se hace una fotografía de un objeto, al propio tiempo queda comprobado y fijado en la fotografía. Pero, en el documento indirecto y, en concreto, en el documento notarial, la "fijación" del hecho, la narración documental del hecho no coincide o puede no coincidir temporalmente y, desde luego, no coincide cualitativamente con la comprobación.

En efecto, es obvio que el hecho que narra el notario no es el hecho tal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cual es, sino el hecho recibido por él, es decir, el hecho pasado por el hombre - notario, y aquí sí que la presencia de las facultades intelectivas del hombre - notario es más difícil de soslayar aún que en la actividad receptora. En primer término, cuando la documentación no puede ser o no es coetánea a su recepción por el notario, por muchas notas que sobre el terreno tome el mismo, siempre tendrá que entrar en juego ampliamente la memoria del propio notario. Pero, además, resulta que la documentación del hecho requiere, en todo caso, una actividad de proyección o reproducción sobre el papel del hecho recibido por el notario, lo que le obliga a buscar las palabras cabales para describir el hecho en el documento y, por tanto, le obliga a poner en juego todo su acervo intelectual - cultural.

En realidad, todo lo que acabamos de decir se corresponde con la distinción entre hecho representado y hecho representativo insinuada por Carnelutti y nítidamente desarrollada por Guidi(32)(571), dentro de la general teoría estructural del documento como representación. Prescindiendo ahora de la certeza de tal teoría, es claro, como dice Guidi, que el verdadero contenido del documento "es el hecho representativo, mientras que el hecho representado es solamente su contenido indirecto o mediato"(33)(572). En suma, lo que se trata de indicar, en este trance de nuestra ponencia, es que lo que se refleja en el documento notarial no es el hecho tal cual es, sino el hecho "digerido", por así decirlo, por el notario. Es claro, pues, que, en la fijación documental del hecho, el notario desarrolla neta y necesariamente una actividad intelectual que implica en todo caso, cuando menos, una interpretación, una comprensión y una reproducción del hecho. Ello acarrea una multitud de problemas, requiriendo previamente algunas aclaraciones o matizaciones.

La primera aclaración que hay que hacer es que resulta de todo punto imposible admitir, al menos en su formulación general, una de las diferencias que los notarialistas españoles suelen señalar para diferenciar los documentos notariales relativos a negocios - escrituras - y los relativos a simples hechos - actas - . Tal diferencia es que, en las llamadas actas, el notario mantiene una posición pasiva(34) en orden a la materia a documentar, mientras que en las escrituras tiene necesariamente que desarrollar una actividad propiamente dicha en cuanto a tal materia, lo que se pretende concretar en la frase acuñada desde que la formuló Núñez - Lagos(35)(573), de que en las actas el notario "narra" y en las escrituras "redacta". No es admisible, en términos generales, tal diferencia porque, conforme se desprende del esquema fenomenológico que hemos trazado, también en los documentos relativos a simples hechos el notario tiene que "redactar", y no sólo "redactar" en sentido material, sino también en sentido jurídico, por razón de las implicaciones jurídicas que puede tener el hecho. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que tiene, a efectos de relaciones de vecindad, la documentación notarial del hecho de existir árboles o motores a una distancia determinada del predio contiguo y, sobre tal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

base, piénsese en lo inadmisibile que resulta afirmar que, en tal caso, el notario se limita a "narrar" y no "redactar".

Una segunda aclaración que debe hacerse es la relativa al verdadero contenido de los documentos notariales relativos a simples hechos. No es ésta la ocasión de plantear plenamente toda la problemática relativa a la doctrina estructural del documento notarial, estudiada, por lo demás, exhaustivamente por Rodríguez Adrados - a quien nos remitimos - en su citada ponencia para el VII Congreso Internacional del Notariado Latino(36)(574), pero sí nos importa hacer una breve consideración sobre ese punto en lo relativo a los documentos notariales relativos a meros hechos. Como es sabido, las dos principales teorías en oposición sobre la estructura del documento notarial son la llamada de la representación y la de la declaración. Rodríguez Adrados ha sometido a una crítica implacable - y, para nosotros, exacta - la teoría de la representación. Ahora bien, en algún momento, dicho autor parece pensar que la teoría de la representación podría ser válida para explicar las "actas" del derecho español - documentos notariales relativos a simples hechos-(37)(575), aunque en ningún caso lo fuera para explicar las "escrituras" del propio derecho. Nosotros opinamos, porque así se desprende netamente del estudio fenomenológico que hemos hecho, que ni siquiera para explicar las "actas" es válida la teoría representativa. En efecto, lo que, en el documento notarial, se contiene, tanto en las escrituras como en las actas, no es nunca una representación, sino una o varias declaraciones. Dejando a un lado lo relativo a las escrituras, es obvio para nosotros que, en las llamadas "actas", lo que se contiene no es nunca una representación del hecho, sino una declaración del notario sobre el hecho, porque, aunque, a efectos de eficacia, pueda pensarse que el hecho representativo - "dictum" - sustituye al hecho representado - "factum" - , la realidad es que el documento notarial no contiene representación alguna, ni siquiera, como quiere Couture(38)(576), "la representación de una representación". El notario, en los documentos relativos a hechos, no representa, porque no puede metafísicamente representar, hecho alguno, sino que hace una declaración sobre el hecho que ha recibido. Representar, intelectivamente hablando, significa sustituir una cosa por otra, pero el notario en verdad no sustituye una cosa por otra, sino que da su versión del hecho, es decir, declara el hecho, tal y como él lo ha recibido, y lo proyecta en el papel. Si el notario fuera una máquina, ciertamente que podría hablarse de una representación del hecho, pero, como quiera que es un hombre, el producto que él da no es la representación del hecho, sino su "versión" del hecho, esto es, lo que el hecho es y cómo es después de haber pasado por sus facultades sensoriales e intelectivas y, por tanto, con todas las virtudes, pero también con todos los defectos ligados a la falibilidad humana; pero ésta es, ciertamente, otra cuestión, la cuestión que nos conduce a la última consideración que hay que hacer en el punto que venimos tratando. Veámosla.

Si el notario, a lo largo de su actividad receptora y proyectora del hecho,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha de poner en juego sus facultades intelectivas, es claro que, al cabo de todo ello, su declaración sobre el hecho a documentar supone un "juicio"; diríamos que es la versión u opinión del notario sobre el hecho. Y aquí radica la gran tragedia de la función notarial relativa a hechos. El ordenamiento da una enorme eficacia al documento notarial que narra el hecho, hasta el punto de que, como se ha dicho, el "dictum" - declaración del notario sobre el hecho - sustituye, a efectos de eficacia jurídicoobjetiva, al "factum" - el hecho tal cual es - (39)(577), de tal suerte que, salvo prueba de falsedad, el ordenamiento considera que el "dictum" vale como "factum". En una visión superficial de las cosas, suele decirse que esto se debe a la "fe pública" de que está dotado el notario. Pero, si bien se mira, esto más que explicar necesita, a su vez, ser explicado, ya que plantea la cuestión de por qué el ordenamiento jurídico dota de facultades tan grandes a un determinado funcionario, hasta el punto de que lo que tal funcionario dice sobre un hecho se superpone, en principio, respecto del hecho mismo. La razón no puede estar en el hombre que desempeña la función, porque, en cuanto tal hombre, es claro que puede equivocarse, incluso inconscientemente. La razón sólo puede estar en la seguridad jurídica, que requiere, no obstante la falibilidad humana, la posibilidad de perpetuar un hecho de modo preconstituido para asegurar su eficacia ulterior, corriendo el riesgo de dar por verdadera una cosa falsa, pero dejando abierta la posibilidad de que la falsedad surja, mediante las pruebas oportunas, "a posteriori".

Desde el punto de vista de la comprobación y fijación de puros hechos, es evidente la superior fidelidad y perfección de los llamados documentos directos respecto de los denominados indirectos y, en concreto, respecto del documento notarial. Así lo destaca netamente Rodríguez Adrados(40)(578). Lo que acaece es que a los documentos directos, por sí solos, no es posible que el ordenamiento les reconozca en general una eficacia similar a la del documentó notarial, dadas las manipulaciones de que son susceptibles las reproducciones mecánicas con los modernos medios técnicos; ello aparte de que, ciertamente, hay muchos hechos que no admiten reproducción mecánica. Respecto de los que la admiten, parece que una solución podría ser la de tratar de combinar la reproducción mecánica con la intervención notarial, mediante una especie de documento complejo directo - indirecto, consistente en que la fidelidad y perfección de la reproducción mecánica esté completada con lo que se acostumbra a llamar "fe notarial" (fotografías diligenciadas notarialmente, cintas magnetofónicas conservadas con autorización del consiguiente documento, por el notario, etc.).

En todo caso, debe destacarse el curioso hecho de que, por temor a los hombres - las posibles manipulaciones aludidas - , el ordenamiento requiera la intervención de un hombre - el notario - , todo lo cualificado que se quiera, pero, al cabo, hombre, al objeto de que el documento obtenga la mayor entidad de eficacia posible. De nuevo, nos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

encontramos con el principio de la seguridad jurídica, dentro del cual se enmarca el tema de la "autenticación de hechos", entendida en su recto sentido tras de todo lo dicho, al que hemos de hacer referencia a continuación.

- Antes de entrar de lleno en él, hemos de hacer, empero, un breve resumen de lo hasta aquí obtenido en nuestro planteamiento fenomenológico del tema de nuestra ponencia. Veamos:

A) La función notarial latina parece desenvolverse en un doble campo: el de las voluntades y el de los hechos, si bien, en uno y otro campo, la vía de actuación es la instrumental, esto es, la formalización de documentos.

B) El notario no es en ningún caso el autor de la eficacia del documento que hace. Tal eficacia la da el ordenamiento, de tal suerte que, en realidad, el documento notarial es un presupuesto al que la norma dota de una cierta eficacia, sin que quepa hablar, a no ser por elipsis, de que el notario "autentique situaciones jurídicas". El notario no autentica, sino que pone el supuesto documental preciso para que el ordenamiento considere autenticada la situación.

C) Hay que distinguir por tanto, en un cabal estudio analítico, entre el documento notarial y su eficacia, sin establecer una ligazón genética entre ambos campos sujetos a análisis.

D) En el campo de las voluntades, no le es lícito al notario latino tratar como "simples hechos" a los actos y negocios jurídicos, al menos directamente, porque así como en el campo de los hechos simples domina la idea de la "existencia de lo documentado", en el campo de las voluntades sin excluir la idea de la existencia - hasta tal punto de que, en tal campo, también el notario tiene que documentar hechos puros y simples, en cuanto son escolta de voluntades - , prepondera la idea de la "eficacia" de lo documentado, en el sentido de que el notario ha de penetrar en la materia a documentar para asegurar su eficacia.

E) La razón de que se produzca una documentación notarial de simples hechos estriba simplemente en que los hechos son fugaces y se hace preciso darles persistencia, "perpetuarlos" mediante una reproducción idónea.

F) Es totalmente inexacto afirmar que el notario en la documentación de simples hechos desarrolla una labor puramente "pasiva", limitándose a "narrar", sin formular "juicios", ni "redactar", ni "hacer declaraciones. En realidad, desarrolla actividades, formula "juicios" "redacta" - incluso en sentido jurídico - y "hace declaraciones".

G) El fundamento de la eficacia que el ordenamiento jurídico

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presta a los documentos notariales relativos a hechos puros y simples no estriba en principio metajurídico alguno, ni procede de ningún extraño carisma, sino que radica, simplemente, en el principio de seguridad jurídica, por lo que tal eficacia debe ceder siempre que un principio superior Lo exija.

3. Elemento objetivo - jurídico de la fase documental: Como se desprende de todo lo que llevamos dicho, este elemento se refiere al documento notarial relativo a hechos, en cuanto presupuesto al que el ordenamiento jurídico confiere una determinada eficacia. Esta eficacia gira en torno de la idea de la existencia o, mejor aún, de la "persistencia" o "perpetuación" del hecho de que se trate. En último extremo, como secuela de todo nuestro discurso, tal eficacia consiste en hacer el hecho "creíble públicamente", en dejarlo "autenticado". Vuelve a nosotros la idea de la autenticación, bien que mucho más matizada. Y el tema de "autenticación de hechos", rectamente entendidos los términos, nos plantea una doble cuestión, que determina la doble vía por donde debe continuar nuestra ponencia. La primera cuestión es la consideración analítica del contorno y el dintorno de la autenticación; qué es y cuáles son sus límites. La segunda cuestión es la de los requisitos documentales de la autenticación, con la secuela de si cabe o no configurar una especie instrumental distinta de la referente a actos y negocios jurídicos para documentar los simples hechos.

V. AUTENTICACIÓN DE HECHOS

1. Naturaleza. - Autenticación es, gramaticalmente, acción de autenticar, pero, en sentido técnico, como resulta - de todo lo anterior, es el hecho de autorizar un funcionario público el documento en que interviene, de tal suerte que por el hecho de esa autorización se dé el presupuesto que exige el ordenamiento jurídico para dotarlo de autenticidad.

- Ahora bien, como ya se expresó, el término autenticidad, es un término polívoco. González Palomino(41)(579) indica con exactitud que en la palabra autenticidad hay dos aspectos claramente distintos: la autenticidad subjetiva o de autor y la autenticidad objetiva o de fondo, relativa esta última al contenido del documento. Con más precisión, Rodríguez Adrados(42)(580) señala esa misma duplicidad de aspectos, pero matizando dentro de cada uno nuevas facetas. En síntesis, Rodríguez Adrados establece el siguiente esquema que compartimos plenamente:

La autenticidad en sentido subjetivo, la que él denomina autenticidad de autoría, es el concepto primario de la autenticidad. Tiene un sentido simple o material, dentro del cual es documento auténtico aquel cuya indicación de autoría es verdadera, pero tiene otro sentido formal o propiamente documental, dentro del cual lo que importa no es sólo que la indicación del autor sea verdadera, sino que además el propio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento por sí establece eficazmente que el autor indicado en él es el verdadero, de tal suerte, podríamos decir, que en este último sentido el primer hecho amparado por la autenticidad es el hecho de la autoría.

Junto al aspecto subjetivo de la autenticidad, existe el aspecto objetivo, dentro del cual se hace preciso distinguir entre la autenticidad que Rodríguez Adrados denomina corporal y la autenticidad que denomina ideológica, llamada esta última tradicionalmente autenticidad de fondo. La autenticidad corporal, cuya importancia para nosotros es mínima, se concreta para todos los documentos auténticos, con o sin matriz, en la presencia de los signos formales que lo acreditan en general como documento público de la especie a que pertenezca, singularmente los que determinan que su autor es un funcionario público en el ejercicio de su función; otro aspecto de la autenticidad corporal es el de la conservación de la integridad del documento con posterioridad a su autorización; y por fin, otra manifestación de la autenticidad corporal es, respecto de los documentos con matriz, el relativo a la correspondencia con ésta de las copias que se expidan.

Y al cabo nos encontramos con la llamada autenticidad ideológica o de fondo, que es la autenticidad del pensamiento contenido en el documento, la cual ofrece dos sentidos: uno simple o material, consistente en su adecuación a la verdad, esto es, a la coincidencia real entre el factum y el dictum, entre el hecho y su narración. Y un sentido jurídico, que es en el que, en fin de cuentas, se condensa la eficacia de fe pública del documento mismo, de tal suerte, como dice literalmente Rodríguez Adrados "que el dictum se sobreponga al actum, mientras el documento no sea privado de su fe pública mediante la declaración de su falsedad, en juicio penal o en juicio civil declarativo"(43)(581).

Esta autenticidad ideológica, que presupone necesariamente la primaria de autoría y la corporal, es la autenticidad que a nosotros nos interesa y que, por derivación, nos da nítidamente el concepto de la autenticación de hechos. En definitiva, autenticar notarialmente un hecho consiste en que el notario establezca todo el presupuesto documental preciso para que el ordenamiento jurídico sobreponga el dictum (narración del hecho) sobre el factum (el hecho mismo) salvo prueba triunfante de falsedad.

2. Alcance. - Fijado el concepto y naturaleza de la autenticidad, conviene empero destacar que tal autenticidad no opera igualmente respecto de todas las partes instrumentales ni de todos los elementos instrumentales. Recogiendo ideas de Núñez Lagos y Rodríguez Adrados(44)(582) cabe distinguir netamente, dentro del instrumento público, los siguientes grupos de elementos, cuya valoración se indica sintéticamente, sin perjuicio de su desenvolvimiento ulterior:

a) Actos del propio notario, que el notario afirma (el dictum se sobrepone al factum), fecha del documento, aunque Rodríguez Adrados estima que es más bien un juicio pericial(45)(583); el lugar de actuación y redacción, la presencia del notario en la audiencia y en la frase estrictamente documental, las actividades propiamente dichas,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documentales o predocumentales, del notario (advertencias, reservas, lectura del documento, su propia autorización, etc.).

b) Hechos percibidos por el notario a través de sus sentidos (el dictum se sobrepone también sobre el factum): presencia de personas (comparecientes, testigos, etc.); capacidad natural y libertad física de tales personas; existencia de personas, de cosas (documentos); actos de personas (declaraciones - en cuanto hechos, firmas puestas en presencia del notario); - hechos propiamente dichos que constituyen el objeto del documento.

c) Juicios del notario (con presunción - iuris tamtum), identificación de personas, calificación de títulos, y de negocios, juicios de notoriedad, etc.

d) Contenido de las declaraciones (autenticadas).

La autenticidad tiene, pues, un dispar alcance respecto de cada uno de los cuatro grupos a los que hemos hecho referencia y será objeto de estudio más adelante. Quede aquí únicamente la constancia de que, como el documento llamado auténtico es sumamente complejo, la afirmación de su autenticidad no implica la de todo lo contenido en él de una manera uniforme.

3. Efectos. - Con referencia general al documento notarial, los efectos que el ordenamiento jurídico liga al mismo no se concretan exclusivamente en la autenticidad. Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo de tales efectos, hemos de distinguir entre un efecto que pudiéramos denominar esencial, que se concreta en la autenticidad y otros efectos que pueden o no darse, sin mengua de la autenticidad y que se concretan en los de forma constitutiva, de legitimación para el tráfico y ejecutivos.

Por lo que toca a la autenticidad propiamente dicha - superposición del dictum sobre el factum - , su efecto ha de ser examinado distinguiendo entre el terreno judicial y el extrajudicial, lo que supone el planteamiento del valor del documento auténtico dentro y fuera del proceso, punto que será examinado ulteriormente con detenimiento. Asimismo, por la ligazón que prueba material - fuera del proceso - y legitimación para el tráfico tienen entre sí, dejamos para luego lo relativo al problema de la legitimación para el tráfico en materia de autenticación de hechos.

Lo que nos interesa ahora es hacer una breve referencia al posible efecto de forma constitutiva y de valor ejecutivo que pueden tener los documentos autenticadores de hechos.

a) Forma. - En cuanto a los hechos naturales, como indica González Palomino(46)(584), tienen en su misma realidad una forma y suele por ello bastar con su prueba; más aún, pudiera decirse que respecto de los meros hechos naturales no cabe más que la prueba, porque la estimación de tales hechos sólo puede darse en un momento posterior al de su nacimiento. De aquí que la forma de los hechos naturales no se pueda decir que es forma jurídica y que respecto de ellos lo que cabe, en tema de forma, es dar valor de forma jurídica a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exteriorización y comprobación del hecho.

Ahora bien, existen casos en algunas legislaciones, y concretamente en la española, en los que parece que el ordenamiento jurídico subordina la eficacia general del hecho, o bien alguno de sus efectos, a su documentación notarial. Así ocurre, en el derecho español, en la notificación de la cesión de un crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, que sólo puede hacerse mediante acta notarial (art. 8º, párrafo final, de la ley de 16 de diciembre de 1954) y en el del sorteo para amortización de obligaciones emitidas por sociedades anónimas, en que se requiere siempre la presencia de notario y el acta correspondiente (art. 130, párrafo 2º, de la ley de 17 de julio de 1951). Asimismo, por citar un caso más reciente en la legislación española, nos encontramos con el acta notarial que acredite que no han comenzado las obras de edificación, exigida por el artículo 79 del Reglamento de 24 de julio de 1968, para la concesión de la calificación provisional de viviendas de protección oficial.

Cabe plantearse la cuestión de si el documento autenticador de los hechos en tales casos, tiene o no el carácter de forma, en sentido técnico jurídico del hecho documentado. Evidentemente el documento notarial en los citados supuestos es presupuesto necesario para la eficacia, total o parcial, del hecho de que se trata, que no podrá ser alcanzada si no se produce la documentación notarial. Lo que ya parece más difícil es pensar que, en los repetidos supuestos, haya una relación tal entre el hecho y su documentación como para hacer de ésta forma de aquél.

En fin de cuentas el hecho tendría su forma natural siempre, pero conviene no olvidar que, como develó González Palomino, junto a las formas que él llama de ser, existen las que denomina de valer y, en tal aspecto, podría decirse que el documento notarial, en casos como los indicados, cumple una función de forma de valer, lo que por cierto podría suponer un replanteamiento del problema general de la forma jurídica, en que no podemos ni debemos entrar por ser ajeno al contenido de esta ponencia.

b) Valor ejecutivo. - Como es sabido, uno de los efectos que el ordenamiento jurídico suele ligar al instrumento público es el de llevar aparejada ejecución; en principio parece difícil de predicar tal efecto ejecutivo de los documentos autenticadores de hechos, no porque tales documentos tengan unas características peculiares, sino por la peculiaridad de lo documentado. Ahora bien, dentro de aquellas actuaciones notariales complejas a las que antes se hizo referencia(47)(585), en las que la tarea notarial puede implicar el tratamiento indirecto de verdaderos actos como hechos jurídicos, puede haber alguno en el que surja el problema del efecto ejecutivo. Nos referimos, por ejemplo al supuesto de la contestación a una intimación de pago, en que el intimado, aun sin pagar la deuda, reconozca ésta, en cuyo caso si el notario puede cumplir y cumple los juicios y calificaciones exigidos por la materia y el intimado firma la contestación, no se ve razón

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alguna para excluir el efecto ejecutivo, sin que nos parezca inconveniente, dentro de la legislación española, el que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1429, hable literalmente de "escritura pública", pues parece obvio, aunque sólo sea por la fecha de tal ley, que tales términos están empleados en el sentido genérico de instrumento público y no en el de especial género instrumental llamado hoy "escritura" frente al otro género instrumental llamado "acta" problema de distinción de géneros instrumentales al que precisamente vamos a hacer referencia a renglón seguido.

VI. CLASIFICACIONES INSTRUMENTALES Y AUTENTICACIÓN DE HECHOS

1. La distinción española escrituras - actas. - La distinción de los géneros instrumentales por su contenido es típicamente española. Aunque no la tuvo en cuenta la Ley Orgánica del Notariado, apareció en el reglamento de 1862 y continuó en los posteriores. Después ha sido acogida en la legislación de varios países.

De una manera muy genérica se distinguen escrituras, cuyo contenido es un negocio jurídico, y actas, cuyo contenido es un hecho. Y tratando como tratamos de la autenticación de hechos parece presupuesto indispensable el admitir o rechazar la distinción y, en el primer caso, determinar sus límites. Realizada la distinción, por el contenido se le suelen atribuir distintas formalidades. La cuestión cobra importancia, puesto que la previa calificación de escritura o acta determinará la forma en que el notario debe actuar.

a) Teorías. - La calificación de acta o escritura, cuando su contenido no es un puro hecho o una declaración de voluntad, es sumamente discutida.

La síntesis de las teorías emitidas hasta 1957 la tomamos del documentado estudio de Font Boix(48)(586).

a') González Palomino patrocina la tesis negativa de la distinción, en la forma normalmente admitida por la doctrina y por el reglamento notarial vigente. Basa su crítica en los siguientes argumentos:

a) No hay diferencia por razón de las formalidades: El juicio de capacidad exigido expresamente para las escrituras es necesario también en las actas. La especialidad estriba en que en éstas la calificación de la capacidad ha de hacerse en razón al interés legítimo y finalidad que se proponga el compareciente. Los testigos no son necesarios en escrituras ni en actas. La identificación parece inevitable en ambas. La unidad de acto es requisito consustancial a todo documento y, por tanto, también a ambas formas instrumentales. Tampoco hay diferencia por razón del otorgamiento. Este es la declaración del compareciente de que las manifestaciones que se le imputan por el notario en el texto del instrumento son exactas y las acepta como propias.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) La distinción por el contenido que señala el reglamento es oscura y contradictoria. De los artículos 144 y 197 se deduce que actas y escrituras se distinguen porque el contenido de las primeras está constituido por hechos y circunstancias que por su naturaleza no sean materia de contratos, y el de las escrituras, a la inversa, es de naturaleza contractual; según tal definición (que el art. 144 del Reglamento Notarial salva por el giro prestación del consentimiento) todo testamento debería ser materia de competencia exclusiva del acta, ya que por su naturaleza un testamento no es materia de contrato... - El Reglamento definitivo tal vez no ha querido incluir en esa frase: "materia de contrato y prestación de consentimiento todo negocio jurídico: unilateral y bilateral".

Para dicho autor, si se quieren distinguir géneros instrumentales la diferencia sólo puede obtenerse a través del contenido del documento por la persona que es autor de él: los que contienen sólo declaraciones del notario (podrían llamarse actas) y los que contienen declaraciones de otras personas, aunque también las contengan del notario (podrían llamarse escrituras).

b') Las tesis afirmativas, en la dirección reglamentaria, agrupan para Font Boix las opiniones de Sanahuja, Riera Aisa, Cámara y Núñez - Lagos.

El primero identifica escrituras con las que contienen un negocio, aunque no sea contrato, y actas las que sólo contienen la narración de un hecho. No aclara la distinción cuando el contenido no es ni puro hecho ni negocio.

Riera Aisa, interpretando el artículo 144 del Reglamento Notarial, señala como contenido típico de las escrituras las declaraciones que suponen la manifestación de un querer constitutivo de una situación contractual.

Para Cámara son escrituras los instrumentos notariales cuyo contenido está constituido por declaraciones de voluntad negociales (al menos por su estructura) de los comparecientes y cuya autorización ha tenido por objeto formalizar instrumentalmente el negocio. Y son actas los instrumentos que se refieren a hechos jurídicos no negociales o que, recogiendo declaraciones de voluntad, no se han autorizado para formalizarlas instrumentalmente.

Núñez - Lagos afirma la distinción como fundamental(49)(587). Las escrituras tienen por contenido esencialmente una prestación de consentimiento. Las actas, un mero hecho que no sea típicamente declaración de voluntad. Estas no contienen, por definición, declaraciones de voluntad, sino a lo sumo declaraciones de verdad por parte de los interesados. El contenido de las actas son los hechos patentes, evidentes, no los contratos ni negocios jurídicos; tampoco los consentimientos.

Como consecuencia la actuación del notario es diversa en unas y otras. En las escrituras el notario redacta: manipula y altera la declaración. En las actas narra, no altera lo que ve u oye. "La firma, la aprobación del texto del acta, no implica la prestación de ningún consentimiento sustantivo. Únicamente significa la conformidad con el relato, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comprobación de su exactitud e integridad. Si a esta conformidad se le quiere llamar consentimiento, es un consentimiento formal, no sustantivo". . .; "no tiene, ni puede tener expresión documental de otorgamiento, de asunción de declaración de voluntad".

Posteriormente el mismo autor(50)(588) insiste en la distinción desde otro punto de vista. En las escrituras la lectura solemne, la prestación del consentimiento y la firma son peripecias internas y esenciales del acto documentador; en las actas o no existen, o son posteriores y externas. Las tajantes afirmaciones de sus anteriores trabajos son modificadas. En las actas, dice, el acto documentador puede ser sucesivo y posterior al acto documentado ya completo, y por lo tanto no son esenciales ni la lectura ni la aprobación de su texto, que puedan faltar; y si las hubiere, no significan más que una forma de asentimiento, circunscrito a afirmar la exactitud en la narración de los hechos al margen de todo consentimiento sustantivo o negocial.

Especial atención merece el análisis de Font Boix(51)(589). La distinción que procede del Reglamento no puede desconocerse - dice - ; lo que es preciso es interpretar sus normas.

a) Por el contenido, las actas serán la sede de los hechos, jurídicos o no, actos jurídicos no constitutivos de declaraciones de voluntad. El contenido propio de las escrituras serán los negocios jurídicos.

El problema se encontrará al tratar de las declaraciones de voluntad negociales o no negociales. En cuanto a las primeras, si se estima que sólo las hay cuando los efectos se producen ex voluntate, serán contenido propio de las actas. Las segundas pueden ser escrituras o pueden ser actas, cuando la finalidad perseguida por el declarante no sea la de documentar de forma notarial su declaración. Admite, en cambio, contra lo que aparenta decir el artículo 205 del Reglamento, que las actas pueden tener contenido negocial (oferta y aceptación debidamente documentadas) .

b) Por las formalidades: el juicio de capacidad de las escrituras lo considera cuantitativamente superior o más complejo que el interés que debe apreciarse en las actas. En ninguno de dichos géneros es imprescindible la fe de conocimiento, puesto que en las escrituras puede ser suplido por otro documento notarial. En materia de unidad de acto, si se contrae a la lectura, firma y autorización en presencia simultánea de todos los comparecientes y testigos, no se dispensa a las actas en el Reglamento. Lo que éste parece admitir es que el acta puede ser redactada a posteriori, inmediatamente de ser presenciado o percibido el hecho por el notario.

La firma es imprescindible en las escrituras; en las actas cabe que no firme quien sepa hacerlo. En materia de conformidad después de la lectura puede "haber diferencias entre escrituras y actas, porque así como las primeras tienen siempre por contenido declaraciones de los comparecientes, en las segundas - salvo en la rogación al notario - puede no haberlas y no ser necesaria la conformidad del requirente al contenido después de la lectura". En las escrituras, además, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

necesario prestar tal conformidad; en cambio, en ciertas actas, aunque contengan declaraciones, basta el relato por el notario.

Finalmente, Joaquín Sapena(52)(590) entiende que son materia de actas los hechos que no consisten en manifestaciones de voluntad y las manifestaciones de voluntad que, si bien pueden producir efectos jurídicos, éstos no corresponden al contenido de tales manifestaciones.

También son materia de actas las puras declaraciones dirigidas a producir un efecto jurídico material determinado a través del documento, pero no por su medio. En tales actas el negocio nace "no en el instrumento y dentro de él", sino aparte, como si no hubiera intervenido notario, pues su actuación "no da constancia ni garantía de la conjunción de voluntades ni de sus efectos". Objeto de la escritura, por tanto, son las declaraciones de voluntad dirigidas a la producción de un efecto jurídico determinado, por medio del documento.

b) Crítica. Nuestra posición - Sin embargo, la postura negativa acerca de la distinción de actas y escrituras, que tiene su más ilustre precedente en Fernández Casado(53)(591), parece la más probable.

La ley de 28 de mayo de 1862 no admite propiamente más que un solo tipo de instrumento público: la escritura, que tiene una doble manifestación - matriz y copia - y que se colecciona a través del protocolo. Así se desprende de su texto y muy en particular de los artículos 17 y 18. Nada autoriza en la ley para establecer, dentro de los documentos que van al protocolo, distinciones de tipos instrumentales. Uno es el tipo instrumental y uno, por tanto, ha de ser el cauce notarial para que toda clase de contratos y actos extrajudiciales lleguen al protocolo; en la ley Orgánica no queda resquicio alguno para admitir un tipo instrumental distinto de las escrituras. Por eso puede decirse que la distinción reglamentaria posterior a la ley es ilegal; y más aún, que es una distinción teórica, innecesaria e insostenible(54)(592).

No cabe distinción por razón del contenido, porque la escritura, único tipo instrumental regulado en la ley, acapara toda la materia jurídica extraprocesal en la que se mueve, según su artículo 1º, la función notarial. Así se ha encargado de demostrarlo implícitamente Font Boix al hacernos ver certeramente que la palabra "actos" del artículo 1º no puede ser entendida en el sentido que modernamente se le da, debiendo por el contrario, entenderse en el sentido genérico de toda clase de hechos con transcendencia jurídica sean o no negociales. Si la palabra "acto" ha de interpretarse en ese sentido - lo que parece indudable por las razones que aduce Font - , de la propia suerte habrá que interpretar en buena hermenéutica el término "acto" que la ley emplea en el artículo 17 al referirse al contenido de la escritura matriz. Con lo que resulta que conforme a la ley comentada, el contenido de la escritura está constituida igualmente y sin distinción alguna por toda clase de hechos jurídicos, negociales o no.

No cabe tampoco dentro de la ley orgánica distinción instrumental alguna por razón de las formalidades, dado que en la misma por la propia causa de no regular más que un tipo de instrumento público, no se establece

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ninguna duplicidad de formalidades. Todavía si en el tipo instrumental no referido expresamente en la ley y que se trata de defender - es decir, en las actas - se exigieran superiores formalidades que las únicas establecidas en aquéllas, cabría imaginar la dualidad instrumental en el aspecto examinado sin incurrir en ilegalidad; pero da la casualidad de que los defensores de las actas como tipo instrumental autónomo parten siempre del principio de considerar que en ese hipotético tipo instrumental las formalidades han de ser inferiores a las exigidas para las escrituras, de donde claramente resulta no sólo que no hay base en la ley orgánica para establecer la distinción entre escrituras y actas por razón de las formalidades, sino también que esa hipotética distinción, de ser cierta, sería contraria a la ley.

Ciertamente, lo que sucede no es que el Reglamento haya innovado a la ley, sino que quiso hacer aplicación de sus principios, determinando cuáles eran las formalidades necesarias, según los efectos generales del ordenamiento jurídico que hayan de producirse, como hemos visto antes. Por ejemplo, es evidente que si el instrumento público documenta exclusivamente un hecho natural, el alcance de la autenticidad cubre exclusivamente la narración que el notario haga del hecho. La existencia de la rogación, imprescindible para que el notario actúe, es presupuesto de tal actuación, pero en nada afecta a la eficacia del documento respecto del hecho que documenta. Por tanto, ni es precisa la fe de conocimiento ni la firma del requirente, ni siquiera la lectura a éste de la narración del notario.

De la misma manera, cuando en la contestación de un requerimiento el que contesta se niega a identificarse y no es conocido del notario, no admite la lectura o se excusa de firmar, el documento contendrá exclusivamente la narración de lo que manifestó ante el notario. Pero en ese documento no habrá juicio de identidad, ni lectura ni firma. Ahora bien, los efectos también serán diferentes. La autenticidad alcanzará exclusivamente a la narración del notario, esto es, de que una persona dijo tal cosa ante él, en tal lugar. Tal narración no resultará del documento imputable a una persona concreta. La prueba de tal circunstancia, autoría de la declaración, deberá probarse por otros medios, a diferencia de lo que sucede cuando el notario identifica al declarante y éste asume a su presencia lo declarado.

Por tanto, debemos entender no que el Reglamento innova a la ley, sino que con expresiones muy desafortunadas trata de hacer aplicación de las reglas generales del ordenamiento jurídico acerca de los diversos efectos del documento auténtico(55)(593).

Ahora bien, como en toda materia jurídica, en la función notarial lo que da a la misma razón de esencia y de existencia son sus efectos. Por eso, toda la estática y la dinámica de la función notarial ha de concebirse y estructurarse del modo más idóneo para alcanzar la eficacia que el derecho objetivo concede a la concreción de tal función, es decir, al instrumento público, Este instrumento debe subordinarse siempre en su regulación a aquella eficacia. Por eso, el punto de que se ha de partir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siempre para enunciar conceptos en orden al instrumento público es el de sus efectos, de tal suerte que cualquier concepto relativo al instrumento que esté en discordancia con los efectos del mismo ha de ser recusado(56)(594).

El notario deberá, actuar, conforme a las reglas de su arte, para que el documento del que es autor produzca los máximos efectos según el deseo del que recurre a él. Lo que se ha de tener en cuenta no es la conexión real del hecho con una relación jurídica, lo que a veces será difícil de apreciar para el notario, sino la finalidad de la actuación notarial en relación con los datos aportados y con los deseos manifestados por los interesados. Esta finalidad no es simplemente la subjetivamente perseguida por éstos, sino la que resulta de lo que lógicamente y de acuerdo con las normas legales y la práctica de un país y un momento determinados debe ser la actuación notarial ante una determinada situación. La finalidad personal de los interesados sólo debe ser tomada en cuenta por el notario como un dato más para decidir acerca de su forma de actuación. Y en todo caso se ha de valorar la finalidad unitaria y de conjunto de tal actuación en cada documento. Por ello, no es lícito al notario documentar como autenticación de simples hechos las declaraciones de los interesados constitutivas de un negocio jurídico, aunque ellos así lo pretendan, pero sí puede recogerlas como tales si surgen incidentalmente en una actuación más amplia del notario cuya finalidad de conjunto sea adecuada a tal forma de actuación (por ejemplo, declaraciones de los asistentes, al reflejar en acta una junta de una sociedad o de una comunidad). Por el contrario, apreciada la finalidad unitaria, en el sentido indicado antes, tratará de conseguir la máxima efectividad. Si al notificar una oferta el requerido personalmente la acepta, se presta a ser identificado y a firmar, el notario deberá procurar esa identificación por los medios legales pertinentes; deberá asegurarse de su capacidad, y redactada la contestación conforme a lo declarado, la leerá al requerido y después de firmada por éste, la autorizará. E incluso si fuere posible y conforme a la voluntad declarada por éste, procurará su notificación al autor de la oferta. Con ello, habrá conseguido la plenitud de efectos al conectar el hecho de la declaración y el contenido de la misma con su autor. E incluso La concurrencia de los consentimientos al poner en conocimiento del autor de la oferta el hecho de la aceptación autenticada.

Podríamos insistir diciendo que lo que hay no son clases de instrumentos, sino muchos casos instrumentales, en cada uno de los cuales el notario habrá de exigir cada uno de los requisitos que sustantivamente se exijan para que lo documentado tenga plena eficacia jurídica, traduciendo tales requisitos en las consiguientes formalidades instrumentales(57)(595).

Es necesaria aún otra precisión. Rodríguez Adrados(58)(596) considera la dicotomía escritura pública - acta notarial como una de las bases de nuestro derecho notarial, que se derrumbaría de admitirse la teoría representativa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Al negarse la distinción, como se niega antes, no se admite en modo alguno la teoría representativa. Antes al contrario, se da la mayor amplitud a la tradicional concepción de que la declaración se produce en el documento mismo, bajo la dirección y control del notario. No sólo la declaración, sino en cuanto sea posible, cualquier manifestación volitiva. Después se insistirá en este punto. La declaración no quedará reducida a mero hecho más que en el supuesto de que no sea posible tratarla como tal declaración por negarse el que la emite a identificarse o a asumirla formalmente mediante la firma. La dirección y control del notario no desaparecen, ni aun tratándose de declaraciones de ciencia en cuya narración deban de emplearse a ser posible las mismas palabras empleadas por el declarante. Siempre cabrá la advertencia del notario sobre sus consecuencias, o sobre la adecuación formal según el efecto o finalidad que se persiga.

Finalmente, los diferentes efectos sustantivos no parecen suficientes razones para justificar dos géneros instrumentales distintos, mucho más si se tiene en cuenta, como antes se ha repetido, que las formalidades no por ello habrán variado. El que un documento contenga una oferta, que después de su notificación no sea aceptada en el mismo documento, o incluso ni siquiera en forma pública, dará lugar a que el negocio no se haya perfeccionado en el documento notarial; pero en modo alguno autorizará el tratamiento de la oferta inicial con formalidades inferiores a las que serían necesarias para que produzca la totalidad de sus efectos, como si la oferta fuese aceptada seguidamente y notificada a su autor.

2. Otros tipos instrumentales. - La dualidad escritura - acta no agota la clasificación de los géneros documentales; éstos, en cuanto documentos notariales, pueden distinguirse en documentos protocolados y no protocolados. Los primeros son la regla general; los segundos, en el sistema español, la excepción.

a) Protocolados (diligencias, notas). - En el sistema notarial latino, el documento debe, como regla general, incorporarse al protocolo, cualquiera que sea su contenido sustantivo.

Y del documento matriz proceden las copias, cuya autenticidad deriva de su concordancia con el original.

Junto a la matriz, como documento principal, pueden distinguirse las diligencias y las notas.

Las primeras son documentos notariales, sin más especialidad que carecer de individualidad corporal autónoma; forman parte de un instrumento con un solo número en el protocolo.

Pero en sí mismas, en cuanto a las formalidades aplicables a su formación documental, y a sus efectos, son un documento notarial perfectamente autónomo, cuya validez o eficacia no depende del resto del documento del que es parte.

La diligencia ha sido tradicionalmente empleada en las actas, se ha considerado muchas veces como privativa de ellas, y en la legislación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

española ha dejado de ser reglamentariamente tal, desde que ha sido admitida la ratificación por diligencia.

Representando la diligencia una división interna del documento, sirvieron para que el Reglamento Notarial y una gran parte de la doctrina española afirmasen que en las llamadas actas no era precisa la unidad de acto.

Hoy, el concepto de unidad de acto, en sus justos términos, lo admiten incluso los autores que siguen defendiendo la distinción entre escrituras y actas; de una manera muy descriptiva, unidad de acto expresa una simple categoría lógica: cuando el compareciente asume la declaración que el notario le lee, o que lee él por sí mismo en presencia del notario, debe realizar tal "asunción" inmediatamente a continuación de la lectura. En otro caso lo que asumiría sería el recuerdo de lo leído después de un lapso de tiempo. De la misma forma cuando la presencia del testigo sea imprescindible por mandato legal, el testigo testifica el hecho del otorgamiento e incluso la libertad física y capacidad natural del otorgante cuando el otorgamiento se produce y no en un momento posterior. Aún más, cuando el notario autoriza lo hace al signar y firmar y no después. Mientras esa autorización no ha concurrido no hay documento auténtico. Por esta razón todo documento notarial tiene unidad de acto, así entendida, y aunque como requisito expreso se suprimiese en los testamentos, éstos continuarían otorgándose en un solo acto o sería absolutamente falsa la afirmación notarial en ellos de que el testamento ha sido leído a testador y testigos y que el primero lo ha otorgado.

Otra cosa completamente distinta es la unidad de escena, como acertadamente la bautizó González Palomino(59)(597). Admitida la contratación entre ausentes, la unidad de escena dejó de ser elemento de fondo del negocio.

En materia de autenticación de hechos, cuando los que el notario debe documentar son varios, separados por circunstancias de tiempo o lugar, nada impide que la documentación de los mismos se realice en momento sucesivo. Basta simplemente que el documento que contiene la rogación inicial tenga la concreción mínima necesaria para que en un tiempo determinado el documento quede completo. La posibilidad de diligencias sucesivas o indefinidas sería incompatible con el concepto de protocolo.

Finalmente, las notas son también documentos accesorios y pueden constar bien en las matrices, bien en otros documentos. Su diferencia con las diligencias estriba, esencialmente, en que así como aquéllas pueden documentar hechos percibidos por el notario, las notas documentan exclusivamente hechos del propio notario, y se hacen constar en la matriz (expedición de copias) o en otros documentos que el notario ha tenido a la vista (títulos)(60)(598) González Palomino considera a las notas como la expresión más pura del documento autenticador de hechos, que en su tesis podrían ser las actas(61)(599).

b) No protocolados (testimonios). - También son medios de autenticación de hechos los testimonios cuyas características esenciales son las de ser documentos no protocolados y narrar exclusivamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hechos del notario y percepciones de hechos por el mismo (existencia de cosas, concordancia de documentos con sus reproducciones) o incluso juicios del notario (legitimación de firmas no puestas en su presencia)(62)(600).

Por no incorporarse al protocolo, no quedan sin embargo totalmente desconectados del notario (recuérdese lo que antes se dijo de la autenticidad corporal). Este conserva la nota o extracto del testimonio (no de lo testimoniado) en el libro indicador. Parece que el principio general del protocolo se invierte: circula el original y el notario conserva una nota abreviada de él(63)(601).

**VII. FORMACIÓN DE LOS DOCUMENTOS RECEPTIVO DE LA
AUTENTICACIÓN DE HECHOS**

Establecida la distinción en esta materia entre el hecho a documentar, elemento objetivo externo, su recepción por el notario y la narración que éste hace de la recepción realizada al culminar el proceso de autenticación, en el mismo orden debemos examinar las formalidades del documento, siquiera sea preciso el previo examen del presupuesto ineludible para la actuación del notario, cual es la rogación.

1. La rogación. - La actuación del notario es siempre e inevitablemente rogada. El notario nunca actúa por propio impulso o de oficio. Es pura exigencia lógica de su propia imparcialidad, cualidad imprescindible para que actúe como notario. Cuando la legislación española permite al notario subsanar, por propia iniciativa, los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos intervivos(64)(602), no establece una excepción al principio general de la actuación rogada del notario. La rogación a éste es siempre para que produzca un documento formalmente válido y completo. Cuando subsana una omisión o un defecto de forma, no hace más que cumplimentar la rogación inicial después de la cual se produjo el documento defectuoso.

a) La rogación, acto de instancia(65)(603) o de solicitud(66)(604), debe preceder a la actuación notarial. Esta exigencia plantea el problema de la autenticación de hechos percibidos por el notario antes de que la rogación se produzca. Si el notario autentica los hechos percibidos antes de la rogación, su narración no puede decirse que sea la de la percepción del hecho por sus sentidos, sino de lo que ha incorporado a sus conocimientos; la narración sería de ciencia propia. Y el notario no es un simple testigo, sino siempre un testigo rogado. La diferencia es sutil, pero existe. No puede decirse que sea idéntica la declaración testifical de hecho pretérito que la declaración testifical en un documento. El testigo que depone sobre un hecho pretérito no pudo tener al percibirlo la misma predisposición psicológica que el que fue rogado para presenciar un acto concreto. Es indudable que la atención con la que el hecho será percibido en uno u otro caso será totalmente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinta. Con la misma diferencia que puede existir entre el espectador ocasional y el espectador atento(66bis)(605).

El notario debe estar absolutamente cierto del hecho que narra, y para asegurar esa certeza y la máxima atención al hecho, la previa rogación es indispensable. Es más, si cómo luego veremos el notario debe narrar no todo lo que percibe, sino lo que esencialmente conduzca a representar el hecho que trata de autenticar, es ineludible la previa rogación como determinación del hecho que debe ser autenticado.

Así lo entendió Fernández Casado(67)(606) cuando afirmó que el notario debe negarse a documentar los hechos presenciados como simple espectador.

b) La rogación debe contener, no sólo la solicitud al notario para su intervención, sino también la determinación del hecho a documentar, o las precisiones necesarias para hacerlo determinable a juicio del notario. Este puede infringir su obligación de intervenir sólo en materias de su competencia, conforme a las leyes y a solicitud de quien muestra interés legítimo, si no conoce el hecho que debe documentar. Este hecho es el presupuesto para que pueda emitir los demás juicios.

El respeto a los demás exige del notario el juicio acerca del interés del requirente. Para incidir en la esfera jurídica de los demás, la preexistencia de ese interés es indispensable. Además, el notario debe asegurarse de que su requirente tiene la capacidad suficiente para la rogación, y la legitimación suficiente para el acto que puede ser presupuesto de la autenticación del hecho que se pretende(68)(607). Así sucederá sobre todo cuando el hecho a autenticar sea una comunicación o una intimación, o como dice el Reglamento Notarial español, una notificación o un requerimiento. En el caso de comunicaciones, el hecho a documentar es la comunicación misma, acto del notario, lo que no impide que quede también documentado el contenido de la comunicación. Y el notario no debe renunciar a su deber de redacción en cuanto a la manifestación voluntaria que comunicará. Es evidente que el mismo objeto del requerimiento hará innecesario en muchos casos el conocimiento detallado y completo de la relación jurídica preexistente que sea causa u objeto de la manifestación. Pero no es menos cierto que esa manifestación que traslada es asumida por el requirente en presencia del notario, que como tal y conforme a los principios del notariado latino no puede renunciar a juzgar la legalidad del acto e inclusive a redactarlo en su caso, y a hacer las advertencias que estime convenientes. Fijémonos en que esas advertencias pueden ser necesarias incluso cuando se trate de autenticar puros hechos, poniendo de manifiesto al requirente cuáles son los hechos que deben ser autenticados para que la finalidad que persigue sea conseguida.

c) La previa rogación puede no exigir siquiera su expresión documental como manifestación del requirente, con firma de éste. Si la rogación se refiere a la autenticación de un hecho puro, bastará con que exista. El notario lo hará constar así en el documento, pero parece excesivo documentar también la manifestación de rogación, exigiendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incluso la firma del que la hace.

El problema es distinto cuando el hecho a documentar sea una manifestación de voluntad del requirente; en este caso, si éste rehusa la firma, debe entenderse que la manifestación de voluntad no existe, o que es diferente de la que recoge el documento. Como ya se ha insistido antes, si el hecho a documentar es una manifestación de voluntad, no parece que sea lícito al notario distinguir entre manifestación negocial o no negocial, e incluso entre manifestación y declaración de voluntad. Las formalidades deben ser las mismas. El compareciente debe ser identificado y previo el juicio de capacidad por el notario y la lectura del documento, debe otorgarlo ante él.

Problema diferente es el de si la rogación requiere indispensablemente la presencia física del requirente.

Cuando el hecho a documentar sea un puro hecho, parece que no habría obstáculo para que la rogación se hiciera por carta, en la que quede perfectamente determinado el hecho a documentar. La carta sería rogación suficiente si de ella el notario pudiera deducir cuál debe ser su actuación y el interés que respecto de ella pueda tener quien lo requiera.

En los supuestos de comunicaciones o intimaciones el problema es totalmente diferente. Si como se viene defendiendo el notario debe procurar los máximos efectos a su actuación, la manifestación que será objeto del traslado debe quedar documentada, bien ante el propio notario competente para el traslado, bien ante otro notario.

La legislación española permite, ante requerimientos o notificaciones de carácter urgente, el requerimiento por carta, con tal de que la firma del requirente le sea conocida al notario. La urgencia puede justificar el precepto. Pero no debemos olvidar que los efectos serán bien distintos. El hecho de la comunicación o intimación, acto del notario, quedará documentado. No sucederá, en cambio, lo mismo respecto del contenido de la manifestación del requirente, que no fue asumida ante el notario, aunque su identidad quedase de alguna forma asegurada por el conocimiento de la firma(69)(608).

2. El hecho a documentar: límites de la actuación notarial. El hecho a documentar, elemento objetivo y externo, debe ser susceptible de que el notario lo perciba por sus sentidos. De no ser así, el notario debe negar su intervención. Sanahuja(70)(609) transcribe la constitución del Emperador Maximiliano de 8 de octubre de 1512 en que esta idea se recoge con precisión: "tengan los notarios mucho esmero en escribir en su protocolo tan fielmente como sea posible y sólo de aquellas cosas que se perciben corporalmente, pues su oficio o autoridad no se extiende a más; pero en las cosas sujetas a los sentidos deben distinguir, porque en cuanto a la vista y oído basta que el notario vea y oiga en presencia de testigos; pero en los demás, como el gusto, tacto y olfato, es necesario que los testigos, en presencia suya, gusten, toquen y olfateen, y todos atestigüen de lo que por los sentidos, en presencia de las partes, han percibido y sentido de sus cualidades, pues de estos estados y no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de su propio gusto u olfato puede el notario testimoniar eficazmente. Mas si el notario añade que él también ha gustado, tocado y olfateado y percibido, hace mucha fe".

a) El límite de la actuación del notario en cuanto al hecho, debe estar en que tal hecho sea susceptible de ser percibido por sus sentidos, sin que pueda afirmarse que no todos los sentidos del notario merezcan la misma confianza en orden a la autenticidad de lo percibido por ellos. El artículo 1º del Reglamento Notarial español se refiere a los "hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos", incurriendo en redundancia, pero poniendo en pie de igualdad a todos los sentidos.

Núñez - Lagos cita con frecuencia un proverbio griego, según el cual "los ojos se creen a sí mismos; los oídos creen a los ojos de los demás". Sin embargo, la distinción entre vista y oído es inoperante; en realidad, Núñez - Lagos la utiliza para hacer ver que la autenticidad no alcanza al contenido de lo oído por el notario cuando son declaraciones de otras personas, pero aparte de que sí alcanza al hecho de haber oído tales declaraciones, es indudable que el documento puede referirse a sonidos percibidos por el notario que no sean declaraciones, y la autenticidad de su narración será indudable.

En términos generales, lo que sucede es que respecto a cualquier sentido puede haber sensaciones claramente objetivas y expresables con exactitud (ver un documento cuyo contenido se transcribe, oír pronunciar determinadas palabras, percibir por el tacto que un objeto está mojado, gustar que un líquido es vino o agua, oler a ácido sulfhídrico) y otras en que influya manifiestamente la subjetividad del agente y por consiguiente sólo deban expresarse con aproximación y reservas (ver que un lugar está poco iluminado, oír que un ruido es molesto para los vecinos, gustar que un pastel está poco dulce, percibir que un radiador de calefacción está poco caliente, oler un lugar de manera poco agradable). Es cierto que unos sentidos se prestan más que otros a una percepción y descripción objetivas; así trata de indicarlo Sanahuja, cuando comentando la constitución antes transcrita(71)(610) advierte que ante las cosas vistas u oídas el notario, al autenticar, certifica, "asegura simplemente que determinados hechos. . . existen o suceden"; en los demás casos "se trata de una operación de verificación sensorial porque las cualidades de las cosas a que se refiere no pueden obtenerse más que a través de sentidos de pronunciada subjetividad".

b) En la legislación española, el artículo 251 del Reglamento Notarial establece una limitación en relación con los sentidos del notario, al permitir la autenticación de hechos por documentos no protocolares (testimonios) sólo cuando se trate de hechos perceptibles por la vista (concordancia de fotografías con personas o cosas identificadas por el notario). Rodríguez Agrados(72)(611) admite la autenticación mediante actas de presencia de la concordancia, cuando se trate de hechos perceptibles por el oído (discos, cintas magnetofónicas) o por el tacto (sistema Braille) y las visibles de naturaleza dinámica (películas cinematográficas). Sin embargo debe siempre de tenerse en cuenta que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

és sumamente aventurado para el notario aseverar la concordancia de hechos y sus reproducciones, cuando se trate de hechos muy complejos, o se requieran conocimientos periciales.

La materia de juicio periciales merece atención especial. El notario, en materia de percepción de hechos, debe evitar cuidadosamente el emitirlos, aún en el supuesto de que posea los conocimientos suficientes para ello; ya que si los tiene no son consecuencia de su calidad de notario.

c) El hecho objeto de la recepción no debe ser depresivo para la dignidad del notario. Si así se estima, éste puede negar su intervención. así se admitió recientemente por la Dirección General de los Registros en resolución de 3 de julio de 1963, cuando declaraba que el notario no debe aceptar el requerimiento que suponga descender a menesteres impropios del decoro y dignidad de su función, ni para que haga deducciones y establezca presunciones sobre hechos cuya apreciación requiera otros conocimientos.

d) El hecho a documentar debe estar dentro de la competencia territorial y funcional del notario.

En este último aspecto pueden plantearse problemas que el notario debe evitar interviniendo en hechos que tengan lugar en esferas con propios funcionarios autenticadores cuya competencia el notario no debe invadir. En los países del notariado latino es normal una separación tajante entre la fe judicial (a cargo de funcionarios de la Administración de justicia) y la extrajudicial, de forma que no es lícito para el notario actuar en aquellas materias que queden cubiertas o amparadas por la fe judicial. En cambio, no suele haber una separación clara entre la fe notarial y la administrativa. En principio cabe decir que si bien en el orden interno de la Administración no cabe la intervención notarial, sí cabe en todo aquello en que la actuación administrativa suponga una relación con los administrados. Ello se debe a que no actuando la Administración, por lo general, en un plano imparcial, se considera conveniente que los administrados puedan tener la garantía que deriva del posible control por parte de un funcionario estrictamente imparcial, como es el notario. Se trata, en la esfera de los hechos, de una garantía análoga a la que supone, en la esfera de los negocios jurídicos, la intervención notarial en la contratación administrativa.

No obstante, este principio es muchas veces difícil de desenvolver en sus consecuencias prácticas. Parece, por lo pronto, que debe estar excluida la intervención notarial respecto de las más altas autoridades del Poder Ejecutivo (jefe del Estado, ministros)(73)(612), Por lo demás cabe plantearse una serie de supuestos prácticos: ¿Puede el notario pedir la exhibición de expedientes y archivos administrativos respecto de los que hay funcionarios con facultad de certificar? ¿Puede intentar la entrega de documentos a funcionarios fuera de la vía de presentación en el registro del departamento? ¿Puede intervenir en actos (subastas, por ejemplo) respecto de los que esté previsto legislativamente que dará fe un funcionario administrativo? La respuesta, en términos generales, ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de ser afirmativa.

La regla general en todos estos supuestos debe ser la de que el notario puede actuar donde pueda estar presente su requirente como persona particular. Así resulta, por ejemplo, del artículo 198 del Reglamento Notarial español, que si lo exige para la actuación notarial en actos públicos presididos por la autoridad que el notario dé a conocer, previamente, su calidad de tal, sin que después pueda la autoridad oponerse a que el notario ejerza las funciones propias de su ministerio. Del mismo precepto deduce Beltrán Fustero que el notario debe abstenerse de autorizar actas que atenten a la dignidad o prestigio de las autoridades en el ejercicio de sus funciones(74)(613), entre las que no estima comprendidas: 1) las que acrediten el envío de documentos por correo, aunque sea en carta certificada y con acuse de recibo, pese a que el escrito pueda contener una protesta, siempre que ésta no vaya acompañada de expresiones injuriosas; 2) las que tengan por objeto hechos que urge esclarecer, aunque la autoridad pudiera estar interesada en lo contrario (presencia de una persona en un lugar y hora determinados, su estado físico y dictámenes periciales acerca del mismo), pero sin inquirir ante la autoridad sobre lo ocurrido; 3) las que se refieran a hechos mortificantes para la autoridad, si ésta impidiera o pusiera trabas a la actuación notarial lícita(75)(614).

e) Límite es también la licitud del hecho a documentar. El notario debe abstenerse de narrar actos ilícitos. Son, como dice Núñez - Lagos(76)(615), los contrarios a las normas de derecho público o las imperativas de derecho privado. Tiene su origen en la voluntad y su efecto en la ley, si bien el hecho jurídico empleado como reactivo es ilícito. La actuación notarial debe ser excluida, por regla general, en materia ilícita, que es de la incumbencia de otros funcionarios (policía, juzgados). Al notario le queda la constatación de los resultados materiales, perceptibles por la vista, causados por el acto ilícito; por ejemplo, para fines de indemnización de daños y perjuicios.

3. La recepción del hecho por el notario: sus deberes. - La recepción del hecho por el notario, a lo que antes se denominó comprobación, es el objeto de la narración, lo narrado. Y sus circunstancias:

a) Tiempo: el notario puede actuar en cualquier momento, siempre que al hacerlo no perturbe la esfera de intimidad de los demás, que debe respetar siempre. No son ajenas a esta idea las disposiciones que determinan el tiempo en que se debe actuar (protestos) o la limitación del tiempo al comprendido de la salida a la puesta del sol (porque la noche está protegida por la paz del rey)(77)(616).

b) El darse a conocer, evitando toda clandestinidad. Es presupuesto indispensable para que el notario actúe. El ocultar su condición de tal infringe su deber de imparcialidad y es depresivo a su propia autoridad como notario.

c) Observar la más exquisita imparcialidad. En este punto, un problema que podría plantearse en el derecho español es el de si cabría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la posibilidad de que el notario autenticara requerimientos verbales de persona a persona como "actas de presencia", sobre la base, por supuesto, de un texto requisitorio previamente determinado y conocido por el notario. El problema se plantea como consecuencia de estar tipificadas unas "actas" denominadas de "requerimiento", en las cuales, aparte de otros requisitos, es evidente, al menos después de la reforma del artículo 202 del Reglamento Notarial, que el notario debe advertir al requerido su derecho de contestar dentro de los dos días hábiles siguientes(78)(617).

Cuando se trate de requerimientos que podríamos denominar confesorios (dirigidos a la parte interesada) por la trascendencia que la confesión extrajudicial puede tener en un hipotético proceso, parece difícil admitir tales requerimientos verbales de persona a persona, como no sea por la vía de la forma documental tipificada, o cuando menos advirtiendo el derecho a contestar en el plazo indicado.

Por el contrario, tratándose de requerimientos que pudiéramos denominar testificales (dirigidos a las personas que no son estrictamente parte interesada) parece más factible admitir tales requerimientos verbales, sin ajustarse al esquema reglamentario de "actas de requerimiento" e incluso prescindiendo del plazo de contestación, dado el carácter de declaraciones de mera ciencia y el valor sumamente relativo que las declaraciones testificales tienen en el seno del proceso.

Será un punto más bien casuístico. En todo caso el deber de imparcialidad del notario exigirá que no permita la sorpresa, la pregunta capciosa, y deberá admitir el plazo de contestación, advirtiéndolo al requerido, en caso de que la pregunta verse sobre cuestiones técnicas o hechos sumamente complejos, evitando contestaciones irreflexivas.

d) El notario no puede imponer su actuación. Ante el hecho obstativo se limitará a hacerlo constar así.

4. Narración del hecho: caracteres y formalidades. - Percibido el hecho, el notario debe narrar su recepción procurando, aquí si que es lícito, "representarlo" con la mayor precisión. Las reglas serán distintas según cuál sea el hecho que se narra.

a) De hechos naturales o resultados de actos humanos. - Cuando el hecho percibido es un hecho natural o el resultado de actos humanos, la narración debe ser:

a') Completa, penetrándose bien de la intención del requirente y expresando cuantas circunstancias tiendan a conseguir su finalidad en el sentido que se indicó antes, lo cual no obsta a que pueda omitir los detalles inútiles que no alteren la verdad y cuya omisión no induzca a error(79)(618). El notario no es una máquina de reproducir, y su narración, si bien no debe alterar el hecho, tampoco puede pretender representar como una fotografía toda su complejidad y sus más mínimos detalles.

b') Exacta: el notario narra el hecho patente para sus sentidos tal como lo ha percibido y debe dejarlo como es y sin dejar de ser lo que es; sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confundir los efectos y las causas; absteniéndose de toda clase de deducciones, y cuando se vea precisado a emitir un juicio, debe resaltarlos así(80)(619).

La cuestión cobra la máxima importancia si se tiene en cuenta que lo que trata de conseguirse es autenticar el hecho, elemento objetivo externo, y lo que el notario narra es su percepción, elemento subjetivo interno; para evitar la fragilidad de la fe pública es necesario que la percepción sea absolutamente concorde con la realidad y que la narración de la misma no la altere.

b) De manifestaciones. - Si el hecho a documentar es una declaración de verdad (afirmaciones, aseveraciones) de una persona, sin olvidar las reglas precedentes, que conservan su vigor, entran en juego cuestiones distintas.

En cuanto se trata de una manifestación de voluntad, acto del querer, nada autoriza un tratamiento diverso de las propias declaraciones de voluntad en sentido técnico. El que el efecto de la manifestación proceda de la ley y no de la propia voluntad, no justifica distinta actuación. Lo que la manifestación tenga de declaración de verdad, deberá ser objeto de cuidadosa narración, empleando a ser posible las mismas palabras empleadas por el que la hace. Pero el notario no debe dejar de intervenir, para investigar lo que la manifestación tenga de tal, ordenarla a la finalidad que se persiga, en una actitud muy semejante, si no idéntica a la que realiza ante una declaración de voluntad strictu sensu.

Si como se viene repitiendo el notario debe procurar siempre el máximo de efectos, deberá observar las formalidades inexcusables ante toda declaración de voluntad. Dará lectura al documento, advertirá al declarante de su derecho a leerlo por sí y documentará su otorgamiento y firma.

No es lícito que el notario prescinda de las formalidades imprescindibles para la plena validez de la manifestación, cuando el que ésta sea sólo una manifestación y no una declaración en sentido técnico, es producto de una calificación del notario, que puede ser equivocada, sin mengua, como vimos, de la validez del instrumento y de su plena eficacia.

c) De comunicaciones e intimaciones. - Finalmente el hecho a documentar puede ser una conminación, intimación o comunicación, actos del propio notario. Pero el contenido de lo comunicado es manifestación del requirente, y el resultado de la comunicación o conminación puede dar lugar a una manifestación del requerido. Conviene distinguir los tres aspectos.

a') El documento contiene la comunicación o intimación, que es una manifestación de voluntad, o incluso una declaración en sentido estricto. En tales casos a esa manifestación o declaración deberán aplicarse las formalidades consiguientes (antes b).

b') El hecho de la comunicación es acto del propio notario, y es el hecho que éste narra en el mismo documento, o por diligencia a continuación del requerimiento inicial en el que consta el contenido de la comunicación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El acto de comunicar, en buenos principios, debe ser un acto de entrega. Lo entregado será la cédula o copia expedida por el propio notario, que es quien realiza el acto de entregarla.

En la legislación española se admite la oralidad del acto de comunicación por el notario, por lectura del documento que contiene lo que es objeto de ella. Y la comunicación por cédula aparece como pura facultad del propio notario. Si se reflexiona sobre el particular, la regla de conducta debe ser siempre la entrega de cédula, ante la sola posibilidad de que la comunicación se realice, no a su destinatario precisamente, sino a la persona que se encuentre en el lugar en que la comunicación se realiza (receptor, consignatario).

Y precisamente para realizar el acto de comunicación, la rogación inicial debe contener las precisiones necesarias de lugar, y sobre todo de tiempo, cuando esta circunstancia influya de alguna manera en el efecto de la comunicación misma. El notario deberá realizarla tan pronto como le sea posible, salvo que se le indique plazo concreto o momento en que debe ser realizada.

También permite la legislación española el acto de comunicación mediante la remisión de la cédula por correo. Es cuestión en la que el notario debe extremar su prudencia. Si la comunicación es acto del notario, lo documentado será la entrega en un lugar con el alcance que supone el tratarse de un hecho realizado por el propio notario y narrado por el mismo.

Por el contrario, en la remisión por correo de la cédula el notario no autentica más que el hecho de la emisión. La recepción no es acto autenticado por el notario. Como indica Núñez - Lagos(81)(620), en el acuse de recibo, aunque conste normalmente la firma del consignatario, no se expresa el concepto en que éste interviene, ni la relación que tiene con el destinatario, que el cartero no tiene por qué apreciar, ni siquiera por lo que le dicen. Por otra parte, el cartero no firma el acuse de recibo al lado - del consignatario, ni menos legitima la firma de éste, por la que la schaedula de acuse de recibo es documento privado que necesita el reconocimiento de firma del destinatario o, en su caso, la asunción por éste del acto de recepción por el consignatario. Más que una prueba - concluye - es un principio de prueba por escrito.

"La diligencia en la que se documenta el hecho de la comunicación por el notario es acto de éste y, por lo tanto, no requiere para su plena eficacia más que la firma del propio notario.

c') El requerido puede contestar. Y el notario debe autenticar también el hecho de la contestación, pero su actuación será diferente según el comportamiento del que contesta.

Si el requerido no firma, el notario se limitará a narrar lo contestado. Lo autenticado en este caso será simplemente que una persona que se encontraba en el lugar que el notario indica, y que dijo llamarse de determinada forma (o que se negó a dar su nombre), manifestó lo que el notario narra.

En tal supuesto no parece obligado el notario a leer al requerido la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

narración de sus manifestaciones. Si lo hiciere y aquél las asume como propias, también lo hará constar así. Si se retracta de ellas, o las modifica en alguna forma, igualmente lo hará constar. Pero tanto en un caso como en otro, la conformidad del requerido sin su firma no añade mayores efectos.

Si, por el contrario, el requerido se presta a firmar, es deber del notario, como tantas veces se ha repetido, procurar su identificación y leerle sus manifestaciones, después de redactadas por el notario para que éste las otorgue. Repetimos una vez más que es deber del notario procurar el máximo de efectos, y que no le es lícito en ningún caso limitarlos.

El artículo 205 del Reglamento Notarial afirma, de manera harto discutible, que las manifestaciones contenidas en un requerimiento y en la contestación no establecen nunca por sí solas una relación contractual (82)(621).

Es una de las muestras más evidentes de los errores a que puede conducir el considerar las pretendidas escrituras y actas como dos categorías dogmáticas, en lugar de simples casos de observancia de formalidades según la múltiple variedad de supuestos a documentar.

En efecto, si en el caso últimamente contemplado el requerido se presta a firmar sus manifestaciones después de leídas por el notario, y éste lo identifica, la relación contractual puede quedar documentada en el instrumento, que podrá contener la oferta, su traslado, la aceptación e incluso la notificación de ésta al oferente(83)(622). El instrumento, aunque haya nacido con la finalidad esencial de documentar un hecho (el traslado de la oferta por el notario), puede llegar a documentar la propia relación contractual. Y el notario no debe en modo alguno impedirlo dejando de observar las formalidades pertinentes.

Por el contrario, si el requerido ni firma ni se presta a ser identificado, es evidente que el documento no establecerá, por sí solo, la relación contractual. En él no tendrá expresión documental la autoría de la contestación (identificación del que la hace), que deberá probarse por medios extradocumentales.

VIII. LA AUTENTICACIÓN NOTARIAL Y LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

Hay, en primer lugar, un problema de interpretación del enunciado a) debe referirse sólo a la autenticación notarial de hechos, y no a cualquier documento notarial autenticador, pese a la generalidad de la expresión. b) No resulta fácil comprender la expresión "debido proceso". ¿Por qué es debido el proceso? Puede entenderse que se ha querido hablar de "debidas garantías del proceso". O bien que se ha hecho referencia a las garantías del proceso conectado con el documento notarial, por ser donde éste ha de surtir efecto.

En todo caso, parece que el problema planteado es el siguiente: las pruebas presentadas al proceso están sometidas por las leyes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

procesales a una serie de trámites, formalidades y requisitos para la garantía de su producción en perfectas condiciones de pureza e imparcialidad. Estas formalidades se aplican al documento notarial de autenticación de hechos en la misma medida que a los demás documentos públicos (por ejemplo, posibilidad de cotejo de la copia con su matriz)(84)(623). Se trata de los problemas derivados de lo que la doctrina suele denominar "adquisición procesal" del medio de prueba, relacionados a su vez con los precedentes de la autenticidad externa del documento. En suma, la cuestión consiste en fijar que el documento aportado al proceso merece en sí mismo y con independencia de su contenido, la consideración de documento auténtico notarial. Estos problemas no han de ser examinados con especial detenimiento porque no presentan prácticamente especialidades dignas de mención por el hecho de tratarse de documentos de autenticación de hechos. Tal vez se podría plantear alguna cuestión secundaria:

a) Será frecuente en algunas legislaciones que los documentos de autenticación de hechos carezcan de matriz u original, haciéndose entonces imposible el cotejo de los mismos. Pero esta falta de cotejo, que normalmente estará prevista o suplida en las respectivas legislaciones, no debe rebajar en nada la eficacia del documento(85)(624).

b) También puede plantearse algún problema respecto de las foto copias o xerocopias, notarialmente autenticadas, de las copias de documentos públicos. ¿Serán directamente cotejables con el documento público original?

¿Tendrán la consideración que la ley atribuye a las copias de copias?

Como es fácil ver, se trata de problemas nimios. En términos generales, la autenticidad externa de los documentos notariales no suele plantear problemas, con tal de que reúnan las suficientes condiciones aparentes de regularidad.

La cuestión fundamental en materia de garantías procesales se da cuando el documento notarial es vehículo de otro tipo de prueba o sustitutivo de la misma. Ello puede suceder, por ejemplo, en los siguientes casos:

a) Si el documento notarial refleja hechos no pasajeros y que subsisten durante el proceso, puede haber una concurrencia con la prueba de reconocimiento judicial.

b) Si el documento recoge una confesión extrajudicial, podría entenderse como sustitutivo de una confesión judicial.

c) Si recoge declaraciones de personas que no son parte en el proceso, podría a su vez ser sustitutivo de una prueba testifical.

d) Finalmente, si recoge declaraciones de peritos, podría entenderse que sustituye a una prueba pericial.

Los problemas que se plantean son comunes a todos estos supuestos. El fundamental consiste en que si la prueba procesal correspondiente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exige una serie de trámites y formalidades (por ejemplo, presencia de la otra parte en la práctica de la prueba con la consiguiente posibilidad de intervención en el desarrollo de la misma, repreguntas, citaciones previas, intervenciones del propio juez, etc.), no requeridos para la actuación notarial, y se asigna a ésta un valor probatorio idéntico al de la prueba procesal, la sustitución implicaría un fraude de ley en cuanto que se habría obtenido el mismo resultado obviando las garantías procesales. Precisamente el hecho de que sea cada vez más frecuente la autenticación notarial en esta materia se debe, no solamente a la conveniencia de obtener una preconstitución de prueba, sino también a la mayor agilidad y rapidez del procedimiento notarial, y en ciertos casos a la espontaneidad y falta de preparación de quien realiza manifestaciones ante el notario a requerimiento de otra persona. Tales circunstancias, que pueden por una parte suponer virtudes de la actuación notarial, implican sin duda por otra un peligro de anulación de algunas de las garantías propias del proceso; ello sucede aunque el notario, cumpliendo preceptos legales o reglamentarios, o incluso yendo más allá de su estricto cumplimiento, procure extremar las garantías de su actuación. Lo que sucede es que en ésta no hay muchas veces términos hábiles para que las garantías se desarrollen en los mismos términos que en el proceso; así, por ejemplo, dado que el documento de autenticación de hechos, aun solicitado por el requirente muchas veces con vistas a un posible proceso, no revela su relación con éste, es imposible muchas veces que en él exista la intervención de una contraparte cuya existencia e identidad no resultan del propio documento(86)(625).

Otro problema, dentro de la misma línea de concurrencia con pruebas procesales, se refiere a la identificación de las personas que realizan declaraciones confesorias, testificales o periciales. Tal identificación debe considerarse asegurada si la prueba se produce dentro del proceso. Si se realiza en documento notarial, la identificación puede existir o no, según los casos. Si quien realiza las declaraciones es el requirente, debe considerarse que el notario ha de verificar siempre la identificación, puesto que, aun en las legislaciones que, como la española, eximen en términos generales del deber notarial de identificación en los documentos relativos a simples hechos (artículo 197 - 3º del Reglamento Notarial), este supuesto debe considerarse como uno de los exceptuados de tal dispensa por ser esencial para la eficacia del mismo la identificación del declarante. Distinto es el caso de que el declarante sea un tercero requerido al efecto en virtud del documento notarial. En tal supuesto, nunca es requisito la identificación, e, incluso, en muchas ocasiones, la misma será difícil de conseguir por resistencia del requerido o por otras causas. La doctrina suele entender(87)(626) que si no hay identificación por el notario de forma expresa, pero tampoco se hace reserva alguna por el mismo en relación con dicha identificación, no se producen los efectos de la fe notarial respecto de la identidad del declarante, pero hay una presunción iuris tantum en favor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de tal identidad; si se hace reserva, no hay presunción ninguna, y corresponde la prueba de la identidad a quien aporte el documento notarial, si la contraparte la niega.

El problema general de la concurrencia competitiva del documento notarial de autenticación de hechos con otras pruebas procesales afecta a la entraña misma del valor procesal de tal documento, y parece, por consiguiente, que debe ser resuelto dentro del marco de un estudio general de dicho valor procesal. Nos remitimos, pues, al estudio que en tal sentido se hará más adelante.

IX. VALOR JURÍDICO DENTRO DEL PROCESO

Hemos de centrar tal valor en la eficacia probatoria del documento dentro del proceso.

Es preciso aclarar que al tratar de tal eficacia probatoria nos será difícil separar la que tiene la autenticación notarial de hechos de la que ostenta en general todo documento notarial. Habremos, pues, de tratar en primer lugar de la teoría general de la fuerza probatoria del documento notarial, para fijarnos después en sus especialidades cuando el documento autentica simples hechos.

Otra observación general: la teoría del valor probatorio del instrumento público no es puramente procesal, puesto que, según veremos, tal instrumento, en cuanto prueba legal, crea una situación de índole sustantiva de la que son consecuencia, tanto la eficacia probatoria procesal como la extraprocesal. Tal vez se podía haber analizado esta situación sustantiva como presupuesto previo a toda la eficacia de la autenticación; pero se halla tan conectada a ciertos aspectos procesales de capital importancia que nos ha parecido necesario encuadrarla dentro del valor procesal de la autenticación, sin perjuicio de advertir su inicial valor sustantivo.

1. Principios generales. - La autenticidad implica prueba plena de lo auténtico. Como ha señalado Rodríguez Adrados, la autenticidad ha de ser absoluta(88)(627). En el mismo sentido, Sanahuja(89)(628): "el efecto de la autenticación oficial consiste en imponer a todos por el poder coactivo del Estado la veracidad de los hechos autenticados. . . Autenticar consiste en evitar toda duda sobre el hecho afirmado, imponer la fe en la declaración oficial; más claro: eliminar el juicio histórico que sobre el hecho condicionante del derecho pudiera formular el juez. El documento auténtico no puede desconocerse en procedimiento ordinario ni ser desvirtuado por la aportación de otras pruebas. Sólo en el caso de ser atacado de falso o nulo; . . puede, en buenos principios, declararse la falsedad o nulidad del documento, despojándole de toda fuerza"(90)(629). Por consiguiente, no cabe entrar a discutir lo auténtico. Lo único que cabe es el ataque frontal dirigido a destruir la autenticidad misma. Como ha señalado Núñez - Lagos(91)(630), o hay autenticidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(fe pública, prueba plena) o hay falsedad (y entonces no hay nada); lo que no cabe es el término medio de la presunción iuris tantum.

Más analíticamente, ha expresado el propio Núñez - Lagos(92)(631), la naturaleza técnica del proceso expuesto se trata de la no convertibilidad. Parte para ello de la distinción entre factum y dictum: el hecho y su narración; a la adecuación entre ambos se le llama verdad; en principio esta verdad es comprobable cada vez que se plantee problema, volviendo al factum por cualquier medio posible. No obstante, cabe una especial protección del dictum llamada fe pública, que consiste en la imposibilidad de volver al factum, en la no convertibilidad del dictum en el factum por ningún medio, salvo declaración de falsedad. Entonces el dictum ha perdido su contacto con el factum. Vale, no en cuanto reproducción veraz del factum, sino por sí mismo, hecha abstracción de su relación con aquél.

Como es fácil ver, este fenómeno crea una situación muy especial. Puesto en relación con el concepto y finalidad de la prueba procesal, resulta evidente su inadaptación. La prueba procesal, como señala Guasp(93)(632), va dirigida a conseguir la convicción psicológica del juez acerca de la verdad de las alegaciones de la parte. Ahora bien, la convicción psicológica es algo incoercible. Depende de razones puramente internas, propias del proceso mental de la persona a convencer, nunca de juicios valorativos apriorísticos. Si ponemos esta idea en relación con lo antes dicho sobre la no convertibilidad en materia de documentos auténticos, resulta fácil observar que la autenticidad es un valor legal apriorístico que no tiene por qué convencer psicológicamente al juez; y si éste tiene a su disposición otros medios de prueba que le permitan volver al factum, parece que, en un simple plano de convicción psicológica, ha de preferirlos al documento auténtico, aunque su valoración legal sea inferior.

Resulta, pues, que la especial eficacia otorgada por la ley al documento auténtico supone una quiebra en el sistema de la prueba procesal. La concepción expuesta acerca de ésta supone la concesión de una amplia libertad al juez en su proceso mental de valoración de cada elemento probatorio a fin de formar un criterio final sobre la cuestión de hecho. Quedaría así establecida una antítesis entre la quaestio facti, en que el juez actuaría libremente, y la quaestio iuris, en la que quedaría vinculado por las normas aplicables al caso. Si no se desea hacer quebrar esta concepción (y no parece haber razones para hacerlo), y no se desea tampoco desvirtuar la efectividad procesal que las leyes atribuyen al documento auténtico, la conclusión que se deduce es clara: la especial eficacia del documento auténtico ha de llevarse al terreno de la quaestio iuris, y considerarse, por consiguiente, materia de derecho sustantivo(94)(633). De esta forma el juez, al fijar los hechos, si media un documento auténtico, y dentro de la medida en que su contenido ha de ser considerado como tal, estimará como quaestio facti la simple existencia del documento y su autenticidad externa, y, en la fase ulterior de aplicación de la norma, habrá de realizar una doble operación; en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

virtud de la norma sobre eficacia del documento auténtico, considerar existente un determinado hecho o situación, y en virtud de las normas aplicables al mismo, juntamente con los demás hechos probados por otros medios, obtener las consecuencias que sean procedentes.

Con esta conclusión, podemos considerar descartada la idea (a veces expuesta) de que la eficacia procesal plena del documento auténtico notarial implica la sustitución o suplantación del juicio que ha de realizar el juez por el que realiza el notario; en el mismo terreno hay que situar las ideas que atribuyen al documento notarial la fuerza de cosa juzgada o lo colocan a tales efectos en un plano paralelo a la sentencia(95)(634). En realidad, no hay nada de esto. La actuación notarial y la judicial se mueven en planos diferentes, con distintos fines y principios rectores. Para aclarar esto en cierto modo es preciso hacer una referencia al concepto de la prueba legal.

2. La prueba legal. - Se trata de un concepto muy amplio y elástico que a veces viene confundido con los de prueba preconstituida y prueba tasada(96)(635). A nuestro juicio, y dentro de un examen muy somero de la materia, la prueba legal se encuadra dentro de un conjunto de mecanismos que tienden a proteger la seguridad jurídica(97)(636), como excepciones al principio general según el cual el derecho persigue la realización de la justicia. Estos mecanismos, de la más variada índole (desde los de protección de la apariencia hasta ciertas figuras procesales, como los juicios sumarios y la cosa juzgada material), se basan siempre en lo que en un sentido amplio podemos denominar abstracción(98)(637). En este sentido, la abstracción es un corte artificial operado por la norma en el encadenamiento causal lógico de los fenómenos jurídicos, de forma que se prescinde para la valoración final, de uno, de varios o de un número indefinido de eslabones. Así, por ejemplo, la usucapión permite prescindir de los eslabones constituidos por todas las transmisiones anteriores al plazo de aquélla. La abstracción ha sido estudiada sobre todo en materia de causa de los negocios jurídicos. La causa es un concepto dirigido fundamentalmente a potenciar el valor justicia, y responde al mismo sentido que antes asignábamos al concepto admitido de prueba procesal: llegar hasta el fondo mismo de la realidad fáctica y valorar en consecuencia.

El profesor De Castro(99)(638) ha sabido ver con insuperable penetración cómo los obstáculos para una plena realización de la posición causalista pueden venir, no sólo del fenómeno de la abstracción causal, sino también de una intensa valoración de la prueba legal (confesión, documento público).

El fenómeno de la prueba legal consiste, prima facie, en la atribución por la norma a un medio de prueba de una especial eficacia probatoria en el proceso, de forma que resulte en mayor o menor grado eliminada la libre apreciación judicial de aquél. Que tal fenómeno responde a un fin de seguridad jurídica resulta indudable porque, al prejuzgar en mayor o menor medida el resultado del proceso, tiende a evitar éste; y el proceso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en acto o en potencia, es un elemento de inseguridad (aunque sea una garantía de justicia). Que la prueba legal opera técnicamente por la vía de la abstracción, en el amplio sentido que se le ha atribuido, también nos parece evidente, ya que corta la conexión causal lógica entre actividad procesal y fijación de la situación de hecho, sustituyéndola por una fijación extraprocesal, por una imposición necesaria de los hechos venida de fuera del proceso y que impide todo intento de volver, dentro de éste, y por medios diferentes, a los hechos mismos para tratar de comprobar su realidad.

Queda finalmente por probar, para completar el ciclo de nuestro pensamiento, que la prueba legal es un fenómeno de tipo sustantivo, no procesal, incluso en su aplicación al proceso. Los procesalistas suelen oponerse a esta idea. Así, por ejemplo, en España, Guasp(100)(639) sostiene que la prueba procesal es siempre de libre apreciación judicial, si bien hay otro fenómeno, llamado también prueba, de índole sustantiva, pero que sólo despliega su eficacia en el campo de la legitimación extraprocesal, de la vida del tráfico, en donde tiene su fuerza probatoria legalmente predeterminada. Y Gómez Orbaneja ha tratado de demostrar que la prueba preconstituida se rige sólo por normas procesales, basándose en que, en los conflictos de derecho internacional privado, se le aplica la *lex fori*(101)(640).

Parece indudable, a nuestro juicio, que la especial eficacia procesal de la prueba legal es, en términos generales, el reflejo de una situación previa de índole sustantiva que tiene asimismo manifestaciones fuera del proceso. En realidad, el corte en que se manifiesta la abstracción no se manifiesta sólo en lo procesal, sino en un plano más general. Así, por ejemplo, la confesión tiene su eficacia procesal predeterminada porque ha creado una vinculación sustantiva del confesante en materia de fijación de hechos(102)(641). y los asientos del Registro de la Propiedad producen efectos procesales tipificados porque han creado previamente en el terreno sustantivo una legitimación del titular por la apariencia jurídica. El fenómeno de protección de la apariencia no coincide con el de la prueba legal, aunque respondan, según vimos a fines y principios en cierto modo análogos y se interfieran en ciertos supuestos, como el citado de los registros públicos, dotados de eficacia legitimadora. Uno de sus puntos de coincidencia es precisamente que ambos fenómenos crean, a través de una presunción de veracidad, una situación de imposibilidad de confrontación entre un signo externo (el medio de prueba, la apariencia legitimadora) y la realidad que trata de representar o que debería representar.

Esto se traduce casi siempre en que el favorecido por el signo tiene un ámbito de posibilidades de actuación jurídicamente protegidas que cabe unificar como situación material o sustantiva con una consideración unitaria, llegue o no a concretarse en un verdadero derecho subjetivo (se suele admitir que existe tal derecho en el supuesto de la posesión, por ejemplo).

En materia de documentos públicos, y más particularmente de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento notarial, el medio técnico utilizado para producir tal resultado es el concepto de autenticidad, al que ya nos hemos referido. Precisamente, la no convertibilidad del dictum al factum de que habla Núñez - Lagos equivale al corte en que la abstracción consiste. La creación de una situación sustantiva es clara en materia de documentos notariales que incorporan un negocio jurídico. La persona a cuyo favor surjan derechos y facultades en virtud de tal negocio puede ejercitarlos erga omnes dentro y fuera del proceso en virtud del documento notarial, prescindiendo de que el negocio existiera o no en la realidad. La cuestión no es tan clara en materia de autenticación de hechos. Pero antes de entrar en ello es preciso, dentro de la teoría general, hacer referencia a las dos piedras de toque fundamentales de la eficacia procesal del documento notarial: la impugnación por falsedad y el recurso de casación por error en la apreciación de los hechos.

3. La acción de falsedad. - Como ha señalado Núñez - Lagos (103)(642), "fe pública en el anverso, falsedad en el reverso, son dos caras del mismo fenómeno. Partiendo del cero de un documento indiferente para el derecho - documento neutro - sobre cero montan los grados de eficacia de la fe pública; bajo cero desciende simétricamente la graduación de la fe pública en una escala de falsedades". La medida en que el ordenamiento permita al juez pasar de la escala positiva a la negativa es por ello decisiva para apreciar la intensidad de eficacia de la primera, esto es, del valor probatorio del documento, y en nuestro caso del documento notarial.

La prueba legal, como todos los demás medios de protección de la seguridad jurídica, no puede proporcionar una situación definitiva e inatacable. Ello sería contrario a la justicia, que es sin duda el valor supremo del derecho. Por otra parte, la protección de la seguridad no suele necesitar tanto, y sus fines se cumplen con una eficacia provisoria, aunque intensa, de los medios en que se plasma. Las situaciones inatacables sólo se producen, o deben producirse, cuando el medio técnico puesto al servicio de la seguridad engarza con otro principio que ya no es meramente técnico y que excede del ámbito de lo que es propiamente protección de la seguridad; el de la buena fe de terceras personas, enlazado con exigencias más sustanciales, como la de protección de la persona misma.

Ahora bien, la provisoriedad de la eficacia del medio de prueba legal admite muy diversos grados. En lo que aquí nos interesa, cabe destacar tres sistemas diferentes:

a) La prueba legal produce plenos efectos mientras no sea destruida. Es decir, no basta articular la prueba en contrario, sino que es preciso conseguir que el medio de prueba legal sea declarado totalmente ineficaz como tal, de forma que no pueda ser utilizado en lo sucesivo bajo ningún aspecto. Se trata de la necesidad de contradecir eficazmente, no ya la virtualidad probatoria del medio a los fines perseguidos en un proceso concreto, sino su subsistencia misma como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medio de prueba legal. Dentro de este sistema caben dos variedades, según se haya de seguir un procedimiento especial, aunque pueda ser incidental, para la destrucción de la prueba legal, o quepa incluir esta pretensión dentro del procedimiento en que se trata de hacer valer tal prueba. La primera es la seguida por las legislaciones francesa e italiana en materia de documentos públicos ("inscripción de faux", "querela di falso")(104)(643); la segunda es la mantenida por el derecho español respecto de los asientos del Registro de la Propiedad(105)(644)).

b) El segundo sistema consiste en admitir la simple articulación de la prueba en contrario para desvirtuar los fines perseguidos por quien utiliza la prueba legal en un proceso determinado, dejándola subsistente para su posible utilización ulterior a otros fines, pero exigiendo una declaración especial del juzgador acerca de la falsedad de la prueba legal como presupuesto para que pueda prescindir en el fallo de la efectividad atribuida a la misma por la ley.

c) El tercer sistema consiste en la posibilidad de que el juez, concurriendo la prueba legal con otras pruebas, las aprecie todas conjuntamente y obtenga conclusiones contrarias o distintas de lo afirmado en aquélla sin hacer expresa declaración acerca de su falsedad. Cómo es fácil ver, este sistema vendría prácticamente a desvirtuar el sentido anteriormente asignado a la prueba legal, y la dejaría reducida a una prueba puramente procesal, con efectos sólo en el proceso mental de convencimiento psicológico del juez.

La elección entre uno y otro de estos sistemas en materia de documento notarial es primordialmente un problema de derecho positivo. Pero parece que existen determinadas exigencias institucionales que permite despejar el camino de la elección. En todo caso, trabajaremos fundamentalmente sobre la base del derecho español, sin perjuicio de hacer las necesarias referencias a otros sistemas.

En primer lugar, hay que tomar en consideración la conexión de esta materia con el derecho penal. A diferencia de lo que puede suceder en otros medios de prueba legal, en el documento notarial la discordancia entre lo narrado y la realidad envuelve en principio una responsabilidad penal del notario (prescindimos aquí de la falsedad material y nos atenemos a la ideológica). No podemos entrar aquí en el problema de si ésta exige una conducta dolosa del agente, o cabe la falsedad culposa como delito(106)(645). En todo caso, lo evidente es que si en un proceso civil se alega frente a la prueba por documento notarial la falsedad de éste, y el juez observa indicios de delito, ha de promover la intervención de la jurisdicción penal, con o sin suspensión del juicio civil, según los sistemas(107)(646); y que tanto en este caso como en el de proceso penal sin conexión con el civil, si tal proceso termina con la condena del notario por declarar el juez existente una falsedad, este resultado ha de afectar en principio a la subsistencia del documento como prueba legal. Se ha discutido, sin embargo, si la sentencia penal produce o no efectos en un juicio civil ulterior. Parece evidente que no los debe producir si es absoluta, porque la inexistencia de responsabilidad penal no debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prejuzar que no haya una falsedad con trascendencia meramente civil(108)(647). El problema surge si la sentencia es condenatoria. A nuestro juicio, y a pesar de la opinión, al parecer contraria, de Núñez - Lagos(109)(648), que se basa en la jurisprudencia española(110)(649), tal sentencia condenatoria supone la destrucción del valor de prueba legal del documento para lo sucesivo de una manera absoluta, y responde al mecanismo del primero de los sistemas antes enunciados. La sentencia penal, por la naturaleza jurídico - pública de la acción ejercitada - en el proceso correspondiente, no debe estar sometida a los límites civiles de la cosa juzgada, y representa en cierto modo una declaración estatal de que la prueba legal en cuestión está viciada, lo que la priva de valor en lo sucesivo. Todo ello aparte de que puede suceder que el documento quede eliminado físicamente de la ubicación necesaria para que produzca efecto (111)(650).(651)

Prescindiendo ya de la conexión penal, cabe indudablemente una falsedad que se plantee en un terreno puramente civil, bien por extinción de la responsabilidad penal (muerte, prescripción), bien por el carácter no doloso de la falsedad si se exige el dolo para la existencia de delito, bien por no suspenderse el proceso civil ante la incoacción del penal y haber de fallarse aquél independientemente de éste. La doctrina admite comúnmente la sustantividad de la acción civil encaminada a obtener la declaración de falsedad del documento notarial, es decir, la necesidad de ejercitar tal acción para desvirtuar la eficacia de éste como prueba legal sin que baste la simple presentación de otras pruebas que contradigan a aquél. Ello supone que el juez sólo puede prescindir del documento notarial al fijar los hechos base de su fallo si previamente, en este mismo o en procedimiento anterior, ha declarado la falsedad. Y, como es natural, para que el juez haga tal declaración, es preciso, en un sistema procesal dispositivo, que sea pedida por la parte; es decir, que sea ejercitada la, acción de falsedad.

Los sistemas que no regulan un procedimiento especial para declarar la falsedad civil del documento notarial tampoco suelen prever esta necesidad de una especial declaración de falsedad en la sentencia. Así, el artículo 1218 del Código Civil español se limita a decir que "los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causa - habientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros". Es de hacer notar que la primera edición del Código Civil empleaba en ambos párrafos del precepto la expresión "plena prueba"; en la edición definitiva se suprimió la palabra "plena", como expresión de un criterio general, puesto que se introdujo idéntica modificación en el artículo 1232, relativo a la confesión. Fuera del precepto citado, no hay prácticamente ninguna alusión a la cuestión. No obstante, a pesar de lo lacónico de los textos y de la innovación introducida en la segunda edición del Código, un autor tan calificado en cuanto intérprete de la intención de éste como es Manresa(112)(652) sostiene que el documento público en general hace

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prueba plena, incluso contra tercero, si no se demuestra la falsedad del hecho que el funcionario presencia y autoriza, añadiendo más adelante, respecto del párrafo 2º del artículo 1218, que "no dice la ley que la prueba sea plena como lo es para ellos (los interesados) y para todos en cuanto al hecho y su fecha". La doctrina en general no se ocupa a fondo de la cuestión, limitándose a exponer más o menos fragmentariamente la jurisprudencia del T. S., a que aludiremos más adelante(113)(653), Ha sido Núñez - Lagos quien ha planteado la cuestión en sus verdaderos términos al analizar comparativamente el sistema español con el francés e italiano. Al ocuparse por primera vez del problema(114)(654), sugirió la posibilidad de que se estimase vigente actualmente la Ley 116, Título XVIII, de la Partida 3ª, que regulaba la querrela en sentido análogo al que le dan aquellos derechos; los argumentos utilizados eran muy apreciables, pero el propio autor manifestaba que no tenía gran interés en la aplicación de dicha ley. Posteriormente Se ha manifestado reiteradamente en el sentido de no considerar conveniente la aplicación del sistema del procedimiento especial(115)(655) No obstante entiende que se trata de una cuestión de simple procedimiento, pero que en el fondo el sistema español se asimila al francés e italiano. A nuestro juicio, conviene matizar la cuestión, y entendemos que el sistema español presenta rasgos que permiten destacarlo como original frente a aquellos otros, por pertenecer a la posición b) de las antes enunciadas, y no a la posición a). Podemos resumir así nuestra postura:

a) Entendemos que la frase del artículo 1218 "hace prueba" debe entenderse en el sentido de prueba plena, no considerada esta expresión como reminiscencia del viejo sistema de la prueba tasada (lo que puede explicar la supresión de la palabra "plena" en la edición reformada del Código), sino como equivalente a lo que venimos llamando prueba legal. Apoyan esta conclusión el hecho de que la expresión "hace prueba" sólo se emplea en el Código a propósito de los documentos públicos y de la confesión, y la consideración de que en caso contrario tal expresión sólo querría decir que el documento público puede utilizarse como medio de prueba, lo que por obvio no merecería ser expresado. No puede alegarse en contra el artículo 1248 del Código Civil(116)(656) que, rectamente interpretado, debe referirse sólo al supuesto de que no exista prueba documental.

b) De acuerdo con lo anterior, "hacer prueba" quiere decir simplemente que los hechos a que se extiende la autenticidad del documento público se han de tener por probados sin más. Aquí termina el contenido preceptivo del artículo. Sólo una exigencia institucional obliga a permitir que tales hechos sean contradichos, en atención a lo antes expuesto sobre el alcance de la seguridad jurídica. Ahora bien, si el documento prueba por sí solo el hecho sin más distingos, el único medio de contradecirlo es lógicamente eliminarlo como medio de prueba. Como ha señalado Núñez - Lagos(117)(657), la finalidad inmediata de la querrela

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de falsedad es la declaración de ésta, y la mediata, fundamentalmente, la eliminación del documento como medio de prueba.

c) Tal eliminación es en principio una pretensión de una de las partes, accesoria de su pretensión u oposición en cuanto al fondo. Como tal pretensión, ha de ser oportunamente aducida en el proceso, aunque por su carácter normalmente accesorio no parece que se deba exigir un especial formalismo. Bastará con que se impugne el contenido pretendidamente auténtico del documento y se pida que no se le otorgue por el juez eficacia probatoria. Por otra parte, no parece haber inconveniente en que tal pretensión sea el objeto único del proceso, una vez admitida con carácter general la posibilidad de la acción declarativa(118)(658). En este caso, se habrá de utilizar el procedimiento declarativo ordinario que corresponda; si se aduce como pretensión propiamente accesoria, al no existir regulación alguna en nuestras leyes procesales, parece evidente que no existirá procedimiento incidental, y que el juez habrá de resolver en la sentencia decisoria del proceso.

d) ¿Cuál será el contenido de esta declaración del juez, ya se trate de pretensión principal o accesoria? En principio, y así lo entiende la doctrina, parece que si se estima la pretensión debe ser la declaración de falsedad del documento; no obstante, no creemos que esta cuestión pueda desligarse del problema relativo a los límites de la cosa juzgada de la sentencia en que se haga la declaración. La doctrina española suele entender que a tal sentencia se le aplica la doctrina general sobre límite de la cosa juzgada contenida en el artículo 1252 del Código Civil(119)(659). Tal conclusión nos parece evidente, pues la falta de regulación obliga a la aplicación de la doctrina general. Pero lo que la doctrina no suele advertir es que tal aplicación matiza enérgicamente el sentido de la supuesta declaración de falsedad. Si ésta sólo ha de tener efectos en el proceso concreto en que es formulada, o en otro ulterior entre las mismas partes, quiere decir que, al contrario de lo que sucede con la falsedad penal, el documento queda vivo y con toda su virtualidad probatoria a cualquier otro efecto(120)(660). La consecuencia es que la supuesta declaración de falsedad no afecta de manera objetiva al documento, sino que lo decisivo es sólo lo que Núñez - Lagos llama finalidad remota de la pretensión, es decir, la eliminación del documento como medio de prueba en un proceso concreto.

No obstante, a pesar de la matización apuntada, lo que nos parece evidente es que para eludir en la sentencia el valor probatorio absoluta del documento notarial, en lo que tiene de auténtico con arreglo al párrafo 1º del artículo 1218 del Código Civil, es precisa una declaración expresa del juez en la que, al analizar la prueba, elimine de la misma tal documento por considerarlo falso en el punto concreto de que se trate, a la vista de la contraprueba, razonando tal conclusión, que, como es natural, ha de basarse en elementos probatorios terminantes y evidentes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) Hasta aquí hemos venido hablando de falsedad civil. Parece necesario aclarar sin embargo que la palabra falsedad ha de entenderse en un sentido muy diferente al que tiene en derecho penal. Lo que interesa, a efectos de la eliminación del documento notarial como prueba, es únicamente la inexactitud del contenido del mismo, prescindiendo de todo problema de culpabilidad por parte del notario. Como hemos de ver más adelante, cualquier afirmación del notario respecto de hechos que presencie envuelve una cierta dosis de juicio, en la que el notario puede errar; incluso también puede hacerlo en la simple percepción sensorial, sin dolo o aun sin la más mínima negligencia. Falsedad equivale, pues, a error, imputable o no al fedatario.

De la exposición precedente interesa resaltar tres puntos que matizan, dentro del sistema español, la usual afirmación de que el valor probatorio del documento notarial sólo se enerva por la declaración judicial de falsedad; estos puntos son: que no es precisa una petición formal de parte en el sentido de que se declare la falsedad, bastando con impugnar el contenido del documento; que la declaración sólo tiene por efecto la eliminación del documento como prueba en un proceso concreto y en los demás respecto de los que rija la cosa juzgada con sus límites normales; y que la misma declaración sólo ha de afirmar la inexactitud del documento, su falta de concordancia con la realidad, sin nada más que pueda aproximar el concepto de falsedad civil al de falsedad penal(121)(661).(continuación de nota)(662)

Conviene, antes de pasar adelante, intentar una cierta adaptación de lo expuesto a la materia de autenticación de hechos, sin perjuicio de insistir más adelante en el tema. El artículo 1218 del Código Civil está sin duda pensado, en su redacción, para los documentos que contienen declaraciones de voluntad. Es sin embargo unánime la opinión que admite su aplicación a los demás documentos públicos, y por tanto a los de autenticación de hechos; y así lo ha declarado la jurisprudencia(122)(663). En tales documentos, el hecho que motiva su otorgamiento está constituido por el conjunto de hechos que en virtud del requerimiento practicado al notario son sensorialmente percibidos por éste y narrados en el documento. No cabe sin embargo dar una excesiva rigidez a tal delimitación, y las desviaciones introducidas por iniciativa del notario con arreglo al desarrollo de los acontecimientos durante su intervención o a indicaciones del requirente conexas con la finalidad inicial del requerimiento deben estimarse amparadas por la autenticidad que impone el párrafo 1º, del artículo 1218(122bis)(664); en cuanto al párrafo 2º, debe considerarse aplicable a las declaraciones contenidas en documentos de autenticación de hechos, aunque dicho párrafo hable de "contratantes". Al ser el expresado artículo íntegramente aplicable a los documentos que nos ocupan, le será de idéntica forma aplicable el juego de la acción de falsedad que hemos expuesto.

Falta únicamente hacer algunas consideraciones acerca de cuál de los sistemas inicialmente presentados parece preferible, en un plano institucional. Descartado el sistema c), que eliminaría la consideración

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del documento notarial como prueba legal y su autenticidad, consideramos que tiene más ventajas prácticas el sistema b), o sea el español, sin desvirtuar no obstante la enérgica eficacia probatoria de tal documento. Las razones de nuestra posición son las siguientes:

1° El procedimiento especial previo supone una complicación innecesaria, es fuente de dilaciones, arma peligrosa en manos de litigantes de mala fe y posible fuente de excesivas responsabilidades para una u otra parte(123)(665).

2° La necesidad de inutilizar para el futuro el documento notarial, si se ha de salvar la doctrina general de la cosa juzgada, obligaría a dirigir la acción contra todas las personas que puedan tener interés en el documento(124)(666), lo cual resulta muy difícil de determinar, y, además, supone implicar siempre al propio notario, lo cual no parece conveniente, ni mucho menos necesario(125)(667).

3° El valor de prueba legal del documento notarial queda a salvo con la exigencia de declaración especial de falsedad a los fines exclusivos del proceso de que se trate, porque aquel valor sólo requiere que para prescindir de él haya una prueba en contra terminante y de evidencia total, y por consiguiente que el juez examine tal contradicción con especial detenimiento y razone de forma específica en la sentencia la conclusión a que llegue. Pero no parece haber motivos para privar a otro juez, en proceso ulterior que puede tener un planteamiento y unos fines radicalmente diferentes, de la posibilidad de analizar de nuevo la verdad o falsedad del documento; y ello por los mismos motivos que constituyen el fundamento de la doctrina de los límites de la cosa juzgada, para la que no parece deba establecerse en materia de documento notarial una excepción que no entendemos justificada. Cuando la acción de falsedad se ejercite como autónoma y con independencia de todo otro proceso, la consecuencia no debe ser, como es lógico, una declaración absoluta de falsedad, sino que conviene sigan rigiendo los límites normales de la cosa juzgada.

En conclusión, la necesidad de una especial declaración de falsedad, que constituye el medio de destruir la eficacia probatoria procesal del documento notarial, supone a la vez una confirmación de tal eficacia y corrobora la consideración de dicho documento como prueba legal.

4. El documento notarial y el recurso de casación. - El recurso de casación adoptado por la mayor parte de los países de derecho latino por influencia del derecho francés y con arreglo al modelo establecido por el mismo, tiene, como es sabido, una finalidad diferente a la de una protección de los intereses de los litigantes más allá de la que resulta del juego normal de la doble instancia procesal, aunque de hecho se utilice en tal sentido. La finalidad primordial es la protección del propio ordenamiento jurídico, evitando las desviaciones que a un recto sentido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del mismo pudieran producirse en la práctica judicial y, como consecuencia, asegurar la producción de un cuerpo de doctrina legal(126)(668) que unifique la interpretación de las leyes y sea vehículo de expresión de los auténticos principios generales del derecho vigentes en cada ordenamiento(127)(669)).

La consecuencia evidente de ello es que, a través del recurso de casación, el órgano al que compete su resolución habrá de revisar únicamente la quaestio iuris planteada en el proceso de instancia, nunca la quaestio facti. Si el juzgador se ha equivocado al fijar los hechos base de su fallo, por apreciar erróneamente las pruebas, ello no implica ningún riesgo para el ordenamiento jurídico ni para su recta interpretación. Se habrá producido simplemente un perjuicio para uno de los litigantes, lo cual, desde el punto de vista de los fines del recurso de casación, es irrelevante.

Y sin embargo, es normal en los distintos ordenamientos establecer como uno de los posibles motivos en que se puede fundar el recurso de casación el de error en la apreciación de las pruebas. Este error, y tomamos como base la Ley de Enjuiciamiento Civil(128)(670) española, puede tener una doble vertiente: o error de derecho, es decir, error en la interpretación o aplicación de las normas jurídicas relativas al valor de cada medio probatorio; o error de hecho que resulte de documentos o actos auténticos(129)(671), que demuestren la equivocación evidente del juzgador. La doctrina se ha preguntado qué significación tiene este error de hecho en casación y ha llegado por lo general a la conclusión de que no es sino un error de derecho cualificado por existir violación de una ley relativa al valor de un documento auténtico(130)(672). Con ello se acomoda el derecho positivo a la finalidad que, según comúnmente se admite, tiene el recurso de casación; en todo caso, se trata de revisar la aplicación del ordenamiento, bien se trate de la interpretación de normas relativas al fondo del asunto, bien de la de aquellas otras que regulan el valor de los distintos medios de prueba; es decir, fundamentalmente, el de las pruebas legales. Y si admitimos que éstas tienen un carácter sustantivo, no meramente procesal, habremos de concluir que, en todo caso, el recurso de casación sólo sirve para revisar la valoración jurídica dada por el juzgador de instancia a situaciones sustantivas previas al proceso, prescindiendo totalmente del factor probatorio de orden procesal, ya que, como vimos, en las pruebas legales, la prueba procesal sólo se dirige a fijar la existencia del medio de prueba legal; sólo tal existencia, no la del hecho narrado en este medio, es mera quaestio facti.

Esta construcción nos parece irrefragable. hora bien, cabe preguntarse aún ¿por qué se ha separado el documento auténtico de los demás medios de prueba legal para sentar respecto de éstos que se trata de un error de derecho, y respecto de aquél, que es un error de hecho? La explicación podría tal vez ser la siguiente: respecto de los demás medios de prueba, el legislador se ha planteado la cuestión en torno al análisis concreto y a la valoración aislada que el juzgador haya realizado del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mismo. Por el contrario, respecto del documento auténtico, se la ha planteado en cuanto a la relación del contenido de éste con la total fijación del supuesto de hecho verificada por el juzgador. No es preciso, pues, que éste haya infringido una norma jurídica al valorar aisladamente el documento, sino que basta con que el contenido del mismo esté en clara y manifiesta contradicción con los hechos fijados por el juzgador. El error sigue siendo un error de derecho, puesto que si se han fijado los hechos en contra del contenido del documento, quiere decirse que se ha infringido la norma sobre valoración de éste. Pero el punto de vista adoptado es el inverso: no se contempla el fenómeno desde el documento, sino desde la fijación del supuesto de hecho; en consecuencia, no se revisa la valoración del documento, sino la fijación de los hechos; por ello, se habla de error de hecho. El resultado global es tal vez el mismo, pero las consecuencias son diferentes:

1º No es preciso por parte del recurrente acreditar la infracción de una norma; basta con denunciar la contradicción entre documento y hechos fijados.

2º El documento auténtico prevalece sobre otros medios de prueba legal, puesto que basta la aludida contradicción, aunque en la fijación de los hechos haya tenido en cuenta el juzgador alguno de esos otros medios.

3º Al contrario de lo que sucede con otros medios de prueba, la apreciación conjunta hecha por el juzgador no elimina la viabilidad del recurso, puesto que tal apreciación puede ocultar el análisis realizado respecto de cada elemento probatorio, pero no la contradicción entre el resultado de la misma y el contenido del documento auténtico. Ello ha sido agudamente advertido por Núñez - Lagos al trasladar el problema del recurso en caso de apreciación conjunta de la prueba al terreno de la contradicción entre hechos probados y documento auténtico, como medio de demostrar la equivocación evidente del juzgador(131)(673). Claro está que la contradicción, aun siendo evidente, no será motivo suficiente para el recurso si el Tribunal de instancia ha declarado la falsedad del documento; es cierto que tal declaración debe estar sujeta asimismo al control de casación, pero entendemos que éste sólo podrá darse en tal caso a través del error de derecho, por haberse infringido el criterio valorativo del artículo 1218, pero no por error de hecho, ya que el documento declarado falso no debe ser considerado auténtico a efectos de casación, mientras por la vía del error de derecho no se case la declaración de falsedad.

Las anteriores conclusiones parecen no coincidir con las que aparentemente, y según suele entender una gran parte de la doctrina, resultan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Creemos sin embargo que, pese a determinadas enunciaciones de éste, movidas especialmente por el deseo de evitar la proliferación de recursos en que se pretenda una total revisión de la cuestión de hecho, convirtiendo la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

casación en una tercera instancia, el sentido profundo de tal jurisprudencia coincide con nuestras conclusiones. Podemos resumir en la siguiente forma la posición del Tribunal Supremo.

a) No es lícito al recurrente desarticular la prueba apreciada en su conjunto por el Tribunal de Instancia para impugnar el resultado basándose en uno solo de sus elementos, aunque éste sea un documento auténtico(132)(674).

b) No puede considerarse como documento auténtico a efectos de casación el mismo que ha sido discutido en el pleito y ya apreciado por el juzgador de instancia(133(675)).

c) No puede prosperar el recurso si la contradicción entre los hechos que el juzgador declare probados y el documento auténtico, no es clara, evidente y terminante, sin necesidad de deducciones ni complejidades de juicio(134(676)).

La combinación de estas tres conclusiones parece dejar inoperante el significado del documento auténtico en casación. Sin embargo no es este el sentido real de nuestra jurisprudencia, como lo demuestra el hecho de que sean numerosos los casos en que se ha casado la sentencia por tal fundamento. Hagamos, pues, algunas puntualizaciones:

a) El Tribunal Supremo ha acogido en lo esencial una tesis análoga a la propugnada por nosotros en cuanto a la distinción entre el error de derecho y el error de hecho, al señalar que "los errores de hecho en casación sólo pueden impugnarse justificando con un documento o acto auténtico la evidente equivocación del Tribunal de Instancia, y los de derecho demostrando que en la apreciación de la prueba se han infringido preceptos reguladores de su valoración legal"(135)(677).

b) La tesis del Tribunal Supremo sobre apreciación conjunta no significa la concesión a los Tribunales de Instancia de una amplia libertad para eludir la valoración independiente de cada medio de prueba, sino sólo la posibilidad de combinarlos a la hora de fijar los hechos, interpretando unas pruebas por medio de otras, a fin de armonizarlas todas, obteniendo un resultado que esté acorde con el conjunto de la prueba. La prohibición de desarticular la prueba conjunta se refiere a la improcedencia de criticar el total a través del análisis aislado de un medio de prueba, cuando se olvida que éste ha quedado integrado en el análisis combinado, lo cual no implica necesariamente que el resultado final esté en contradicción con el resultado aislado de cada medio, sobre todo si se trata de prueba legal, pero sí que lo matiza o interpreta. Esta interpretación, siempre impregnada de cierta subjetividad, es lo que el Tribunal Supremo concede en exclusiva al juzgador, negando que pueda ser sustituida por la igualmente subjetiva que realice el recurrente. En todo caso, nunca se ha negado la procedencia del recurso si el resultado de la apreciación conjunta está en abierta contradicción con un documento auténtico, se haga o no en la sentencia el análisis aislado de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cada prueba (136)(678).(continuación de nota)(679)

c) La falta de consideración como documento auténtico del discutido en el pleito se refiere siempre, en las sentencias del Tribunal Supremo, a supuestos de simulación u otros análogos, y trata de evitar que, impugnado eficazmente un negocio o una declaración de un particular consignados en documento público, se trate de casar la sentencia por su contradicción con este mismo documento.

d) Finalmente, la necesidad del carácter evidente y terminante de la contradicción es un límite impuesto por la propia naturaleza de la casación y por el carácter excepcional que en ella tiene la revisión de los hechos; esta necesidad no altera la doctrina general sobre el valor probatorio del documento notarial (cfr. supra nota 113). Pero al establecerla el Tribunal Supremo, no sólo la ha puesto en clara relación con aquella naturaleza, sino que ha sentado palmariamente la procedencia de la casación cuando tal contradicción existe, aun en los casos de apreciación conjunta de la prueba, y sin necesidad de revisar el proceso valorativo realizado por el juzgador respecto del documento, con lo cual viene a confirmar nuestra tesis(137)(680).

En consecuencia, esta referencia al recurso de casación ha servido no sólo para confirmarnos el carácter de prueba legal que tiene el documento auténtico notarial, y como tal su naturaleza sustantiva, sino para obligarnos a admitir para él una cierta especialidad y prioridad entre las pruebas legales como elemento de control decisivo de toda fijación procesal de los hechos.

5. La autenticación de hechos dentro de la teoría general del documento auténtico notarial. - Hasta aquí hemos venido ocupándonos de esta teoría general. Ha llegado el momento de preguntarnos: ¿es toda ella adaptable al supuesto concreto de autenticación de puros hechos? Una visión superficial del problema nos induciría a pensar que sí, ya que, según veremos, la autenticidad del documento notarial se refiere primordialmente a los hechos presenciados por el notario. Pero al tratar de penetrar más a fondo en la cuestión empiezan a surgir dudas, algunas de las cuales ya han ido quedando esbozadas en pasajes anteriores.

Es evidente que la autenticación de hechos es una función en cierto modo marginal para el notario latino, cuyo origen y justificación se centran en la autenticación de declaraciones de voluntad. Aun en los ordenamientos como el español que admiten con largueza y generosidad la competencia notarial en esta materia, no cabe duda de que la regulación del instrumento público, y también, por consiguiente, la de su eficacia probatoria, está moldeada pensando en la autenticación de aquellas declaraciones.

Ha sido fundamentalmente la práctica la que, aprovechando las ventajas de la función notarial, la ha venido utilizando en forma cada vez mas amplia para necesidades prácticas no suficiente o satisfactoriamente cubiertas por otras instituciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como consecuencia de esta situación, la adaptación de la autenticación de hechos al concepto de prueba legal, con el sentido y naturaleza que le hemos venido asignando, ofrece ciertas dificultades.

Podría pensarse, en efecto, que los documentos de autenticación de hechos no persiguen un fin protegible de seguridad jurídica, en cuanto que tal seguridad sólo sería la de obtener una situación privilegiada en un proceso inmediato, y tampoco crean una situación jurídica de naturaleza sustantiva, por no constituir título de ejercicio de facultades de tal índole, al no calificar el funcionario la conexión entre el hecho autenticado y la relación jurídica de la que pudieran nacer aquellas facultades, calificación por otra parte imposible de realizar casi siempre porque exigiría apreciación de pruebas y aplicación de normas que supondrían una verdadera invasión de la función judicial(138)(681). A la vista de ello, ¿hay justificación suficiente para que en materia de simples hechos entre en juego el documento notarial como prueba legal, con lo que ello supone de abstracción y de vinculación del juez?

Con estas ideas enlazamos con lo dicho a propósito de la concurrencia de la autenticación de hechos con ciertos medios de prueba procesal (cfr. supra VIII). Lo allí dicho sobre la falta en el documento notarial de las garantías existentes en el proceso, viene a sumarse a las consideraciones que acabamos de hacer acerca del peligro que puede suponer la suplantación del juicio histórico del juez sobre los hechos por el del notario. Todo parecería llevarnos a la conclusión de que en materia de hechos el juez es soberano y sólo puede entrar en juego la prueba procesal en sentido estricto. El documento notarial sería una prueba más de esta índole, y sujeta por tanto a la libre apreciación judicial, perdiendo por consiguiente su carácter de prueba legal.

Y sin embargo, no suele haber en las legislaciones ningún precepto que autorice a una separación tan tajante en la eficacia del documento notarial, según se refiera a actos o negocios jurídicos, o a simples hechos. ¿Cuál es, pues, la explicación del fenómeno?

Parece que es preciso empezar por tratar de aclarar la justificación de la intervención notarial en materia de autenticación de hechos frente a las posibilidades de comprobación de los mismos por vía de prueba procesal. Esta justificación, pese a todo lo dicho, nos parece evidente; y, al buscar la práctica aquella intervención con frecuencia creciente, no está primordialmente guiada por una intención de fraude, sino por una necesidad realmente sentida y que encuentra en la función notarial un cauce que no ha hallado fuera de ella. No cabe olvidar que si tal intervención es tan buscada se debe también a que luego, de hecho, despliega una intensa eficacia probatoria en el proceso. Cualquier notario español (y probablemente de otros países) ha oído numerosas veces de labios de sus clientes el comentario elogioso en torno a un documento de autenticación de hechos que ha hecho ganar un pleito. Ello se debe además, no lo olvidemos, al peso que en el ánimo del juez ejerce el prestigio derivado de la imparcialidad y veracidad del notario.

La justificación de la actuación del notario en materia de hechos se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

funda en: a) La mayor agilidad de la función notarial, por su rapidez de actuación, por su facilidad de desplazamiento a cualquier lugar, por el menor número de formalidades que acompañan su intervención, formalidades que en el proceso, aunque puedan suponer garantías, también implican entorpecimientos y dilaciones no siempre justificadas. Todo ello permite obtener las pruebas en el momento justo en que pueden estar disponibles, sin necesidad de esperar a la fase probatoria de un proceso, cuando ya la situación de hecho puede haber cambiado o la prueba no estar disponible. b) La posibilidad de obtener la prueba sin necesidad de iniciar el proceso, ni siquiera de anunciarlo, lo cual puede resultar poco conveniente a los intereses del particular en el momento en que puede conseguir la prueba. c) La posibilidad de evitar el proceso al conocer la parte contraria la existencia de la prueba preconstituida que pueda prejuzgar el resultado de aquél.

Por otra parte, la colisión de prueba notarial y prueba procesal que planteábamos en el apartado VIII no es tan grave como puede parecer a primera vista. Veamos los casos allí planteados:

a) En cuanto al reconocimiento judicial, es, cierto que no puede ser suplido por una autenticación notarial de los hechos que ha de examinar el juez. Pero, aparte de que hay muchos hechos que al llegar el proceso ya no podrán ser examinados, la eficacia de ambas pruebas puede ser compatible. Ello es indudable si el resultado de ambas es el mismo. Pero aunque sea diferente, lo normal es que no sea incompatible. Si la situación de hecho contemplada por el juez y la narrada por el notario son diferentes, aquél habrá, en principio, de dar plena fe a ambas, y suponer que se ha producido un cambio en el intervalo de tiempo transcurrido. Si ello, dadas las circunstancias del caso, fuera imposible, se desembocará normalmente en un supuesto de falsedad, penal o civil, del instrumento público (cfr. supra 3). Pero lo que no cabe en modo alguno suponer es que la prueba notarial, si no se solicita en el proceso el reconocimiento judicial, sea ineficaz por suponer una suplantación de éste. Ambas pruebas responden a fines y técnicas diferentes, y se desenvuelven con arreglo a las formalidades que la ley ha establecido para cada una de ellas, juzgándolas suficientes; por ello cada una debe desenvolver el grado de eficacia que le es propio, independientemente de que se produzca ó no la otra (139)(682).

b) Respecto de las declaraciones realizadas en documento notarial con carácter testifical o pericial la cuestión es aún más clara. Como veremos, la autenticidad y valor probatorio del documento notarial se limita en estos casos a ser prueba plena del hecho de haberse prestado la declaración, y en tal sentido han de ser totalmente respetadas por el juez. El valor que después se dé a la declaración, y aun el no darle ninguno (no es prueba pericial ni testifical por no haberse practicado en el proceso, ni prueba de documento público por agotarse el valor auténtico de éste en el hecho de la declaración, sin extenderse a su contenido)(140)(683), es algo ajeno al efecto probatorio del documento y que no lo desvirtúa en absoluto. El valor del documento radicará en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

práctica fundamentalmente, sobre todo respecto de los testigos, en la dificultad para éstos de desdecirse en el proceso de lo que han declarado en el documento.

c) Nos queda por examinar el supuesto de la confesión. La confesión extrajudicial es una figura regulada en las leyes con sus propios efectos; éstos consisten a nuestro juicio en suponer una concesión realizada por la ley a la autonomía privada en materia de fijación de hechos(141)(684). Probado auténticamente el contenido de la confesión, ésta desplegará tales efectos; como ha señalado Núñez - Lagos(142)(685), la confesión extrajudicial no es prueba de los hechos confesados, sino vinculación sustantiva del confesante. Existiendo tal vinculación (que no es efecto del documento notarial, cuya autenticidad se agota en el hecho de la declaración, sino del acto de confesión que constituye el contenido de aquella), a ella ha de atenderse el juez como situación previa al proceso. Los hechos objeto de la confesión no deben poder ser objeto de otro tipo de prueba, salvo los casos en que por disposición legal resulta contestable o impugnabile aquella. No debe caber, pues, a nuestro juicio, colisión entre la confesión extrajudicial y la judicial; ésta es una prueba procesal que sólo podrá recaer sobre los hechos procesalmente controvertidos, entre los cuales no puede estar el que ha sido objeto de confesión extrajudicial. En todo caso, y prescindiendo de la eficacia de ésta, el documento notarial ha de desplegar en el proceso un valor probatorio pleno en cuanto a lo que es su contenido auténtico; esto es, el hecho de haberse prestado la declaración confesoria.

La conclusión a que, a nuestro juicio, ha de conducirnos, todo esto es la siguiente: Las normas sobre prueba procesal no conceden al juez una competencia exclusiva en materia de fijación de los hechos que han de servir de base a su sentencia. La competencia sobre fijación auténtica de hechos es concedida en principio al notario, y la prueba estrictamente procesal nunca es documento auténtico(143)(686). La función de la prueba procesal se limita a la investigación de aquellos hechos que no aparecen fijados previamente por documento auténtico o por la autonomía privada (confesión). Así resulta del fundamento práctico de la autenticación notarial de hechos, de la compatibilidad expuesta entre prueba procesal y prueba notarial, de la necesidad de asignar un valor probatorio uniforme a todo documento notarial con arreglo a lo que se deduce de la ley, y a lo que imponen el prestigio del notariado y la consideración debida a la función notarial, y de las fuertes limitaciones impuestas por las leyes procesales a la obtención procesal de pruebas previa al proceso(144)(687), las cuales no tendrían sentido si no hubiera otro medio legal de asegurar la fijación de hechos con anterioridad a la iniciación del proceso.

Llegamos, pues, a la conclusión de que el documento notarial de autenticación de hechos ha de desplegar su eficacia probatoria procesal en la misma forma que cualquier otro documento notarial. Responde, pues, al esquema de la prueba legal tal como antes fue expuesto. Sólo resta por aclarar un punto: ¿Cabe hablar de prueba legal si, según vimos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no se produce como consecuencia de la autenticación una situación sustantiva que asegure un ámbito de facultades, es decir, una situación legitimadora? Creemos que en el supuesto de autenticación de hechos se da la situación sustantiva, aunque no haya una legitimación de actuación. Tal situación consiste simplemente en la fijación de hechos; que tal fijación puede tener un carácter sustantivo, viene probado por la doctrina de la confesión extrajudicial a que ya hemos aludido. La circunstancia de que determinados hechos han de tenerse por auténticos a todos los efectos, crea una situación de derecho material previa al proceso; es algo que viene dado en éste y que ya no ha de ser objeto de prueba. Ello es así aunque no legitime para actuaciones de índole sustantiva. La fijación de puros hechos vendría así a constituir un plano paralelo al de las relaciones jurídicas, y que, como éste, podría ser objeto de normación autonómica (confesión extrajudicial, paralela al negocio jurídico) y de prueba auténtica de tipo sustantivo o prueba legal.

6. El ámbito del valor probatorio dentro del documento notarial de autenticación de hechos. - Hasta aquí hemos venido refiriéndonos al valor probatorio del documento notarial en bloque, como si todo el contenido de éste tuviese la misma energía probatoria. Resulta evidente sin embargo que no es así. Podemos referirnos a las siguientes distinciones o limitaciones:

a) La limitación fundamental es la que procede del concepto mismo de autenticidad, examinado en el precedente apartado V. De manera especial hay que resaltar la distinción entre los diversos grupos establecidos en el número 2 de dicho apartado al fijar el alcance de la autenticidad y siguiendo fundamentalmente la exposición de Rodríguez Agrados. En cuanto a los grupos a) y b), la autenticidad es plena y por consiguiente también lo es el valor probatorio del documento notarial. En ellos, analíticamente considerados, los hechos se presentan en su forma más pura, y no solamente no hay diferencia entre los documentos de autenticación de hechos y los demás documentos notariales, sino que aquéllos sirven en cierto modo de modelo a todos en cuanto a tales extremos. Por consiguiente, en aquella parte de los documentos de autenticación de hechos que encaje en tales grupos, se aplicará plenamente todo lo expuesto acerca de la necesidad de una declaración expresa de falsedad para desvirtuar la fuerza probatoria plena y acerca de la eficacia del documento en casación.

Respecto del grupo c), tendrá poca aplicación a los documentos de autenticación de hechos, puesto que en éstos no hay juicios ni calificaciones del notario respecto de situaciones jurídicas; únicamente tendrá alguna virtualidad respecto del juicio de identificación; en los casos en que exista tal identificación en forma normal en los documentos que nos ocupan (cfr. supra VIII), se habrán de aplicar las reglas generales. Pero según éstas parece que en el sistema español, por excepción, el juicio de identificación no debe ser tratado como tal juicio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(los juicios engendran una simple presunción iurus tantum), sino como afirmación del notario sobre un hecho, y por consiguiente, sigue el mismo régimen de los grupos a) y b)(145)(688).

En cuanto al grupo d), la situación es radicalmente distinta; el contenido de las declaraciones de los particulares no está amparado por la fe notarial y carece en principio de toda autenticidad, por lo que puede ser combatido en juicio y fuera de él por los medios normales, sin tener los especiales privilegios de que goza la prueba legal, no sirviendo tampoco para fundamentar un recurso de casación. La autenticidad se detiene en el hecho mismo de haberse prestado la declaración con un determinado contenido (146)(689).(690)

La distinción entre las afirmaciones del notario y las declaraciones de las partes, en cuanto a su valor probatorio, resulta clara y perfectamente fundamentada: el hecho de que una declaración de un particular se documente notarialmente no puede conseguir que alcance a su contenido la virtualidad de la fe pública, porque ello supondría trasladar al particular la facultad autenticante del notario, o suponer que éste ha de comprobar, cosa por lo general imposible, la sinceridad y veracidad del declarante. Ahora bien, el problema se plantea de manera diferente cuando la autenticación se refiere a la declaración como simple hecho y cuando la función notarial penetra en el contenido de ésta para calificar acerca de su conexión con una relación jurídica. Cuando la declaración es elemento constitutivo de un negocio jurídico (declaración de voluntad), no puede ser atacada por falsedad del declarante, porque éste no afirma una verdad, sino sólo por simulación. Aquí no hay un problema de valor probatorio de la declaración autenticada respecto de su contenido, sino sólo del valor vinculante propio de los negocios jurídicos. Aparte de esto, y en términos más generales, Núñez - Lagos ha tratado de extender a las declaraciones contenidas en documento notarial, por accesoriadad, algunos de los efectos autenticadores de la fe pública. Si bien en un principio había defendido(147)(691) que las declaraciones de verdad de los particulares hechas en documento notarial sólo producen un principio de prueba por escrito, más tarde(148)(692) ha sostenido que se da en ellas lo que llama valor testimonial autenticado, como distinto de lo auténtico; esto se produce per se, aquello por accidens, por accesoriadad. La crisis de lo auténtico es la falsedad, la de lo testimonial la tacha. Por ello, hasta que surge la tacha, todo (lo auténtico y lo autenticado) forma un bloque con los mismos efectos de autenticidad; por la tacha realizada por la parte contraria se produce la escisión; lo auténtico sigue siendo tal hasta la declaración de falsedad; lo autenticado deja de ser prueba legal y, aun conservando su carácter oficial se convierte en una presunción iuris tantum.

Estimamos dudoso, sin embargo, que esta doctrina, aunque sea admitida en términos generales (cuestión en la que aquí no entramos)(149)(693), pueda aplicarse a las declaraciones autenticadas como simples hechos. Si las mismas se refieren a hechos personales del declarante y tienen valor confesorio, producirán una vinculación que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es concepto independiente del de autenticidad, según vimos; si no tienen tal valor, por no hacerse valer en contra del declarante, no parece que puedan pasar de ser un simple principio de prueba por escrito; si se refieren a hechos ajenos, tendrán carácter testimonial o pericial, cuyo valor ya hemos analizado. En todo caso, y salvo el supuesto del valor confesorio, entendemos que el juez podrá valorar el contenido de las declaraciones según su naturaleza y su posible significado probatorio, sin quedar vinculado por un pretendido valor de autenticidad, aunque sea accesoria, y prescindiendo al hacerlo de que haya o no tacha de la parte contraria.

b) Ha quedado ya claro que sólo es auténtico lo sensorialmente percibido por el notario. La consecuencia es que no lo son los juicios que emita el notario acerca de los hechos percibidos. Nos referimos no a juicios técnico - jurídicos poco probables en materia de autenticación de hechos, sino a juicios prácticos o técnicos en sentido distinto del jurídico. No obstante, no es fácil separar lo que es hecho percibido de lo que es Juicio. En toda recepción, por clara que parezca, hay envuelta una cierta dosis de juicio. Si afirmamos que el requerido, ante determinada pregunta, dijo "sí", estamos juzgando acerca de que quiso contestar a esa pregunta y no a otra, acerca de que se había enterado del contenido de la pregunta, acerca de que el sonido emitido por su voz equivalió al adverbio castellano "sí", etc. Por otra parte, todo juicio basado en una percepción de hechos envuelve una afirmación acerca de éstos en cuanto percibidos(150)(694). No creemos, por ejemplo, que pueda el juez juzgar no auténtica una afirmación del notario acerca de que una ventana tiene unos dos metros de ancho si lo que se discute en el proceso es si tiene mas o menos de veinte centímetros Parece, pues, que se trata en último término de una cuestión de hecho, y que se deberá respetar la autenticidad de las afirmaciones del notario, aunque envuelvan una cierta dosis de juicio, salvo que manifiestamente se excedan de su contenido por referirse a cuestiones cuya pericia exceda de la normal en una persona de tipo medio, o tengan una imprecisión incompatible con el grado de exactitud requerida para determinar el hecho discutido.

c) Hay que referirse finalmente a otra limitación que pueda marcar una especialidad de la autenticación de hechos. Es sabido que la fe pública tiene un doble aspecto: positivo o de exactitud (lo narrado es cierto) y negativo o de integridad (lo no narrado no existe, y lo narrado subsiste sin modificaciones). Este doble aspecto aparece claro en los documentos notariales relativos a negocios jurídicos, porque éstos forman un todo cerrado, y las legislaciones suelen acoger una norma según la cual los documentos privados no producen efecto respecto de tercero, en cuanto desvirtúen el contenido de un documento público, y tampoco lo producen otros documentos públicos si no aparecen anotado en el primero (cfr. arts. 1219 y 1230 del Código Civil). En materia de hechos, la solución no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha de ser idéntica. El mundo de los hechos es un mundo totalmente abierto en el que éstos se producen sin solución de continuidad espacial ni temporal, y en que el acotamiento realizado en virtud de una actuación notarial ha de ser arbitrario y no puede producir una figura cerrada y de contornos nítidos como es el negocio jurídico. Las consecuencias son:

1º Se debe admitir con carácter de autenticidad que el notario narró todo lo percibido en el lugar y tiempo de su actuación y relacionado con el objeto del requerimiento que le fue hecho.

2º Fuera de esto, no hay ni autenticidad ni siquiera presunción (a lo sumo sólo una praesumptio hominis si las circunstancias la imponen) acerca de la subsistencia ulterior de la situación de hecho narrada, ni de que ésta no resulte desvirtuada o alterada por otros hechos ajenos al lugar y momento de la actuación notarial.

X. - VALOR JURÍDICO FUERA DEL PROCESO

El documento notarial, considerado en términos generales, es un documento destinado a la vida del tráfico, no específicamente destinado al proceso, aunque sea en éste donde haya, en último término, de poner a prueba su eficacia. Por ello, definir al documento notarial como prueba preconstituida sólo revela un aspecto parcial de su naturaleza. No obstante, en el terreno de los hechos es precisamente donde el valor procesal del documento notarial representa una parte más importante dentro del valor total del mismo. Ello se debe a que no es frecuente, ni en la legislación ni en los usos de los particulares, la necesidad de consignar notarialmente la existencia de un puro hecho para su estimación en la vida del tráfico. Los puros hechos no engendran normalmente títulos de legitimación, ni tienen acceso a registros públicos, ni, en suma, suelen exigir una documentación específica en el ámbito extraprocesal. Cuando se acude al notario para que autentique un puro hecho es casi siempre para preparar la prueba del mismo con vistas a un futuro proceso. Ello no quiere decir que no exista en tal autenticación una función preventiva del proceso que, en último término, sirva para evitarlo en cuanto que la parte contraria, al conocer la existencia de la prueba preconstituida, se avendrá posiblemente a una solución extraprocesal favorable a la posición mantenida por quien ha obtenido la prueba. Pero en tal sentido se trata de efectos reflejos y meramente fácticos de la autenticación notarial, no de una verdadera eficacia jurídica sustantiva.

Resulta difícil, en consecuencia, señalar unos efectos extraprocesales de la autenticación notarial de simples hechos. Veamos, sin embargo, algunas posibles manifestaciones de tal eficacia:

1. En la esfera administrativa. - En primer lugar, hay que señalar que la plena autenticidad del documento notarial, salvo declaración judicial de falsedad, que hemos analizado más detenidamente al tratar del valor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

procesal, obliga a todos los particulares, y muy especialmente a los órganos administrativos del Estado, a tener por ciertos los hechos notarialmente autenticados con todos los efectos que de ellos se deriven, sin posibilidad de admitir una prueba en contra(151)(695). No obstante, este principio general tiene sus limitaciones; en primer lugar las que hemos visto como propias de la naturaleza misma del documento notarial (exclusión de todo lo que no sea observación directa de hechos por el notario, etc.); pero además, y es lo que aquí interesa especialmente destacar, existe otra limitación por razones que pudiéramos decir de competencia: si la disposición reguladora de una determinada actuación administrativa prevé como un trámite de la misma la observación de ciertos hechos por la autoridad administrativa, no puede sustituirse la misma por un documento notarial relativo a los mismos hechos, ni aún menos contradecirse eficazmente dentro del mismo expediente la observación administrativa por la notarial; ello sin perjuicio, como es natural, de que el documento notarial pueda servir de fundamento para una impugnación de la descripción administrativa de los hechos por vía de recurso. Ahora bien, en tal caso existirán dos documentos públicos frente a frente; y si no son conciliables, deberá el órgano que resuelva el recurso decidir con libre criterio cuál de los dos ha de prevalecer (no deberá olvidarse, sin embargo, que si la actuación administrativa se desenvuelve en una esfera en que la propia administración tenga interés, tal hecho debe constituir una tacha para la administrativa, y podrá en el ánimo del que resuelva el recurso hacer prevalecer la imparcialidad de la fe notarial). Las relaciones entre notario y administración son tratadas más ampliamente supra VII - 2 - d.

Fuera de estas limitaciones, la fe notarial debe desenvolver siempre sus efectos en la esfera de la prueba extraprocesal. Uno de tales efectos puede ser la determinación de una conducta culpable. Si una persona, o la administración, conocen un documento notarial que autentique un hecho del que resulten consecuencias a cargo de quien lo conoce (por ejemplo, obligación de adoptar una cierta conducta, o de resarcir daños), no podrán después alegar como causa de exculpación no haberles constado suficientemente la existencia del hecho, como podría tal vez suceder si hubiesen conocido simplemente la observación del mismo por un particular.

2. Otros efectos. - Hemos tratado en el apartado anterior de la eficacia probatoria extraprocesal de la autenticación notarial de hechos. Apenas cabe otra. Un simple hecho no produce en principio más efectos que los suyos propios por la circunstancias de estar notarialmente autenticado. Puede admitirse la producción de efectos legitimadores o ejecutivos como complemento de otro documento notarial que recoja un negocio jurídico; así, por ejemplo, el acta de entrega de una cantidad de dinero como complemento de una escritura de préstamo puramente consensual; o la que acredite el cumplimiento de una condición impuesta en testamento como complemento de éste a fin de legitimar al heredero. Pero en tales casos la virtualidad principal del efecto se halla

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el negocio jurídico básico. Tampoco puede decirse que haya un específico efecto sustantivo en la notificación que pone al notificado en situación de mala fe, puesto que lo que produce efecto en tal caso es el conocimiento efectivo de éste, se produzca o no por un acto notarial, y tal acto se limitará a asegurar la prueba. Finalmente, otras actuaciones notariales no relativas a negocios jurídicos y que determinan efectos sustantivos (requerimiento que constituye en mora, requerimientos y notificaciones tipicadas en las leyes de arrendamientos, notificación de la elección en una obligación alternativa, etc.) no pueden considerarse como autenticación de simples hechos, por hallarse ab initio destinadas a incidir en una relación jurídica.

**XI. - COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS LATINOS Y SAJONES EN LA
AUTENTICACIÓN DE HECHOS**

Parece conveniente empezar por indicar someramente la posición de las principales legislaciones y prácticas usuales de uno y otro grupo en materia de autenticación de hechos, para luego proceder a su comparación.

Los derechos anglosajones se caracterizan por atribuir a los notarios una competencia muy limitada y restringida a actos determinados. Así, en derecho inglés, la única materia de competencia exclusiva de los notarios es el protesto de letras de cambio extranjeras y la redacción y autenticación de actas de intervención de letras, nacionales o extranjeras, en caso de falta de aceptación o pago. Por un uso de la práctica intervienen también los notarios en protestas marítimas, declaraciones de avería, contratos de fletamento, declaraciones testificales por escrito (afidávit) que hayan de surtir efecto en el extranjero o que sólo hayan de tener efectos extrajudiciales, y ciertas alegaciones y pruebas a efectos especialmente bancarios. Extraer de este conjunto de competencias lo que es pura autenticación de hechos en el sentido que en esta ponencia se ha dado a tal expresión no resulta fácil. Casi ninguno de los actos citados sería para un notario latino autenticación de hechos, salvo algunas declaraciones en que el notario no hubiese de entrar para nada en el contenido de la misma. La mayor parte de lo que nosotros consideramos como autenticación de hechos queda fuera de la competencia del notario inglés. Una especialidad importante es la relativa al valor procesal de los documentos autenticados por notario en Inglaterra. De una parte, no se admite, como hemos visto, el affidavit autenticado por notario como prueba ante los Tribunales ingleses. De otra parte, en caso de impugnación por la parte contraria, en aquellos actos en que la competencia notarial es exclusiva, ha de prestar declaración el propio notario para corroborar su intervención (y entonces la prueba testifical se superpone a la documental, o incluso la suplanta), y sólo si ha fallecido puede bastar la exhibición del libro registro en aquellos actos, como los protestos, en que ha de llevarse. Finalmente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en los demás casos, la autenticidad de la firma del notario ha de probarse por los medios ordinarios, e, incluso, el propio documento notarial no hace prueba de su contenido, por lo que éste ha de probarse además por otros medios. Como es fácil ver, faltan en absoluto la autenticidad y todas sus consecuencias.

En Escocia, el sistema es parecido, si bien agravado por el hecho de que los efectos de la intervención notarial suelen conseguirse también por la de un law agent (o juez de paz) o a veces por la de un simple testigo.

Análogo es en lo esencial el sistema en otros países anglosajones, como Irlanda, Australia y Canadá (a excepción de la provincia de Quebec, donde rige un sistema de tipo latino).

En Estados Unidos, aun siguiéndose en principio el sistema inglés del notario no jurista (a excepción del Estado de Luisiana), agravado por la temporalidad del nombramiento, hay algunas diferencias de desarrollo que es necesario apuntar: así por ejemplo, no tienen los notarios exclusividad de competencia en ninguna clase de protestos; comparten en muchos Estados funciones judiciales; pueden autenticar affidavits con más amplitud que en Inglaterra; y tienen una competencia bastante amplia en materia de autenticación de toda clase de documentos: por ejemplo, en la de contratos traslativos de inmuebles. Esta autenticación es puramente Externa, y consiste en recibir una declaración, con o sin juramento, de los firmantes del documento o de los testigos del mismo relativa a que lo manifestado en el documento corresponde a su libre voluntad, o, si se trata de los testigos, a que el documento fue firmado en su presencia. Pero la diferencia fundamental entre el notario de los Estados Unidos y el inglés se refiere a la eficacia de la intervención notarial, ya que en el primero de ellos se producen ciertos efectos de autenticidad, aun reducidos al escaso ámbito de su intervención.

Entre los sistemas de notariado latino, haremos una breve referencia a los siguientes:

En Francia, el artículo 1° de la ley de 25 Ventoso año XI dice: "Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité public. . .". Análoga expresión utiliza el artículo 1° de la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945. En ambos casos se habla de "actes et contrats". La palabra "actes" no tiene el mismo sentido que la española "actas". Según Amiaud(152)(696), el nombre de "actes" está reservado a los escritos que constatan la obligación de una sola parte, a los que no contienen ninguna obligación ni consentimiento y cuyo contenido se limita a constatar hechos extraños a los que comparecen, y, finalmente, a los que establecen una liberación pura y simple, el desistimiento de acciones o la liberación de impedimentos. El derecho francés no regula con carácter general la competencia notarial en materia de autenticación de hechos, y sólo hace referencia a algunos casos concretos. Parece, no obstante, que la práctica sí hace uso frecuente de tal intervención, si bien ésta aparece muchas veces mezclada con la fijación de situaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídicas, en cuya materia la competencia del notario francés es mucho más amplia que, por ejemplo, la del español. Así, quedan agrupados bajo la amplia denominación de attestations todos los actos en los que el notario constata por su propia autoridad un hecho o una situación jurídica, incluyendo en ellas los certificados de propiedad junto a autenticaciones de simples hechos. En cuanto a la eficacia de la intervención notarial, se produce un efecto de autenticidad que responde a los conceptos generales expuestos en los apartados anteriores. No cabe la prueba en contra de la veracidad del acta notarial, sino mediante la "inscripción de faux", regulada por los artículos 214 y siguientes del Code de Procedure Civile, y a la que ya se ha hecho referencia (cfr. supra nota 123).

El sistema italiano es casi idéntico al francés. Más aún, según Carusi, al definir la ley al notario como "il pubblico ufficiale istituito per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà", se refiere con la palabra actos a los de contenido negocial, ya que, dice, en caso contrario su competencia no tendría límites. Y únicamente al hablar dicho autor de las funciones notariales en sentido subjetivo, es decir, atribuidas por la ley al notario al margen de la función a que en principio está destinado, se refiere a la constatación de ciertas declaraciones y hechos, cuya extensión es discutida, y que en todo caso no cabe si hay una competencia reservada con carácter exclusivo a otras personas. No obstante, la práctica también hace al parecer un amplio uso de la función notarial en materia de la autenticación de hechos a través del llamado "verbale di constatazione", cuyo fin, según Falzone, consiste en fijar un dato de hecho o una condición especial de una cosa determinada en un momento dado, y respecto del cual dicho autor deduce la competencia del notario del artículo 13 de la Tarifa de Honorarios notariales. En cuanto al valor de la actuación notarial, es análogo al indicado para Francia (art. 2700 Código Civil).

El sistema español ha quedado ya expuesto.

En cuanto a Portugal, su sistema es más próximo al español al consignar en el artículo 1º del Código del Notariado de 20 de abril de 1960 como formando parte de la función notarial la de conferir autenticidad a los actos jurídicos extrajudiciales en términos generales, añadiendo en el artículo 5º, que detalla la competencia del notario, entre otros actos, la autenticación de certificados de otros hechos debidamente comprobados; el artículo 174 establece para este caso que debe consignarse con precisión el hecho certificado y, en especial, la forma como el notario tuvo conocimiento de él.

Las legislaciones hispano - americanas no regulan en términos generales de una manera específica la competencia notarial en materia de autenticación de hechos. Constituyen excepción las legislaciones de algunos Estados mejicanos; según Vázquez Pérez y Monroy Estrada(153)(697), la Ley del Distrito Federal organiza claramente el acta notarial como vehículo para la autenticación de los hechos jurídicos. Ante la duda suscitada por la enumeración de los hechos autenticables

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(notificaciones, interpelaciones, requerimientos, actas de existencia, identidad, capacidad, comprobación de firmas, hechos materiales, cotejo y protocolización de documentos, planos, fotografías, etc.), dicha ley faculta al Ejecutivo para expedir un reglamento de la materia. Según dichos autores, sólo en el Distrito Federal, Baja California, Nuevo León, Querétaro, Tabasco, Oaxaca, Chiapas y Aguascalientes se diferencian claramente la escritura y el acta. En los demás, se alude a la facultad del notario para autenticar ciertos hechos, sin precisar bien cuáles, lo cual ha motivado que a veces la Suprema Corte de Justicia niegue la competencia notarial en esta materia.

En Argentina, las leyes notariales, al describir la competencia del escribano, determinan diversas actuaciones que integran su competencia y que deben consignarse en acta extraprotocolar. El Código Civil les reconoce carácter de instrumento público, si bien no aparecen bien regulados sus requisitos. El artículo 10 de la ley 12990, al fijar el concepto del escribano de registro, dice que es el funcionario público estatuido "para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando para ello fuera requerida su intervención". Más concretamente, la L. O. N. de la provincia de Buenos Aires asigna competencia al escribano para la autenticación de todas las realidades físicas susceptibles de percepción sensorial, mediante actuaciones fuera del protocolo. La situación, no obstante, parece estar más entregada a los usos de la práctica que regulada legislativamente. No obstante, el Anteproyecto de Ley Notarial nacional elaborado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial prevé una regulación muy completa de la autenticación de hechos, indicando como principio general que "se denominan actas los documentos que tienen por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos excluidos aquellos documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas y los que tienen designación específica". La doctrina también ha acogido abiertamente la distinción entre actas y escrituras(154)(698).

En Uruguay, la L. O. N. de 1878 no tiene ninguna disposición que se refiera genéricamente a las actas y sólo usa tal expresión para los protestos de letras de cambio y ciertos testamentos especiales. También hacen referencias incidentales a ellas el Código Civil después de su reforma de 1893 y otras leyes posteriores. Sólo la ley fiscal, a partir de 1960, cita junto a las actas notariales previstas por la ley las solicitadas por los interesados. Sobre esta base, la práctica ha consagrado la autenticación notarial de hechos con gran amplitud. El valor probatorio es en lo sustancial análogo al propio del derecho español (155)(699).

Del análisis realizado parece resultar que dentro de cada uno de los dos grupos básicos cabe distinguir a su vez dos subgrupos. Podemos en consecuencia establecer el siguiente esquema, de carácter más orientador que definitorio:

A) Grupo sajón: Su característica general es que, al no ser jurista el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notario, toda la actuación de éste se plasma en mera autenticación de hechos; es decir, trata las materias que el notario latino califica por su conexión con una relación jurídica, de la misma manera que este último notario trata los simples hechos. Por el contrario, su competencia en orden a los hechos que el notario latino autentica sólo como tales es escasa y totalmente fragmentaria. Los dos subgrupos incluidos en este grupo son:

- a) El inglés, caracterizado por una competencia notarial limitadísima y por una eficacia probatoria casi nula de la intervención notarial.
- b) El norteamericano, caracterizado por una competencia más amplia en materia de autenticación puramente externa de documentos y por una mayor eficacia probatoria de la intervención notarial.

B) Grupo latino: Su característica general radica en la construcción de la función notarial sobre la base de los supuestos en que el notario actúa como jurista y penetra por consiguiente en el fondo de la cuestión sometida a su autorización, por lo que la simple autenticación de hechos pasa a ser una función marginal no siempre bien definida. Otra característica esencial es la extensión a tal autenticación de hechos de la eficacia probatoria general del documento notarial, que responde al elaborado concepto de autenticidad tal como ha sido expuesto en apartados anteriores.

Los dos subgrupos que cabe distinguir son los siguientes:

- a) El orientado en torno al derecho francés, en que las leyes apenas se ocupan de la competencia notarial en materia de hechos, y ha sido la práctica la que ha venido desarrollándola.
- b) El orientado en torno al derecho español, en que la legislación prevé con carácter general la autenticación notarial de hechos, regulándola con detalle.

Esta distinción no coincide exactamente con la que separa a los ordenamientos según distinguan o no los dos géneros instrumentales que con arreglo al modelo del derecho español se denominan escrituras y actas, puesto que ya se ha visto que el concepto de acta no es exactamente congruente con el de autenticación notarial de hechos.

XII. - SISTEMA ESPAÑOL VIGENTE

La imposibilidad de separar en muchas materias la exposición institucional del derecho positivo nos ha obligado a concretar en ellas el desarrollo sobre la base del ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia que lo interpreta. Sería redundancia inadmisibles reiterar aquí lo ya expuesto. Parece útil únicamente transcribir los preceptos del Reglamento Notarial que hacen especial referencia a la materia de comprobación y autenticación de hechos, y cuya exposición en el texto de la ponencia ha podido resultar fragmentaria:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Artículo 1º El notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Los notarios son a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del notariado. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

El notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.

Cada Colegio Notarial comprenderá las provincias asignadas al mismo, dividiéndose en Distritos cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial.

Artículo 60. El notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial, con los derechos y prerrogativas que conceden a tales efectos las leyes fundamentales, tanto de carácter civil como administrativo y penal.

La presentación de la medalla o de la tarjeta de identidad será bastante para el efecto de acreditar al notario en el ejercicio de las funciones notariales, y asimismo para que las autoridades y sus delegados o dependientes le auxilien cuando lo solicitare en el cumplimiento de las obligaciones de su cargo.

El notario que haya de ejercer su ministerio en actos presididos por autoridad, ocupará lugar preferente en la presidencia.

Artículo 143. A los efectos del artículo 1217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente título.

Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todo cuanto no implique modificación de aquéllos.

La fe pública, debida a la actuación notarial según las disposiciones del presente título, no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal o reglamentariamente debe producir sin incurrir en responsabilidad.

Artículo 144. El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en copia o testimonio.

Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

La órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.

Los testimonios, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que el reglamento les asigna.

Artículo 197. - Los notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

Serán aplicables a las actas notariales los preceptos de la sección anterior, relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes:

1ª En la comparecencia no hará falta afirmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto de levantar un acta, que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial.

2ª No precisan la intervención de testigos, salvo en los casos concretos en que el derecho vigente estatuya otra cosa.

3ª No exigen tampoco la dación de fe de conocimiento, con igual excepción, y salvo el caso de que la identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido.

4ª No requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después. En este caso se distinguirá cada parte del acta como diligencia diferente, con expresión de la hora y sitio, y con cláusula de suscripción especial y separada.

Artículo 198. Las actas notariales a instancia de parte se firmarán por los interesados y se signarán y rubricarán por el notario, salvo que alguno de aquellos no pudiere, no supiere o no quisiere firmar, en cuyo caso se hará constar así.

Los notarios no darán fe de incidencias ocurridas en actos públicos presididos por autoridad competente sin ponerlo en conocimiento de la misma; pero ésta no podrá oponerse a que aquéllos, después de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente haya dado a conocer su condición de fedatario.

Artículo 199. Las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización.

Si hubiere sido posible al notario extenderlas en el lugar de su actuación, se extenderán en tiempo presente, comenzando por la fecha y lugar del acto, expresando el nombre, apellidos y residencia del notario, como en las escrituras matrices. Se reseñarán las circunstancias personales del requirente, el concepto de su intervención y la causa o fines que las motivan, y el notario, guardando las formas de las escrituras matrices, redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por su propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente, cerrándolas con su signo, firma y rúbrica, previa lectura del contenido e invitación para que las suscriban los que en ellas tengan interés, así como cualquiera otra persona que esté presente al acto.

Si por falta de sitio adecuado, o de medios materiales, o por prohibición del dueño del local o cualquier otra justa causa, a juicio del notario, no fuere posible extenderlas en el lugar de su actuación, se extenderán posteriormente con referencia a las notas tomadas sobre el terreno haciéndose constar así expresamente.

Artículo 200. Será también materia de las actas de presencia toda clase de requerimientos efectuados por una persona a otra, los ofrecimientos de pago y entrega de dinero, documentos y efectos. Estas actas comprenderán en su texto la transcripción del documento entregado, la descripción completa de la cosa ofrecida, la naturaleza, características y notas individuales de los efectos a que se refieran, las palabras del requerimiento y la contestación del requerido.

Artículo 201. El hecho de la existencia de una persona determina da puede ser materia de acta de presencia. El interesado comparecerá ante notario a tal efecto y expresará los fines para los que desea acreditar documentalmente que vive. El notario consignará la identidad del requirente y expedirá la copia del acta en la misma fecha de la autorización.

Artículo 202. Las notificaciones, en el caso de no encontrarse la persona a quien vayan dirigidas en el domicilio o sitio designado por el requirente, se harán a cualquiera de las que encuentre el notario en aquél y, en su defecto, podrán hacerse al portero del inmueble o a un vecino cualquiera del mismo que se prestase a ello; y si la persona con quien se entiende la diligencia no quisiera firmar la notificación, se negare a dar su nombre o indicar su estado, ocupación o su relación con el requerido se hará constar así.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las expresadas diligencias pueden efectuarse mediante cédulas, que podrán extenderse en papel común, y deberán estar autorizadas con media firma y sello de la notaría. En ellas se transcribirá íntegramente el contenido del acta o, al menos, aquellos extremos que deban ser notificados, indicando el plazo para la contestación. No es necesario dejar nota de expedición en la matriz, y al pie de la cédula bastará indicar que se expide con tal carácter, consignando la fecha.

Las cédulas se entregarán a la persona o personas con quienes se entienda la diligencia, advirtiéndoles, en el caso de que no fuera el mismo interesado, la obligación legal de hacer llegar a poder de aquél el documento que se les entrega. Consignará. el notario en la diligencia este hecho, la advertencia y la contestación que diere cada uno.

Los notarios, discrecionalmente, y siempre que la ley no lo prohíba, podrán efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de copia, cédula o carta remitida por correo certificado, con acuse de recibo y, en este caso, el plazo para la contestación comenzará a contarse desde el recibo de aquéllas. Se hará constar por sucesivas diligencias la imposición en el correo y la devolución del acuse de recibo, reseñando siempre los datos o números que identifiquen el envío.

Artículo 203. Cuando por resistencia activa o pasiva del requerido, o por no serle permitida la entrada en el sitio o domicilio designado, o no encontrar en él a nadie, no le fuere posible al notario evacuar la diligencia, levantará de ello acta a los fines que al requirente convengan.

Artículo 204. En todo acto de carácter requisitorio, la persona requerida o notificada, o quien legítimamente la represente, tendrá. derecho a contestar al requerimiento o intimación en el acto o dentro del término de dos días laborables, extendiendo de ello el notario la diligencia o el acta correspondiente a costa de la persona que haya promovido las actuaciones.

Artículo 205. El notario no podrá librar copia del acta de requerimiento sin que conste en ella la contestación que diere el requerido, si hiciere uso de aquel derecho, o sin que haya transcurrido el indicado plazo dejando incontestado el requerimiento o notificación.

Esto no obstante, el notario librará copia del requerimiento o notificación, aunque no haya terminado dicho plazo, cuando les sea reclamada por el requirente, bajo la responsabilidad de éste, para ejercitar desde luego cualquiera acción o derecho, lo cual se hará constar en la cláusula de suscripción de la copia y en la nota de expedición que ha de consignarse en el protocolo, entendiéndose reservado al requerido el derecho a contestar que se le concede por el párrafo primero.

Las manifestaciones contenidas en un requerimiento y en su contestación tendrán solamente el valor probatorio que los tribunales aprecien dentro del conjunto de la prueba; pero, por sí solas, no establecerán nunca una relación contractual, ni producirán efecto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejecutivo.

Artículo 206. Los derechos y gastos de la contestación del requerido serán a cargo del requirente promotor de la actuación, pero si la extensión de aquélla excediera del doble del requerimiento o notificación inicial, deberá el requerido satisfacer los gastos y derechos que se causen por el exceso.

En caso de tratarse de requerimiento o notificaciones de carácter urgente, por referirse a plazos próximos a terminar, revocación de poderes u otros de carácter perentorio, el notarios si fuese requerido por medio de carta cuya firma le sea conocida, podrá aceptar el requerimiento.

Si lo aceptare, levantará el acta correspondiente, uniendo la carta recibida a la matriz, haciendo la notificación en los términos que resulten de su texto, si bien sin responsabilidad alguna por lo que se refiere a la identidad del requirente y a su capacidad legal.

Artículo 207. Las notificaciones y requerimientos a deudores hipotecarios, los de cesión de créditos de este orden, los de constitución de subhipoteca, resolución de venta y otros análogos, se practicarán en la forma que determinan los artículos precedentes, salvo el caso en que por precepto de ley se exigieren otros requisitos o trámites.

Artículo 208. En las actas de referencia se observarán iguales requisitos que en las de presencia, pero el texto será redactado por el notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el notario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario.

Artículo 211. Las actas de protocolización tendrán las características generales de las de presencia, pero el texto hará relación al hecho de haber sido examinado por el notario el documento que deba ser protocolado, a la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene, al de quedar unido el expediente al protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos.

Artículo 212. Los documentos públicos autorizados en el extranjero, una vez legalizados en forma, podrán ser protocolados en España mediante acta que suscribirá el interesado, si se hallare presente.

En otro caso, bastará la afirmación del notario de haberle sido entregado el documento a tales efectos.

Artículo 213. La protocolización de los expedientes judiciales se efectuará por medio de un acta extendida y suscrita por el notario a requerimiento de cualquier persona que entregue el expediente con el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

auto judicial en que se ordene la protocolización.

Artículo 214. También pueden ser protocolizados mediante acta los documentos públicos de todas clases, los impresos, planos, fotograbados, fotografías o cualesquiera gráficos cuya medida y naturaleza lo consienta, al efecto de asegurar su respectiva identidad y su existencia respecto de tercero en la fecha de la protocolización.

Artículo 215. Los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, expresándose en tal caso que tal protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1227 del Código Civil.

Cuando no sean materia de acto o contrato se podrán protocolizar mediante acta a los efectos que manifiesten los interesados.

Artículo 251. Además de las facultades que con relación al protocolo otorga a los notarios el artículo 17 de la ley, y de las que se expresan en los artículos anteriores, tienen aquéllos las de expedir en relación o copia, total o parcial, testimonios de documentos que no sean matrices autorizadas por ellos o sus antecesores, ya estén anexos a matrices o se les presenten por los interesados, certificar de existencia y autenticar firmas de otros notarios, autoridades, empleados públicos y toda clase de personas.

Podrán también expedir testimonios cuyo objeto sea acreditar en el extranjero la legislación vigente en España y el estatuto personal del requirente.

Asimismo podrán testimoniar al pie o al dorso de fotografías que éstas corresponden a personas o cosas identificadas por el notario.

En los testimonios se observaran las reglas dadas para las copias.

Artículo 252. Podrán los notarios testimoniar, por exhibición, documentos en lengua o dialecto que no conozcan, pero en este caso se entenderá que su fe se refiere solamente a la exactitud de la copia material de las palabras y no a su contenido.

CONCLUSIONES

1ª La comprobación notarial de hechos tiene lugar por la vía documental, siendo el notario a modo de "testigo instrumentador" de los hechos cuyo testimonio documental es altamente valorado por el ordenamiento jurídico, si bien tal alta valoración no se apoya en principio metajurídico alguno, sino simplemente en el principio de seguridad jurídica, por lo que tal valoración ha de ceder siempre que un principio de orden superior lo exija.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2ª La fuerte eficacia probatoria que tienen los documentos notariales relativos a hechos no procede del notario, sino del ordenamiento. El notario no "autentica" los hechos, sino que se limita a poner el supuesto documental preciso para que el ordenamiento considere autenticados, en principio, los hechos.

3ª No cabe con carácter general, dentro de los sistemas notariales latinos, tratar como simples hechos a los actos y negocios jurídicos, es decir, a todos aquellos hechos en los que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida. En tales casos, el notario ha de penetrar en la trama del acto o negocio para asegurar, además de su existencia, su eficacia.

4ª No es admisible afirmar que el notario en la documentación de simples hechos desarrolla una labor meramente pasiva, limitándose a "narrar" lo que percibe por sus sentidos. Por el contrario, ha de desarrollar en múltiples ocasiones una verdadera actividad, redactando, formulando juicios y haciendo declaraciones.

5ª No cabe establecer una distinción radical de dos géneros instrumentales, separando los instrumentos relativos a actos y negocios jurídicos, por un lado, de los relativos a simples hechos, por otro, y carece, en absoluto, de justificación la distinción española entre escrituras y actas. No hay clases instrumentales, sino casos instrumentales, de tal suerte que tan sólo la eficacia que se persigue en cada caso de materia u objeto a documentar, dentro de las coordenadas normativas, es lo que debe inspirar al notario, casuísticamente, el tratamiento instrumental oportuno, sin distinciones apriorísticas de ninguna especie.

6ª La actuación notarial en materia de comprobación y autenticación de hechos debe ser siempre rogada, y ha de estar sujeta a límites derivados de las posibilidades de percepción sensorial, de la dignidad del notario, de su competencia territorial y funcional y de la licitud del hecho mismo.

7ª El documento notarial de autenticación de hechos constituye, en los países del notariado latino, y en todo aquello que es actividad del notario o percepción sensorial del mismo, un medio de prueba plena, dentro y fuera del proceso, que sólo debe poder ser eliminado como tal mediante una declaración judicial en que, con referencia a un proceso determinado, y previa pretensión de parte, se declare, en virtud de una contraprueba terminante, la falsedad o inexactitud del documento, o bien mediante sentencia penal.

8ª La estimación judicial del valor probatorio del documento notarial de autenticación de hechos, en la medida expresada en el apartado anterior,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe estar sujeta a control mediante el recurso de casación.