

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCUMENTO PÚBLICO Y AUTENTICIDAD DE FONDO(*) (255)

RAFAEL NÚÑEZ - LAGOS

SUMARIO

I. - Hechos y normas. - II. - Hechos y formas. 1) Concepto y origen. 2) Clases: a) Formas obligatorias y formas libres. b) Formas de ser y formas de valer. c) Formas litúrgicas y formas de autoridad. - III. - El hecho jurídico y su valoración. - IV. - Hecho y prueba documental. - V. - Estimación de prueba y valoración del documento. 1) Estimación. 2) Valor del documento. A) El documento en sí como hecho por probar. 1) Documento público. 2) Documento privado. B) El documento como fuente de prueba: la autenticidad de fondo. a) Valor del contenido del documento privado. b) Valor del contenido del documento público. A) Verdad impuesta: fe pública. B) Verdad supuesta o presunta. C) Verdad puesta.

I - HECHOS Y NORMAS

El mundo jurídico está dividido en dos campos: normas y hechos. En todo proceso hay una *quaestio facti* y una *quaestio iuris*; en toda sentencia una subsunción del hecho en la norma. Pero si todas las normas jurídicas pertenecen indiscutiblemente al mundo jurídico, la mayoría de los hechos no preocupan al Derecho. (Ni creo que al mundo). Únicamente ciertos hechos son los que interesan al Derecho, y estos hechos, no indiferentes al Derecho, son la fuente de los derechos subjetivos: son los hechos jurídicos. El hecho es el reactivo de la norma. La eficacia en potencial de la norma se convierte in actu gracias al hecho. Se podría decir que el hecho es el despertador de la eficacia dormida de la norma. O mejor aún, que la norma es fecunda por el hecho. De todos modos, lo positivo es que la eficacia abstracta de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

norma incorporada al hecho - hecho jurídico - es lo que produce efectos jurídicos. O, lo que es lo mismo, la fuente próxima de toda eficacia jurídica es el hecho; la fuente remota, la norma. En suma, todo efecto jurídico agradece su existencia a un hecho precedente.

Del hecho jurídico interesa al Derecho: 1) la existencia; 2) la persistencia o prueba; 3) la valoración o eficacia, bien de la existencia o bien de su prueba. En correlación con cada una de estas fases del hecho se produce la forme. Es decir, para que cada uno de estos momentos tenga vida, a veces la ley exige una forma.

Existencia. - La existencia del hecho es hoy el primer problema para la aplicación del Derecho, pues la existencia de la norma prácticamente dejó de ser problema desde que las leyes se publican en diarios oficiales(1)(256).

Hay hechos materiales, ostensibles, in rerum natura: el nacimiento, la muerte, el incendio, la edificación, etc. Para el Derecho son hechos patentes. No habría problema respecto de su existencia, acreditable de visu, si al Derecho no le preocuparan dos categorías lógicas fundamentales: el tiempo y el espacio. El Derecho necesita recoger esos hechos materiales y patentes para fijar no sólo su existencia, sino las circunstancias de lugar y tiempo, sin perjuicio y además de las relaciones del hecho con otros hechos concomitantes o con determinadas personas.

Hay hechos inmateriales, internos, imperceptibles directamente por los sentidos, pertenecientes al mundo del espíritu - ideas, resoluciones, prestaciones de consentimiento, etc. - que tienen que hacerse sensibles no sólo al mundo físico exterior, sino al mundo jurídico. De internis non iudicat.

II - HECHOS Y FORMAS

En una acepción amplia, a esa exteriorización o expresión del hecho se le puede llamar forma. Es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico. En este sentido la forma no tiene un origen histórico autónomo, porque se confunde con el origen de la expresión social de hechos diversos, de los que los hechos jurídicos no son más que una parte. La forma, como el lenguaje, es un medio de expresión y comunicación. Lo que la palabra es a la idea, es la forma al hecho jurídico.

En un sentido más restringido, la forma es fórmula mágica. El hombre primitivo habla y trafica. La forma de sus contratos es, como su idioma, limitada y rígida. La poca variedad de formas para los negocios hace que muchas formas sean necesarias, aun sin un orden jurídico que las exija y las imponga. La mayoría de las formas jurídicas son remedo de las religiosas. La vida del hombre primitivo está inmersa en religiosidad; sus frases tienen un sentido reverencial hacia la divinidad; su mercado está al lado o en el mismo templo; el sacerdote preside y domina el ambiente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

social. Cifrándonos exclusivamente al Derecho romano, quizá el menos mágico y religioso de los Derechos de la antigüedad, nos encontramos al Rey investido de la autoridad de summo sacerdote, No se imaginaba la jurisdicción sin carácter religioso. Los dioses inspiraban las órdenes y actos de autoridad. La república separó el sacerdocio - sacerdotes publici populi romani - y la Magistratura - magistratus publici populi romani - . Pero hasta mucho más tarde (ley Domicia, tribuno Cneo Domicio, año 650 de Roma), el sacerdocio se reclutaba por la libre voluntad y elección de los mismos Colegios sacerdotales (Colegio de los Pontífices, de los Augures, de los Feciales, etcétera) siendo un poder autónomo y prepotente.

La religión en Roma engendraba normas. (fas). "El fas se funda en la voluntad de los dioses; el que lo viola, ultraja a los dioses"(2)(257). "Una religión primitiva ha constituido la familia griega y romana, ha establecido el matrimonio y la autoridad paterna, ha determinado los grados de parentesco, ha consagrado el derecho de propiedad y el derecho de herencia. Esta misma religión, luego de ampliar y extender la familia, ha formado una asociación mayor, la ciudad, y ha reinado en ella como en la familia. De ella - de la religión - han procedido todas las instituciones y de todo el derecho privado de los antiguos(3)(258).

La religión santifica y legitima los principales actos de la vida del hombre - matrimonio, nacimiento, etc. - ; el sacerdote define conductas y es en cierta medida juez y legislador. Nada tiene de extraño que las primitivas formas jurídicas remedan el ceremonial religioso y que los hombres, en sus actos y contratos, impetren el auxilio de la divinidad para que bendiga a los contrayentes y castigue al desleal. La forma es fórmula mágica, rito tabú, conjuro y sortilegio, palabras misteriosas y exactas en los lindes con la hechicería. Lo evidente es que las primitivas formas tienen una configuración religiosa. El formalismo jurídico tiene contactos conceptuales con el rito y la liturgia.

Clases: La forma, como forma de expresión del hecho jurídico, históricamente toma diferentes direcciones. Para finalidades de este ensayo, tenemos que recoger las siguientes:

a) Formas obligatorias y formas libres. Hay hechos que se pueden expresar y recoger en múltiples formas, y el ordenamiento jurídico permite la libertad de formas con tal que la forma elegida esté reconocida y admitida en el tráfico. (Formas libres). Por el contrario, las formas obligatorias son de ineludible cumplimiento para que el hecho tenga existencia jurídica. (Formas de ser. - Forma dat esse rei. - Formas ad solemnitatem, ad substantiam).

b) Formas de ser y formas de valer. Entre las formas libres y las obligatorias, hay un tercer grupo: formas de valer. El hecho, para existir - (y tener, por tanto, un mínimo de eficacia, puesto que el Derecho no admite al hecho jurídico como ser indiferente) - pertenece al ámbito de las formas libres; pero, para valer, para alcanzar ciertos grados de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eficacia, necesita acogerse a formas obligatorias de valer.

"Las formas de ser - ha dicho bien y antes que nadie González Palomino(4)(259)- pueden ser exigidas por la ley o establecidas por los interesados con finalidad de que el negocio no sea, no exista sin la forma. La forma, en tales casos, no es ingrediente separado de la declaración de voluntad, sino forma de la declaración de voluntad... La forma es constitutiva." "Las formas de un negocio pueden ser exigidas por la ley o establecidas por los particulares, con finalidad de que sea posible hacer valer un negocio ya perfecto como tal negocio. La forma en tales casos, no es requisito del negocio, sino un añadido al negocio mismo, algo que es sumado al negocio, posterior al negocio; por más que surjan en el mismo instante, muchas veces, negocio perfecto y forma superpuesta de eficacia."

Las formas de valer no pertenecen al aspecto "existencia" del hecho jurídico, que estamos estudiando, sino al de "valoración" del hecho jurídico(5)(260).

c) Formas litúrgicas o ceremoniales; y formas de autoridad o públicas. Se refiere esta distinción a las formas de ser. En el grupo de las llamadas formas ad solemnitatem he de introducir una escisión. En él hay dos clases de forma que tienen entre sí muy poco de contacto: las litúrgicas y las de autoridad.

Formas litúrgicas. Las formas litúrgicas consisten en palabras exactas y sacramentales, solas o interpoladas en actos rituales; frases, preguntas y respuestas y, a veces, una escena organizada. Es la forma dispuesta como espectáculo.

El testamento per aes libram que exigía: la presencia simultánea del familiae emptor, los testigos rogados, la nuncupatio con fórmulas exactas para cada clase de disposición, para la institución de heredero, para los legados, etc., un orden fijo entre las disposiciones, y en los primitivos tiempos la balanza en manos del libripens y una moneda simbólica. Y todo ello en un mismo acto. En la misma línea se encuentran los demás actos per aes libram: el nexum, la mancipatio propiamente dicha y la coemptio. En el procedimiento de las acciones de la ley, la forma era verbal, las fórmulas eran fijas, sacramentales. El texto exacto de las acciones de la ley, únicamente estaba en manos de los sacerdotes en los primitivos tiempos(6)(261). El matrimonio era un espectáculo en tres actos: traditio, dedutio in donum, confarreatio. El divorcio de este matrimonio solemne era no menos solemne, y para el curioso lector (aunque quizá no tanto para los cónyuges), mucho más divertido. "El efecto de la confarreatio no podía destruirse sino con la disfarreatio. Los esposos que querían separarse comparecían por última vez ante el hogar común a presencia de un sacerdote y de testigos, les presentaban como en el día de la boda una torta de harina de flor; pero, naturalmente, en lugar de dividírsela, la rechazaban y, después, en lugar de oraciones, pronunciaban fórmulas de carácter extraño, severo, odioso, horrible, o sea, una especie de maldición por la cual la mujer renunciaba

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al culto y a los dioses del marido." (Fustel de Coulanges, ob. cit., pág. 51). Forma sin escena, pero de palabras litúrgicas, la encontramos en la stipulatio, acto oral, sencillo pero solemne.

En el Derecho moderno pocas formas quedan organizadas como espectáculo: la coronación de los Reyes, las juras de la Constitución por los jefes de Estado y ministros, la presentación de cartas credenciales, etc., en el Derecho público. En España la toma de posesión del presidente del Tribunal Supremo está ceremoniosamente organizada en la ley orgánica del poder judicial. El matrimonio, singularmente el canónico, etc.

La forma litúrgica en el Derecho privado ha perdido el espectáculo ceremonioso, pero no la liturgia de unas frases o palabras fijas, o en forma determinada. Así, por ejemplo, el endoso, el acepto, la letra de cambio, ciertas pólizas de contratos, el testamento ológrafo, etc.

Formas de autoridad(7)(262). La forma solemne ha cuajado en nuestros días en formas de autoridad o intervenidas en cuanto al fondo por autoridades o funcionarios públicos.

Prescindiendo de los Derechos antiguos (Babilonia, Asiria, Egipto, Grecia), en el Derecho romano, junto al procedimiento reglado y ceremonioso de las legis acciones, subordinado al fas y al nefas, el magistrado desarrolló libremente los poderes de su imperium. La ley en la primitiva Roma sólo protegía al cives romanus. Los clientes y los peregrinos no tenían más amparo que el libre arbitrio del magistrado, quien empezó a desarrollar una actividad judicial contenciosa(8)(263)-según la opinión más probable - y una actividad de jurisdicción voluntaria. A estas actividades del magistrado, cobijadas en su imperium, también acudieron incluso los ciudadanos romanos cuando la ley no previó su caso o les convenía prescindir de ella. Muy singularmente los particulares acudieron al magistrado para celebrar negocios jurídicos fingiendo una lis. Así, del juicio aparente(9)(264), surgieron en jurisdicción voluntaria, la in iure cessio, la confessio in iure, el ius iurandum in iure delantum. Eran las primeras formas públicas o de autoridad, en el sentido de hoy. A ellas se agregó más tarde la insinuación de donaciones.

Durante mucho tiempo lo general era la oralidad, pues en los procedimientos de las legis acciones y formulario, las actuaciones eran orales. En el siglo IV se generaliza la escritura con el procedimiento de cognitio y el influjo oriental. De esta manera Roma llegó a conocer las formas escritas públicas - (documentos públicos) - si bien - fruto tardío - no llegó nunca a una elaboración de ellas tan acabada y perfecta como de otras instituciones. Estaba reservado a la Edad Media y al Renacimiento la elaboración de la dogmática sobre la eficacia del documento público en cuanto al fondo.

En otro trabajo(10)(265)he puesto de manifiesto los orígenes judiciales del documento notarial a través de la in iure cessio, las interrogationes y la confessio in iure del Derecho romano; la Auflassung del germánico; las recognizances en Inglaterra; el praeceptum de solvendo y la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confessio apud acta ante litis contestationem en el proceso medieval. El poder judicial es el árbol de que se ha desgajado toda la eficacia - en cuanto al fondo - de las formas y documentos públicos.

La frecuencia del juicio fingido creó en el juez una actividad específica limitada a la documentación de contratos y relaciones jurídicas. La fuerza del documento judicial sine lite era idéntica a la de las resoluciones judiciales en el proceso, pues aparte su origen contencioso, el juez que fallaba a posteriori era el mismo que en un momento precedente había presenciado y autorizado el documento y, naturalmente, el juez del fallo no podía estar en contradicción con el juez del documento. Como ya he puesto de manifiesto en otra ocasión, esa actividad documental del juez pasó al notariado. En efecto, "se abandonó - dice Briegleb(11)(266)- la simulación de un proceso interrogatorio ante el Juez ordinario, bastando con hacer la confessio ante el notario... y con recibir del mismo notario el praeceptum de solvendo. Este es el praeceptum que garantiza en el sentido estricto y propio, aunque en un sentido amplio también se llamó así al praeceptum dictado por el juez verdadero". "Se acabó por enseñar - sigue Briegleb, pág. 73 - que también una confessio... coram notario debía contarse en todo caso entre las confesiones judiciales, participando por tanto de la eficacia de la antigua confessio in iure(12)(267)" (Cinus; Jacobus de Arena; Petrus de Bellapertica; Salicetus; Antonio de Canario; Angelus; Paulus de Castro; Tartagnus; Jasson).

Nadie, sin embargo, se atrevía a tratar la institución fuera de las normas romanas de la confessio in iure y de la actio iudicati, y por consecuencia nadie pudo pensar en que las funciones públicas en cuanto al praeceptum dejaran de ser funciones judiciales. Para no endosar la función judicial directamente al notario, se acudió al rodeo de nombrar juez al notario, bien mediante un decreto singular de nombramiento(13)(268) en unos países, bien por una disposición de carácter general en algunos Derechos estatutarios(14)(269) estableciendo "que todo notario legalmente nombrado debía ser considerado «eo ipso» también como iudex ordinarius, desde luego únicamente en cuanto a los actos de jurisdicción voluntaria de los que aquí se trata y otros parecidos, lo cual se caracterizó con el término de iudex chartularius" (Briegleb).

En el origen judicial de los documentos públicos encontramos dos motivos que los provocan:

a) La necesidad de lograr un resultado jurídico solamente posible por sentencia. A veces el orden jurídico no da posibilidad de obtener ese efecto mediante negocios jurídicos(15)(270). Esta situación, por insuficiencia de los ordenamientos jurídicos, era frecuente en los Derechos primitivos.

b) La conveniencia de arbitrar una forma de valer. Quien en la Edad Media acudía al juicio fingido buscaba ordinariamente la indisputabilidad de la relación jurídica material mediante la eficacia de la sentencia, bien en cuanto a la actio iudicati(16)(271) respecto de los créditos, bien en cuanto a la exceptio rei iudicatae respecto a la transmisión de propiedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Fuera de los supuestos contemplados en a) no veo que los documentos públicos nacieran en la Edad Media como fórmulas de ser, sino como formas de valer. Las formas de ser eran actos, no documentos ni registros .

III - EL HECHO JURÍDICO Y SU VALORACIÓN

El hecho jurídico, una vez que existe, bien en forma libre, bien en forma obligatoria, es valorado por el orden jurídico. Según su jerarquía en la escala de valores jurídicos, así se determina la cantidad y calidad de sus efectos. Surge una clara línea divisoria entre el orden del ser y el orden del valer. Y la misma técnica emplea la ley respecto del ser que del valer: formas libres y formas obligatorias.

El hecho jurídico en sí, en su ser simplemente (an sit), sin eficacia jurídica, es un imposible. En el hecho jurídico no hay punto de indiferencia, porque si el hecho jurídico fuera indiferente para las normas, no sería jurídico. El ser en sí, independiente del valer, no se presenta en términos absolutos en el Derecho. El ser, por su mera existencia, produce un cierto "quantum" de eficacia. Sobre ese mínimo de efectividad se alza el mundo entero de los valores jurídicos. El valer se refiere a un grado mayor o menor de eficacia del ser.

El ser - la existencia del hecho jurídico - se podía producir mediante formas libres y formas obligatorias. De igual modo, en la esfera del valer, la ley, o bien valora directamente el hecho, cualquiera que sea su forma o expresión, o bien somete al hecho a formas determinadas - formas de valer - para alcanzar un grado mayor en la escala del valor jurídico. En este caso, la forma de valer es otro hecho jurídico que se yuxtapone al primero.

Ejemplo del primer caso: La ley valora directamente el hecho. El nacimiento determina la personalidad (29 Cód. Civil)(17)(272). Es el primer grado del valer, el valer mínimo que acompaña a la mera existencia del hecho jurídico "nacimiento" definido en el art 30 Cód. Civil. Junto a este hecho jurídico hay otros hechos que determinan la amplitud y calidad de los efectos jurídicos del nacimiento: los hechos de la filiación. Así, podemos formar una escala de valores legales en la que incluir ese hecho del nacimiento para obtener su valor, su jerarquía, su grado de eficacia: a) nacimiento de padres desconocidos; b) hijo ilegítimo no natural, en los supuestos del art. 140 del Cód. Civil; c) hijo natural no reconocido(18)(273)pero reconocible por reunir los requisitos habilitantes del párrafo 2º del art. 119 y respecto de la madre por el hecho del parto y la identidad del hijo; d) hijo natural reconocible, que se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos; e) hijo legítimo, si nace dentro o fuera de matrimonio, pero dentro de los plazos legales. En todos estos casos el grado de eficacia lo da la ley directamente a los hechos jurídicos. De los hechos nace el derecho y la acción (acciones de estado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

civil, alimentos, herencia, etc.). La documentación, el Registro civil, etc., es algo extraño, posterior, y añadido al hecho jurídico. La documentación produce sus efectos, pero el hecho jurídico ya los producía por sí. El nacimiento y la muerte son hechos jurídicos que no dependen para nada de ningún papel ni del Registro civil.

Ejemplo del 2º caso: El valor depende de una forma (forma de valer). Compraventa de inmueble en cuantía superior a 1.500 pesetas. Para "ser", para existir, basta el consentimiento de vendedor y comprador. Mas para alcanzar cualquier grado superior de eficacia necesita acogerse a una forma. Así, podemos marcar la siguiente jerarquía: a) compraventa verbal; b) compraventa en documento privado (1280 in fine); c) compraventa en documento privado, con fecha auténtica (1227 Cód. Civil); d) compraventa en escritura pública, sin inscribir; e) compraventa en escritura pública inscrita. En todos estos casos la mayor o menor eficacia del mismo hecho depende de la forma de valer.

El valer jurídico es objetivo, externo al juez, fundado directamente en la ley. El juez no valora los hechos: aprecia su existencia. Existen o no existen. Mas si aprecia su existencia tiene que aplicar la norma. En la subsunción de los hechos en la norma el juez realiza en cambio un juicio de valor. El valer jurídico es un valer fundado y, como tal, es discutible en casación(19)(274). Los errores en la subsunción son recurribles en casación, por infracción de ley. Por lo mismo, las formas de valer, por pertenecer a la esfera del valer, son recurribles también en casación. El juez aprecia la existencia o no existencia de la forma (la existencia, por ejemplo, de la escritura pública); pero, una vez admitida la existencia, la eficacia es un problema de subsunción de norma.

"El Tribunal Supremo - dice el Marqués de Gerona(20)(275)- admite el recurso de casación cuando hay error, no en la apreciación de la prueba, sino en la calificación del acto o del hecho a que se refiere en sus relaciones con la ley". Por eso, una vez establecido el hecho generador - dice el Supremo - la casación puede apreciar si fue o no previsible (25 nov. 1930) o el grado de responsabilidad del agente (18 en. 1936)(21)(276). En estas sentencias se acusa la tendencia a discriminar el hecho estimado de su calificación o valoración jurídica, ya iniciada en la S. T. S. de 10 de nov. de 1924 y recogida con agudeza por Plaza(22)(277).

IV - HECHO Y PRUEBA DOCUMENTAL

La segunda necesidad que plantea el hecho jurídico deriva de ser fugaz. A la exteriorización hay necesidad de agregar la posibilidad de reproducirlo. La forma se convierte en problema de prueba. El hecho pasado ha de hacerse presente: éste es el punto de vista de la prueba en juicio. El hecho presente ha de hacerse valer en el futuro: es el punto de vista de la prueba preconstituida.

El hecho fugaz llena de incertidumbre la existencia del derecho subjetivo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Lo que partes y testigos a posteriori reproducen no es en verdad el hecho pasado, sino su recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. De ahí el valor del documento. La prueba documental tiene dos características generales y comunes: a) es anterior al proceso; b) la extensión o redacción del documento es coetánea o más o menos inmediata al hecho que documenta.

En la etapa de orientalización del Derecho romano aparece una verdadera teoría de la prueba. "Se reconoció especial importancia - dice Mayr, ob. cit., II, pág. 372 - a la prueba documental. Los documentos públicos tenían fuerza probatoria eterna e irrefragable. Los documentos privados sólo eran eficaces, de ordinario, como documentos testificales"

En la Edad Media el documento público recibe un aumento de eficacia por cuanto confluyen en él diversos movimientos dogmáticos y legislativos. En primer lugar, como ya he indicado, a partir del siglo XII, las funciones documentales de los jueces de la jurisdicción ordinaria pasan al notariado. Los documentos notariales son ejecutivos igual que las sentencias firmes. En segundo lugar, un fuerte influjo germánico lleva a conferir al documento notarial los efectos constitutivos de la Chartae(23)(278). En tercer lugar, la stipulatio romana, que persiste en los países latinos durante la Edad Media, es recogida y documentada mediante instrumentos públicos. Finalmente, a partir de la época de la prueba tasada, el documento público es prueba plena. Sin embargo, el mecanismo aritmético de la prueba tasada impidió que el documento público siguiera su normal trayectoria de evolución.

V - ESTIMACIÓN DE PRUEBA Y VALORACIÓN DEL DOCUMENTO

A primera vista parece que todo esto de la prueba es un mero problema de valoración, y que debía estar incluido entre los medios de valer. Hay que distinguir. Cuando la prueba es de la libre apreciación del juez en un sentido vulgar el juez valora las pruebas. Pero en sentido técnico, esa valoración libre y subjetiva, por ser discrecional y no reglada, no es jurídica, ni admisible desde el punto de vista de la filosofía de los valores. Ya hemos dicho que el valer jurídico es objetivo y externo al juez. Lo impone la ley. Lo jurídico en la libre apreciación de la prueba es el resultado, los hechos declarados probados en la sentencia. Los medios - la apreciación en conciencia, las reglas de la sana crítica - son psicológicos. Por eso caen fuera de la escala de valores de la ley y no son recurribles en casación. Cuando, por el contrario, la prueba no es de la libre apreciación del juzgador de instancia, porque la ley da anticipadamente su valoración; entonces estamos claramente fuera del campo de la prueba para situarnos en el terreno de la eficacia de las "formas de valer".

En la valoración del documento hay que distinguir el documento en sí, de un lado; y su contenido, de otro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A) El documento en sí, como HECHO por probar.

El hecho documentado - el contenido - es el *thema probandum* sometido directamente a la percepción del juez; el documento se comporta a la evidencia del juez como cosa material.

En los documentos públicos, basta la existencia del archivo, registro o protocolo para acreditar apodícticamente la existencia y autenticidad externa del documento, y el problema respecto de la copia queda resuelto con la diligencia de cotejo. Normalmente, el documento público, por sí, no es hecho por probar, sino sólo fuente de prueba en cuanto a su contenido. No así los documentos privados, que antes de empezar a ser fuente de prueba (en cuanto a su contenido) son en sí mismos un hecho por probar. Su existencia no basta invocarla - se han de acompañar los documentos originales y no copias, al escrito de demanda. Su existencia es siempre una prueba de inspección judicial. Su autenticidad, en cuanto al autor de la declaración de voluntad o de verdad, no es prueba documental privada. Porque - 1) si hay reconocimiento éste es un acto de elevación judicial a público de un documento privado (1225); 2) si hay comprobación de firmas, la prueba documental se convierte en inspección judicial y, en su caso, en prueba de peritos(24)(279).

En todo caso, el arbitrio del juez es soberano en la percepción directa de todos esos hechos.

B) El documento como fuente de prueba: la autenticidad de fondo.

Respecto de su contenido - el hecho jurídico, relatado o testimoniado - el documento es fuente de prueba. ¿En qué medida? El hecho por probar, en sí - *id quod actum est* -, es extraño al documento. El documento pretende ser su imagen fiel, su fotografía(25)(280). En el documento privado esto queda siempre al arbitrio del tribunal de instancia. En el documento público, se impone en casación el hecho o acto auténtico. Veámoslo.

a) Valor del contenido del documento privado.

"Reduciéndonos a nuestro Derecho vigente - dice Gómez Orbaneja, loc. cit., pág. 92 - cabe decir que el testimonio del documento privado por sí mismo no tiene fuerza probatoria. Compárese, en cambio, lo que ocurre con los asientos de un Registro o Archivo público certificados auténticamente. Al testimonio documental no le da crédito el Derecho sino cuando contiene la percepción de un funcionario público (o de un notario) de los hechos presenciados en el ejercicio de su cargo (dentro de los límites de su competencia), esto es, cuando esté incorporado en un documento público. Y ello porque en este caso no son necesarias ni la prestación del juramento judicial, ni el examen judicial del funcionario que emite el testimonio. Se solía decir por ello, en los autores del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Derecho común, que al testimonio de los particulares no le alcanza el beneficio de la forma escrita, que no es idóneo o susceptible de ella. Su valor probatorio reside únicamente en la palabra hablada, en la «viva vox»; no le llega la virtud de la fijación permanente; depende, en una palabra, de la pervivencia y de la presencia de la persona en el proceso o, al menos, en los actos preparatorios, pero no menos judiciales, del proceso (probatio in perpetuam rei memoriam)". Por ello, en el Derecho romano y en las Partidas, la eficacia del documento privado como medio de prueba se derivaba del valor de la prueba testifical. "Los documentos privados (en Roma) - dice Mayr(26)(281)- sólo eran eficaces, de ordinario, como documentos testificales, cuando se otorgaban ante testigos y aparecían con la firma de éstos y la del otorgante".

El documento privado en la Edad Media y moderna sigue siendo un reflejo de la fuerza probatoria de los testigos. La ley 119, título 19, Partida 3ª., establece el valor del documento privado en juicio "si aquel que aduce la carta probare con dos testigos... que juren y digan que vieron aquél cuyo nombre está escrito en ella facer aquella carta o mandarla escribir." Nuestro Diego de Covarrubias, siguiendo a Bártolo y a Bautista de San Severino, dice "que la prueba será suficiente cuando la escritura privada se produce, si los testigos, aun dos, aunque no suscritos, depusieran acerca del tenor de lo contenido en ella, que la cosa fue hecha y sucedió del mismo modo como la misma escritura refiere. Pues esto es lo mismo que probar la cosa por la prueba ordinaria y legítima por medio de testigos..." "Pues no es suficiente que los testigos, plenamente legítimos, digan que ellos saben ciertamente que aquella escritura ha sido escrita por la mano de Ticio, a no ser que dijeran que esto lo saben porque vieron que la escritura fue escrita por Ticio"(27)(282).

En resumen, históricamente en la prueba por documentos privados no importaba "lo producido" (el documento) sino "el producirse": no el escrito, sino el escribir; no el documento, sino el acto, acreditado por los testigos. El documento privado tiene función memoratoria, destinado a conservar el recuerdo del acto y el nombre de los testigos (Notitia testium). Por eso, históricamente, perdía toda su eficacia al fallecimiento de los testigos.

En el Derecho de hoy, libertad en cuanto a la forma (de ser) - salvo contadas excepciones - y autonomía de la voluntad en cuanto al contenido, hacen que jurídicamente se pueda dar al documento privado cualquier contenido. El contenido del documento privado queda íntegramente a la apreciación del juez.

La ley arbitra procedimientos para agregar al documento privado algunos aspectos limitados de autenticidad. Se podría hablar: a) de una autenticidad de origen o paternidad del documento privado con el reconocimiento de la firma(28)(283); b) de la autenticidad de la fecha (1227 Cód. Civil). Pero no es posible hablar genéricamente con precisión de la autenticidad de su contenido. Los casos singulares en que se ha reconocido esa autenticidad por la ley (confesión de la certeza de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deuda, 1431, 1432, 1433 L. E. C.) o por la jurisprudencia, se refieren a documentos privados legalmente reconocidos: y la autenticidad no deriva del relato y texto del documento, sino de la asunción del contenido hecha por las partes en el acto judicial del reconocimiento que es un acto público. Diríamos que por el reconocimiento del contenido del documento, el hecho jurídico, en acto reconocido es directamente lo auténtico, pero no el documento. El reconocimiento, como hecho procesal es lo único auténtico y enlaza el hecho reconocido con el acto del reconocimiento. Qué extremos abarca este reconocimiento, qué alcance tiene en cuanto al fondo o contenido del documento, es siempre de la libre apreciación del tribunal de instancia. El texto del documento privado da redacción literal al hecho, pero no autenticidad - el reconocimiento le da autenticidad externa pero no texto literal. El documento privado no reconocido es siempre de contenido inauténtico(29)(284). El reconocimiento es auténtico únicamente en cuanto a los extremos sobre que recaiga el reconocimiento judicial(30)(285).

En resumen: el contenido del documento privado queda íntegramente a la libre apreciación del Juez. No está valorado por la ley. Tampoco lo valora el juez. El juez lo aprecia en conciencia, o según las reglas de la sana crítica. Ya he dicho que esto, en sentido vulgar podría ser una valoración. Filosófica y jurídicamente no caben valoraciones subjetivas, pues la escala de valores es externa al hombre. El juez la maneja, pero no la crea(31)(286). Está en la ley. El juez la aplica al subsumir la norma.

b) Valor del contenido del documento público.

El contenido del documento público se presenta con características opuestas al del documento privado.

La correlación entre forma solemne y contenido ha sido siempre preocupación del Derecho.

En las formas litúrgicas primitivas, el contenido de la forma normalmente estaba fijado con todo detalle por la ley. Además de actos formales eran actos formularios. Eran negocios jurídicos acuñados de que nos habla Ihering. Cada fin perseguido por las partes tenía palabras exactas y rituales. A medida que aumenta la autonomía de la voluntad se distancia contenido - materia - y forma en los actos litúrgicos.

Por eso, la teoría de la forma en sentido tradicional, se queda corta para explicar la autenticidad del contenido de los documentos públicos. La teoría de la forma es una dogmática cortical, que deja hueco de fe pública al contenido, a lo que no es forma sino que es materia. El documento público en la teoría de las formas. se parece a la célebre definición del cañón un agujero forrado de bronce.

Históricamente el sistema de la autonomía de la voluntad separa la autenticidad externa del documento de la autenticidad interna o de fondo. La autenticidad externa estaba resuelta en la Edad Media con la selladura (Siegelung) o legalización por el sellado de la autoridad pública

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Briegleb - Brunner - Breslau - Redlich). El derecho de sello auténtico competía a las autoridades públicas, a los notarios y a los grandes eclesiásticos y seculares. Refiriéndose únicamente a esa autenticidad externa, a los documentos sellados no notariales se les daba el nombre de instrumenta autentica. Para los notariales se reservaba la denominación de instrumenta publica. La autenticidad externa de los documentos sellados no evitaba la impugnación de su contenido. El documento notarial se libró de gran parte de estas impugnaciones por asimilación, en su efectividad, a las resoluciones judiciales.

La historia del documento notarial es la historia de su lucha por la autenticidad interna, por la autenticidad de su contenido, en la esfera de los hechos; por la indisputabilidad de las relaciones jurídicas, en la esfera del Derecho.

En la esfera de los hechos se producen tres grados de eficacia:

A) VERDAD IMPUESTA. B) VERDAD SUPUESTA O PRESUNTA. C) VERDAD PUESTA.

A) VERDAD IMPUESTA. - Constituye el primer núcleo del contenido del documento notarial dotado de eficacia: la eficacia de la autenticidad de fondo. Son las narraciones hechas por el notario, bien de lo que ve y oye por sus propios sentidos, bien de sus propias actuaciones y diligencias. Históricamente, en las sentencias de los jueces y resoluciones de autoridades, las actividades, actuaciones, diligencias o decisiones del funcionario eran consideradas como auténticas y oponibles a tercero, al paso que las actividades de las partes sólo surtían efecto, con mayor o menor eficacia, entre ellas. Al notariado pasaron, como ya hemos dicho, la misma situación y eficacia de los documentos judiciales. Las actuaciones del notario tuvieron idéntico rango y eficacia que las judiciales, a las que se asimilaban. Pero la actuación del notario rebasa la forma: no solamente interviene en la forma, sino en el fondo o materia del documento público. Y el contenido del documento público adviene tanto más auténtico cuanto mayor es la intervención del funcionario en el fondo. Tenemos así delimitado grosso modo el núcleo de autenticidad de fondo. Vamos a perfilarlo más.

No cabe duda que la intervención del funcionario supone:

A) Unas funciones públicas, delegadas por la soberanía del Estado. dentro de los límites de jurisdicción y competencia. El funcionario únicamente dentro de esos límites desarrolla una función pública; es decir: en cumplimiento de deberes y en el ejercicio de facultades propias, en consonancia con el fin de la función. Cuando el funcionario actúa fuera de su jurisdicción o de su competencia, no es funcionario, y el documento no es público. La jurisdicción y competencia del funcionario es un presupuesto de la fe pública.

B) Una actuación propia, o una actividad óptica (de visu) respecto de hechos no propios. Sólo el hecho o acto realizado por el propio funcionario, o en presencia del mismo, puede ser auténtico. Presencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de funcionario y partes: intermediación: EVIDENCIA. La evidencia, esto es, la intuición o percepción directa del hecho por los sentidos del funcionario es la base y fundamento de la autenticidad de fondo o fe pública.

C) Especialización. El funcionario tiene un cometido específico y concreto que cumplir, una esfera de actividad señalada por la ley y una aptitud profesional o técnica adecuada.

D) Documentación coetánea o próxima al hecho. (Narración fiel del hecho: verdad). La narración se encuentra estimada, por una parte, entre dos valores: verdad y falsedad; y por otra parte, por otros dos valores: verdad y error o inexactitud. La falta de verdad puede ser: voluntaria, y se produce la falsedad; e involuntaria, y se produce el error. La evidencia se opone a la falsedad; la especialización, al error.

Con estos conceptos podemos estudiar el concepto de fe pública.

Fe pública. - La fe en general, se define diciendo: *Credere quod non videmur propter testimonium dicentis*. Un objeto presente a nuestros ojos - videntia; a nuestro conocer directo, es una realidad evidente. En todo juicio de razón asentimos al objeto pensado afirmando su contenido porque tenemos la evidencia de esa realidad percibida. Este asentimiento al objeto afirmando su contenido se produce en todo juicio de razón - acto de juicio - . Pero también, y esto es lo que nos interesa, en todo acto de fe. Más en el juicio se asiente al objeto por su evidencia, y en el acto de fe a pesar de su no evidencia - *quod non videmur* - . Cuando el objeto es evidente, esto es; cuando tiene presencia integral ante nuestra intuición intelectual. el asentimiento es acto de conocimiento. Basta conocer, sin que intervenga la voluntad para nada, para pronunciar el juicio. Cuando el objeto no es evidente, esto es, cuando está lejos de mí cuando está ausente en el tiempo o en el espacio, o el acto de asentimiento no se verifica, o si se verifica es por algo, que ajeno al objeto mismo y al sujeto, incline y venza la voluntad a verificar necesariamente el acto de asentimiento. Ese algo extrínseco que logra y obtiene el asentimiento a un objeto no evidente, se llama en filosofía autoridad. El poder persuasivo o imperativo de la declaración, narración, relato o revelación de esa autoridad, varía, según el origen o carácter de dicha autoridad. Por el origen de la autoridad, los actos de fe se dividen en actos de fe religiosa, revelados por Dios, y actos de fe humana, declarados por los hombres. A su vez la fe humana puede provenir de autoridad pública - fe pública - y de autoridad privada - credibilidad, testimonio - .

El acto de fe, en la fe humana. lo hace el sujeto creyente en sustitución de un acto de juicio, realizado por otro sujeto, sobre un objeto evidente. Yo no he visto un átomo. Creo en el átomo, para mí inevidente porque unos sabios, dignos de todo crédito, me lo han testimoniado. Para ellos ha sido el átomo objeto evidente, y sobre ese objeto han formulado un juicio de razón. Mi creencia en el átomo - objeto para mí inevidente - es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto de fe, pero tiene detrás de sí un acto de juicio evidente de los sabios especialistas. Acto de fe y acto de juicio son perfectamente canjeables. El acto de fe, como billete de Banco, es canjeable por el oro evidente de un juicio de razón. Yo puedo comprobar y hacer evidente para mí el átomo. Siempre que sea posible este canje entre acto de fe y su correlativo acto de juicio, estamos en presencia de fe humana privada. Cuando este canje entre el acto de fe y el acto de juicio no sea posible, cuando el acto de fe sea forzoso, impuesto por la ley, estamos en supuestos de fe humana, pero fe pública. La fe pública manifiesta e impone la verdad de un hecho (objeto), exige un acto de fe de quienes no tuvieron evidencia del hecho - entre ellos del juez - y substituye el hecho objeto del acto de fe por el relato de ese hecho por la autoridad, de tal forma que sin la sentencia de falsedad - en cuyo caso se destruye la fe pública - no será legalmente posible el canje de la verdad formal impuesta - objeto inevidente - por la verdad material - objeto evidente - . La fe pública es una verdad impuesta, de curso forzoso, sin reintegro en evidencias concretas. Pero si en la fe pública el acto de fe tiene para el sujeto creyente - erga omnes - un objeto inevidente, para el funcionario público ese objeto ha de ser evidente presente, en el lugar, tiempo y capacidad mental y legal (competencia) suficientes.

La fe pública es, pues, la autenticidad del fondo, o sea, la conexión del hecho - esfera de la realidad - con su valoración legal - normas de eficacia - a través del funcionario público competente. La verdad impuesta - (fe pública, autenticidad del fondo) - tiene una correlación y encaje entre los conceptos legales "hecho jurídico", fuente de derechos, "hecho que motiva su otorgamiento" (1218 Cód. Civil)(32)(287), en el campo de la prueba y "hecho auténtico" - (documento o acto auténtico 1692 N° 7, LEC) - a los efectos de casación. El calibre del hecho auténtico en casación es la medida de la fe pública en el estudio de la prueba y en el instante del nacimiento del derecho. Si el Tribunal Supremo no puede imponer una verdad documental a la apreciación del tribunal de instancia, es que no es una verdad impuesta, es que no es "fe pública". Tendrá otro valor jurídico en el documento público, más nunca el de la fe pública en su sentido técnico estricto.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo. - La jurisprudencia del Tribunal Supremo español diferencia constantemente el hecho principal auténtico o hecho que motiva la intervención del funcionario, y el restante contenido del documento público. Así, por ejemplo, "el acta de defunción (S. T. S., 12 mayo 1904 y 18 abril 1940) acredita, conforme al art. 1218 Cód. Civil, el fallecimiento de la persona a que se refieren, en la fecha que indica. pero no la filiación". Y, sin embargo, la expresión de la filiación es un requisito del acta (N° 3° del art. 79 de la Ley del Reg. civil) y una obligación del funcionario. "El acta notarial - S. T. S., 29 en. 1924 sólo tiene ese carácter en cuanto certifica lo que pasa ante el notario que la redacta y da fe, o sea, en cuanto al hecho que motiva su otorgamiento". "Por lo mismo, las declaraciones de testigos consignadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en un acta notarial carecen de eficacia". (27 nov. y 17 en. 1924). La fe pública ampara el hecho de que se prestaron, pero no su contenido. "Los Registros públicos y las copias certificadas que de sus asientos expiden los funcionarios a quienes - se hallan confiados, si bien se reputan documentos auténticos, en cuanto al hecho primordial que es su objeto, su eficacia probatoria está circunscripta a la que constituye su esencia y finalidad; pero sin alcanzar a ser creídos ni merecer plena fe respecto a lo que, en su interés, sólo son detalles secundarios". (S. T. S., 30 marzo 1926). "No es suficiente - dice el T. S., 22 marzo 1928 - el carácter público del documento y su legitimidad, sino que se precisa la que se llama autenticidad jurídica procesal, consistente en que su contenido constituya una premisa obligada para que el Tribunal lo aprecie y tenga necesidad imperiosa de aceptar lo que en él se exponga". "Los documentos considerados auténticos en casación, han de demostrar inequívocamente, por su contenido, lo que por su medio trata de justificarse, de modo que sea obligatorio para el Tribunal". (S. T. S, 25 marzo y 30 oct. 1940)(33)(288).

La fe pública, como verdad impuesta, no es una prueba tasada. Es una necesidad del comercio jurídico que ha puesto de manifiesto que en ciertos casos, de, especial protección por la ley, no sólo el juez, sino las partes e incluso los terceros, tienen necesidad de la prueba. Es decir, en ciertos casos el tráfico tiene necesidad absoluta de que de antemano se sepa la estimación por el juez de una determinada prueba documental. No se trata de imponer al juez un sistema de prueba tasada, ni atacar a su soberanía en cuanto a la libre apreciación de la prueba. Dichos casos rebasan el área de la teoría de la prueba y de su estimación, y son sencillamente efectos de derecho material conexos, no al hecho jurídico probado, sino al medio de prueba - documento - en sí mismo como hecho jurídico autónomo. Hay un nexo entre hecho y prueba. "Si lógicamente el uno es distinto de la - otra dice Carnelutti (Teoría General del Derecho, pág. 366) - prácticamente el hecho no sirve sin la prueba, y en cambio la prueba puede servir sin el hecho". El Derecho sustantivo o material puede valorar una determinada prueba. Pero entonces - no hay que engañarse - los efectos jurídicos no los produce la existencia del hecho aparentemente generador del derecho, sino la existencia, de la prueba; como hecho jurídico autónomo o independiente. La prueba legal, en la época de la prueba tasada, convertía al juez en un preludeo de la máquina de calcular(34)(289). La mal llamada prueba legal de hoy día, en la mayoría de los casos, no es una substitución de la convicción del juez por la del legislador, sino una substitución legal de los hechos jurídicos generadores del derecho subjetivo. Pero en esos supuestos estamos fuera del campo de la prueba. Estamos en el campo del grado de eficacia de las "formas de valer".

La fe pública se centra en nuestro Cód. Civil (1218) en la frase "el hecho que motiva su otorgamiento". Este hecho es diferente en cada especie de documento público, y viene delimitado por la finalidad del documento y las atribuciones del funcionario. Para el documento notarial, del hecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que motiva su otorgamiento, he dicho en otra ocasión lo siguiente:

El Código italiano (antiguo), primero de los anteriores al Código español que se refiere a ese hecho, habla de "HECHOS (en plural) seguidos a la presencia del notario" (art. 317)(35)(290). El proyecto de Código español de 1851 (art. 1201) emplea el singular (hecho), sin duda, como después nuestro vigente Código, por imperio del criterio español, civil y notarial (hasta el reglamento de 1935) de la unidad de acto. Pero ya García Goyena, pontífice máximo de aquella frustrada reforma, decía: "El escribano debe ser creído... sobre todo aquello de que da fe haber visto y oído al autorizar el instrumento: DE VISU, ET AUDITU SUIS SENSIBUS". Caravantes se refiere expresamente a hechos en plural.

Lo mismo da que se diga que el otorgamiento contiene un hecho o que contiene varios. Porque si es un hecho único, sistema de la unidad de acto, habrá que reconocer que es un hecho complejo (compuesto de simples) o bien sucesivos o continuados (actas de requerimiento, de notoriedad, etc.) o bien concurrentes (venta, hipoteca, testamento, etc.). Para mayor claridad, y después del reglamento de 1935 (art. 197, párrafo 4º), hablaré de hechos en plural, aun a trueque de la posible inexactitud de denominar hecho a lo que no sería, desde el punto de vista de la unidad de acto, más que un elemento o parte del hecho total.

Prescindiendo del problema de la fecha - que no es más que otro hecho - no cabe duda que en el otorgamiento hay los siguientes hechos:

Primer hecho. - Presencia del notario en el ejercicio de sus funciones ("Ante mí...").

Segundo hecho. - Presencia de las partes. ("Comparecen: De una parte:... de otra parte:...").

Tercer hecho. - Presencia de otras personas: Testigos, intervenciones maritales, etc.

Cuarto hecho. - Manifestaciones de realidad: Son las narraciones que el documento contiene de lo que el notario presencia, escucha, y ve; pero también son algo más que declaraciones de verdad que haga el notario, pues son realidades actuales o coetáneas al momento de la autorización de la escritura pública. Son acontecimientos in rerum natura relatados por el notario (in vero relatum) de visu et auditu suis sensibus; comprende:

1º Notificaciones, intimaciones y requerimientos. Son participaciones de conocimiento hechas por el notario, acompañadas de un acto real (entrega de la cédula o de copia simple, remisión de partes de testamentos, oficios al Registro civil, etc...).

2º Reseña de documentos ("que tengo a la vista, de que doy fe" o "que me exhibe, de que doy fe").

3º Entregas de dinero (por precios, pagos, etc.).

4º Idem de cosas (consignaciones, depósitos, etc.) .

5º Lectura del documento por el notario o por las partes, y de que éstas se han enterado de su contenido (artículo 25 de la Ley, párrafo 2º, art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

695 del Código Civil; 193 del R. N.).

6° Prestación del consentimiento con firma o sin ella (artículo 193, párrafo 2°, del R. N.).

"El documento (notarial) - dice Plaza(36)(291)- contiene manifestaciones de realidad, que quedan amparadas por la fe pública. La certeza de lo que de visu et auditu consigna el fedatario por percepción directa y no por revelación de los comparecientes, es evidente e indiscutible y la querrela de falsedad es el único medio de contradecirle". "Por eso, si el notario asevera que a su presencia se desarrollaron los hechos de este o de otro modo, el tribunal, en la base del documento autorizado por aquél, no podrá prescindir del aserto. Podrá, por ejemplo, en una entrega de dinero discutirse si se hizo con un móvil acomodado a la manifestación exterior, o con un propósito de simulación; podrá ponerse en tela de juicio, si una expresión de voluntad de que se da fe, se emitió con éste o con aquel móvil; pero lo que no podrá negarse sin dar al traste con la fe notarial, es que la entrega se hizo, o que el consentimiento se prestó, después de cerciorarse el fedatario de la expresión de voluntad". En los Registros en que juega la fe pública, el concepto es el mismo.

1) En los Registros del llamado sistema de la fuerza probante de la inscripción (Grundbuchsystem) todo asiento tiene fe pública en su contenido. Los hechos ajenos al Registro nada pueden en contra de los pronunciamientos del asiento, lo mismo inter partes que respecto de tercero. El contenido del asiento no admite prueba en contrario y se impone a los tribunales. Todo asiento tiene en sí fe pública. (Principio de fe pública absoluta).

2) En los Registros del principio de publicidad (Publizitäts princip) el asiento tiene fe pública sólo respecto de tercero. Únicamente en beneficio del tercero el Registro es una verdad que se impone. La presencia del tercero integra la fe pública del asiento precedente, que fue el asiento que el tercero examinó al contratar. Es una fe pública a posteriori, al producirse el asiento siguiente en que se cobija el tercero. El asiento al nacer no tiene fe pública. Es una presunción iuris tantum. Al aparecer el tercero, y solamente para él, la presunción iuris tantum se transforma en presunción iuris et de iure (Principio de fe pública relativa).

B) VERDAD SUPUESTA. - Presunciones iuris tantum - . Aquellos hechos afirmados por el funcionario que no son evidencias directas del mismo, sino indirectas, establecen solamente una presunción de verdad, que admite la prueba en contrario, sin necesidad de la prueba de falsedad. Entre estos hechos, González Palomino(37)(292)enumera para el documento notarial: identidad de las partes, juicios de capacidad y aptitud física, voluntad consciente, voluntad seria, etcétera(38)(293). Además de esas evidencias indirectas, el documento público contiene declaraciones de las partes. Estas declaraciones son de dos clases: declaración de voluntad y declaraciones de verdad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las declaraciones de voluntad ante el funcionario competente causan estado, pero únicamente entre las partes. El funcionario no recoge más que el hecho de que a su presencia se hizo la declaración o se tomó la decisión. (La historia del documento notarial en cuanto a su eficacia respecto de las declaraciones de voluntad es la historia de la lucha(39)(294)por la "indisputabilidad de la relación jurídica" a través del juicio aparente y de la confesión in iure).

"Esta decisión (la de las partes) - sigue Plaza, loc. cit., pág. 27 - no es intrínsecamente un hecho; el hecho propiamente será el de que se expresó ante notario, quien, por tanto, no podrá prejuzgar la disposición interna, esto es, la sinceridad de la expresión"... "El documento no puede acreditar inequívocamente aquello que el notario no pudo percibir. Por eso, sin mengua de la fe notarial, y sin necesidad de acudir a la querrela de falsedad, es lícito impugnar la validez de lo convenido, bien por efecto de la simulación... o por obra de los vicios del consentimiento" .

Pero mientras esa impugnación no triunfe, el contenido del documento en cuanto a la declaración de voluntad de las partes sienta una presunción iuris tantum en cuanto a su existencia y validez - realidad y legalidad(40)(295)- en todo aquello que quede dentro de los límites de competencia del funcionario y de la especialidad y finalidad de su función.

Así, por ejemplo: el notario tiene por fin y es de su competencia el dar fe de los contratos, según el art. 1º de la ley del notariado. El contrato - las declaraciones de las partes - aun en aquello que no es evidencia directa del notario existe y es válido en cuanto conste en escritura pública. En cambio, ese mismo contrato no tiene presunción de ninguna clase - a no ser la de invalidez - recibido por un juez municipal, a pesar de que como encargado del Registro civil está autorizado para recibir declaraciones y consentimientos de las partes. A la inversa, el acto de conciliación sería totalmente inoperante como tal, hecho a presencia de notario.

Otra presunción iuris tantum de los documentos públicos es la llamada presunción de permanencia. La situación declarada por un documento o Registro público se supone subsistente mientras no se pruebe lo contrario. El matrimonio autenticado por un acta del Registro Civil se supone vigente mientras no se anote en el margen del acta la sentencia de nulidad o de divorcio. La escritura pública igualmente se supone subsistente en cuanto a su contenido(41)(296). Pero esta presunción iuris tantum, no admite prueba en contrario en perjuicio de tercero:

1) Por modificaciones hechas en escritura pública posterior, no anotada convenientemente en la matriz y su copia con anterioridad a la expedición de la copia, en cuya virtud hubiere procedido el tercero: o no inscrita en el Registro público competente. 1219 Cód. civil).

2) Por modificaciones o alteraciones hechas en documento privado (1230 Cód. civil).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) Por entrega al deudor (o posesión por éste) de los documentos de donde resulte la deuda (arts. 1188 y 1189. a contrario sensu, que se refieren sólo a documentos privados, y por el art. 1230, esto no altera en contra de tercero lo pactado en escritura pública).

C) VERDAD PUESTA. - Principio de prueba por escrito. Pertenecen a este grupo las declaraciones de verdad hechas por las partes y las enunciativas.

Las declaraciones de verdad hechas por las partes al notario no causan certeza en cuanto al hecho narrado, porque el notario procede por evidencia ajena. El documento notarial acreditará que en cierto tiempo y lugar un compareciente dijo algo, pero nunca este algo.

De las enunciativas hay un concepto amplio que abarca todas las enunciaciones de las partes (parte preliminar de un contrato, parte expositiva de una escritura); y otro restringido que se refiere a declaraciones accesorias e interpeladas en las declaraciones de voluntad(42)(297).