REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DOCUMENTO NOTARIAL

CARLOS A. PELOSI

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tercera Parte (Continuación)

CAPÍTULO IX: IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL

SUMARIO

64. Prenociones. 65. Nulidad. 65.1. Teoría de las nulidades instrumentales. 65.2. Invalidez e ineficacia. 65.3. Nulidad total y parcial. 65.4. Nulidades expresas y virtuales. 65.5. Nulidad e inexistencia. 65.6. Nulidad e inoponibilidad. 65.7. Naturaleza jurídica de la invalidez. 65.8. Clasificación de las nulidades. a) Actos nulos y anulables. b) Nulidad absoluta y relativa. 65.9. Documentos nulos y anulables. 1. Documentos nulos. 2. Documentos anulables. 65.10. Nulidades documentales absolutas y relativas. 1. Nulidades absolutas. 2. Nulidades relativas. 66. Conversión formal. 66.1. Conclusiones. 67. Falsedad. 67.1. Consideraciones preliminares. 67.2. Clases de falsedad. 1. Falsedad civil y penal. 2. Falsedad material e ideológica. 67.3. Dinámica del acto falsario. 1. Falsedad material. a) Contrafacción. b) Alteración. e) Supresión. d) Ejemplificaciones. 2. Falsedad ideológica. a) Hechos autenticados y hechos auténticos. b) Las declaraciones del notario. b.1. Actos propios. A) Del mundo interior. B) Del mundo exterior. b.2. Actos ajenos. e) Ejemplificaciones. d) Las declaraciones de las partes. d.1. De voluntad. d.2. De verdad o ciencia. 3. Resumen. 67.4. Argución de falsedad. 1. La cuestión. 2. Antecedentes. 3. Efectos de la argución. 4. Procedimiento para la argución. 5. Coexistencia de la relación de falsedad civil y criminal. 6. Intervención del escribano.

64. Prenociones

Se entiende por impugnación la actividad encaminada a combatir la validez o eficacia de algo que puede tener trascendencia en el campo de lo jurídico(1)(180).
En derecho procesal la impugnación contra las resoluciones judiciales se realiza por medio de los recursos que tienen por objeto lograr su complementación (aclaratoria); su revocación por el propio tribunal que las dictó (reposición); revocación por errónea interpretación de los hechos o aplicación del derecho (apelación); anulación por vicios en el procedimiento y su subsiguiente sustitución (nulidad); anulación por omisión o errónea o defectuosa aplicación de normas constitucionales (inconstitucionalidad); y anulación por no ser derivación razonada del derecho vigente (arbitrariedad)(2)(181).
De ahí que para Ibáñez Frocham el recurso es, en su dinámica, un acto de impugnación de resoluciones judiciales(3)(182). La doctrina italiana acorde con la terminología empleada por el Código de Procedimientos Civiles (Libro II, título III) define los recursos como medio de impugnación en general (art. 323) y reserva la designación específica de recurso para el de casación.

Con relación al documento notarial dos son las causas que pueden dar origen a su impugnación, y según el caso, también son distintos los medios que el derecho positivo ha previsto para obtenerlo.
Si existen vicios en su formación referentes al autor o por defectos de forma, la acción que cuadra es la de nulidad. Si en cambio existe mutación de la verdad, hay lugar a la falsedad, que será ideológica o material, según se trate del contenido o de la autenticidad externa; todo ello con las particularidades que serán examinadas.
Anticipo que con respecto a la falsedad, es la alteración de la verdad formal como tal, por eso se llama falsedad documental, y no de la verdad sustancial, porque esto último importa simulación, que es un vicio del acto Jurídico y no del documento. No se simulan documentos, sí en cambio se los imita para que aparezcan como auténticos y se los altera en lo que atañe a su autoría, la genuinidad de sus formas o la veracidad que deben tener las menciones del notario que asignan al documento carácter de instrumento publico y hacen plena fe "erga omnes".
La nulidad y la falsedad son los dos estados que ofrece la patología del documento notarial. En materia de nulidad ésta puede referirse a una invalidez absoluta e insanable o bien relativa que, mediante los remedios creados por el derecho, puede convalecer y sanar.
En la nulidad se priva de efectos al documento debido a causas provenientes de su formación, y por lo tanto, son causas originarias. En la falsedad puede haber además causas sobrevinientes, como en el caso de adulteración de un documento auténtico.
González denomina a la doctrina de la nulidad instrumental, teoría de las anormalidades(4)(183). Dentro de esta teoría debería hacerse comprender la falsedad documental, que él no trata.
Según Cariota Ferrara(5)(184), anormalidad es un término del lenguaje común que no resulta expresivo. Importa una disconformidad jurídica limitada a aquellos vicios que se refieren a la estructura y a la función propias del negocio. Estaría confirmado en parte por Betti, que hace versaruno de sus capítulos sobre las anormalidades y en el siguiente trata la invalidez y la ineficacia acordando a las primeras un carácter genérico(6)(185).
Por su parte Larraud(7)(186)considera que los estados de la patología del documento notarial configura el documento irregular, que afecta dos planos primordiales de su biología: el de su verdad y el de su validez.
La irregularidad es un vicio de menor entidad, una desviación jurídica que no tiene mayor importancia y puede ser purgada con una pena disciplinaria(8)(187). Serían estrictamente irregularidades aquellas inobservancias de formalidades que, a tenor del art. 1004 del Código Civil, no anulan las escrituras.

65. Nulidad

65.1. Teoría de las nulidades instrumentales

El estudio de las nulidades instrumentales o formales del documento

autorizado por notario tiene un campo no claramente delimitado, pero susceptible de ser marcado o separado dentro del derecho notarial.
Para hacerlo, habrá que examinar primero el régimen de las nulidades establecidas por el Código Civil, su clasificación y su funcionamiento.
Ello así, porque todos los Códigos tratan específicamente de las nulidades de los actos o negocios jurídicos. Toda teoría está referida a ellos, pero sin embargo existen disposiciones que señalan específicamente las nulidades de las escrituras públicas (arts. 1004 y 1005) así como de los instrumentos públicos (arts. 980, 983, 985, 986, 988, 989), y de algunos documentos en particular (arts. 3647 y 3658).
Como no se habla de nulidades de hechos (nacimiento, muerte, etc.) sino de actos jurídicos, cabe preguntar si el documento es un acto o un hecho jurídico.
Ya hemos visto (Capítulo I, punto 3) que, prescindiendo de su contenido, el documento es una cosa que representa a otra. Es un opus, esto es, el resultado de una labor.
Sostiene Larraud(9)(188)que el documento no es un acto jurídico en sí mismo, sino el resultado de un acto. Pero los problemas de la nulidad formal no han de quedar al margen de aquella teoría general ni ignorar sus principios.
Señala que existen en el documento notarial nulidades de forma que afectan directamente el acto y formales, por virtud de un vicio del documento que proyecta sus consecuencias en el documento y de modo indirecto al acto.
El documento notarial es una forma jurídica pero se realiza por un acto de voluntad del agente, subraya, y, en consecuencia, puede tenertantos defectos como defectos tenga la voluntad de un sujeto del negocio pudiendo afectar más o menos seriamente la validez del documento.
Esto ya permite adelantar que las nulidades pueden provenir de vicios que afectan al notario (capacidad, competencia, etc.) o a los requisitos de forma.
En cualquier caso, para determinar el concepto de documento anulable o nulo y de nulidad absoluta o relativa es necesario examinar el sistema de nulidades instituido por el Código Civil para los actos jurídicos. Asimismo es conveniente aclarar algunas nociones sobre el tema de nulidades.
Como lo explica Camuso(9bis)(189), junto a la teoría de las nulidades "se desarrollan las nociones preceptoras de las nulidades, luego recogidas por las distintas disciplinas del saber jurídico, que las tienen por suyas, inadmitentes cambios, como no sea el de la simple adecuación a las exigencias particulares de cada rama, con la evidencia de que el sistema troncal sigue respondiendo a la teoría general de las nulidades. El fenómeno se observa en la generalidad del territorio de lo jurídico, alcanzando también a lo formal".

65.2. Invalidez e ineficacia

El término preciso para englobar la nulidad y la anulabilidad es el de

invalidez. Ya se verá cuándo existe un vicio u otro.
Hay que establecer la diferencia que existe entre invalidez e ineficacia.
La ineficacia es un concepto genérico y la invalidez una especie. Pueden ser confundidas e identificadas porque producen los mismos efectos.
Por invalidez se entiende que el acto (o documento) se halla impedido de producir sus efectos propios en todo o en parte por faltarle o estar viciado alguno de los elementos o requisitos esenciales.
Hay supuestos de ineficacia que no provienen de estos vicios, sino por el no cumplimiento de una condición a la que subordinó el negocio.
Las causas de la invalidez son, como se ha dicho, la nulidad y la anulabilidad.
Para Stolfi(10)(190)la invalidez proviene de causas intrínsecas; la ineficacia viene de causas extrínsecas. Así por ejemplo, en una compraventa en la que no se pacta el precio, hay invalidez por faltar un elemento necesario. Si la compraventa es válida pero pendiente de una condición, si queda sin efecto por el no cumplimiento de la condición, hay ineficacia.
Expresa Messineo(11)(191)que válido (o perfecto) es el negocio cuando contiene todos los requisitos de ley genéricos y específicos (o voluntariamente añadidos por las partes); y cuando ello sea lícito.
Eficaz es el negocio cuando además de ser válido es idóneo para producir, sin más, sus efectos normales.
Por tanto la ineficacia supone negocios válidos y perfectos, pero cuyos efectos no aparecen o quedan extinguidos por causas extrínsecas (actos condicionales, resolubles, rescindibles, revocables). Por ejemplo: El testamento de un soltero queda ineficaz al contraer matrimonio, pero no exactamente inválido.
De lo dicho se sigue que en el documento notarial no hallaremos el que sea ineficaz sino solamente el inválido. Con latitud de criterio podría decirse que se opera la ineficacia de los documentos válidos cuando hay falsedad material por alteración.

65.3. Nulidad total y parcial

En los actos jurídicos se distingue la nulidad total de la parcial, según que el vicio se extienda a todo el acto o a parte del mismo. Esto último, admitido por el art. 1039 del Código Civil, es posible cuando el contenido del acto pueda dividirse sin que se destruya la esencia del conjunto.
La nulidad formal es siempre total. El documento es considerado como una unidad y si está viciado alguno de sus elementos o requisitos, la invalidez afecta a todo el documento sin poder rescatarse partes válidas.
En España la legislación notarial expresamente reconoce la nulidad formal parcial del documento. El art. 26 de la ley del notariado de 1862 dispone que serán nulos las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al final de éstas con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento. También se consideran nulos las

abreviaturas y guarismos utilizados en la expresión de fechas y cantidades, salvo las abreviaturas que exceptúa el art. 151 del reglamento notarial.
En nuestro derecho, para el primer caso, según el art. 989 del Cód. Civil es anulable todo el documento, y si las cantidades que se entregan en presencia del escribano se designan en números, se trataría de una nulidad implícita, por transgredir lo establecido en el art. 1001, atendiendo a la doctrina que admite las nulidades virtuales, y sería a mi juicio de carácter relativo.
La ley notarial italiana de 1913, en el art. 58, inciso 3, declara nulo el documento sólo en la disposición contemplada en el art. 28 inc. 3, es decir, la que interese al notario, su mujer o alguno de sus parientes o afines en línea recta en cualquier grado y en la colateral hasta el tercer grado. En el mismo sentido la ley de México (D.F. y T) establece en el art. 86 apartado VIII que, cuando no le está permitido al notario por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura o del acta, solamente es nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho cuya autorización no le esté permitida y valdrá respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso.

65.4. Nulidades expresas y virtuales

Dispone el artículo 1037 del Código Civil que los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen.
Como expresó Llambías(12)(192), esta disposición plantea la llamada cuestión de las nulidades implícitas. Se trata de establecer si, conforme a aquel precepto, es indispensable que la sanción de nulidad esté formalmente expresada en el texto, o si es posible que el intérprete descubra una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de cierto acto jurídico, de manera que queda excluida tácitamente la validez de éste sin una explícita determinación en ese sentido.
El mismo Llambías señala que según la opinión de Segovia, Llerena, Salvat, Etcheverry Boneo y Neppi, a la que adhiere, nuestro ordenamiento Jurídico no rechaza las nulidades virtuales. En cambio Machado, Lafaille y Moyano opinan que en nuestro derecho no hay nulidades implícitas.
La cuestión se traslada a las nulidades formales. Las opiniones están divididas. Por mi parte no acepto las nulidades virtuales y esta posición ha tenido repetida aplicación jurisprudencial al rechazarse la existencia de posibles nulidades de escrituras públicas por falta de texto expreso que las decreto.

65.5. Nulidad e inexistencia

El acto inexistente nació en Francia. Fue un fruto del ingenio francés, donde tuvo sus continuadores y también sus impugnadores.

A partir de Zachariae(13)(193)surgió la expresión de "acto inexistente" que no es legislativa, por lo que no figura en los textos respectivos. También Aubry y Rau hablaron del acto "non avenu"(14)(194)
Dentro de esta teoría se considera que no existe el acto cuando falta alguno de los elementos sobre los cuales gira la validez; esto es, voluntad referida a la incapacidad o vicio del consentimiento, objeto ilícito o prohibido; y forma, cuando es exigida por la ley "ad solemnitatem".
Entre inexistencia y nulidad no hay diferencias sustanciales. Inexistencia no es una expresión técnica. En el derecho no se pueden oponer el ser o no ser; el existir o no existir; pero sí el valer o no valer. Los actos valen o no valen.
La inexistencia, escribe Llambías(15)(195), es una acción conceptual, no legal, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este so ser acto jurídico se lo designa adecuadamente con la denominación de "acto jurídico inexistente".
Ha dicho con acierto Nieto Blanc(16)(196)que "cuando se habla de actosjurídicos nulos, se usa una figura metafórica o más bien elíptica, que no designa un acto jurídico existente, sino que, como dice Rubino, "constituye una cómoda expresión para mentar una «no - entidad», un «no - negocio». Cuando se dice que un negocio jurídico es inválido (y para el caso lo mismo ocurre con el documento notarial), lo que rectamente quiere significarse es que un determinado acto (concreto) no llega a materializar el propósito a que tiende, de conformar el respectivo modelo o esquema legal con el cual se confronta".
Apunta López Olaciregui(17)(197)que "nuestro Código no utiliza la noción de inexistencia, no la menciona como categoría de la nulidad ni tampoco la erige en noción autónoma. Este silencio no descarta que el intérprete pueda distinguir la no existencia de un acto jurídico como situación distinta de la que resulta de su invalidez".
Comparte la tesis moderna de la que la categoría de la inexistencia no es una forma de nulidad; es una noción autónoma. La noción que admite está reservada para el caso de que se compruebe el no otorgamiento del acto. Formula objeciones a las ideas de Llambías y de Borda.
En este punto también está dividida la doctrina.
En el documento notarial, los ejemplos típicos de los que podrían denominarse inexistentes son:
a) La escritura pública que no fuese autorizada por el notario. Como lo expresa la nota al art. 987 del Cód. Civil, no vale ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por el oficial público no tiene ni la apariencia de un instrumento público. En materia de matrimonios, en la que ha tenido origen y mayor aceptación la teoría de la inexistencia, uno de los supuestos que determinan esta categoría es la ausencia de oficial público.
b) El documento que debiendo revestir forma protocolar no estuviese extendido en el protocolo, pues le falta uno de los elementos esenciales.

Hay estudiosos del derecho notarial que, en estos casos, como en otros, sostienen que nos hallamos frente a documentos inexistentes.
Se parte para ello de la consideración de que en los documentos notariales habría elementos de existencia y requisitos de validez, Si falta alguno de los primeros no hay documento (inexistencia) y si en cambio falta alguno de los segundos el documento sería inválido (nulidad). Pero hay civilistas que sostienen que esa distinción es excesivamente sutil en lo que respecta a los actos jurídicos.
Por mi parte, sin dejar de reconocer la fuerza de la argumentación esgrimida, creo que debe hablarse de documento nulo, para seguir así la sistemática del Código, que no reconoce la diferencia entre nulidad e inexistencia. Ya he dicho que las nulidades instrumentales deben insertarse dentro de la teoría de la nulidad de los actos jurídicos, según el método seguido por el Código.
En fallo dictado por la Cámara 1ra. de Apelaciones de Bahía Blanca el 30 de setiembre de 1976, con respecto a una escritura de compraventa enla que había sido falsificada la firma del vendedor, se consideró que si en nuestro derecho se admitiera la teoría de los actos inexistentes podría ser uno de los casos en que cabría calificar así la escrita, en la que el propietario, supuesto transmitente de la cosa, ha estado ausente. Pero reconoció que se trataba de una cuestión controvertida, sobre la cual no era pertinente pronunciarse y se inclinó por declarar la nulidad absoluta de la escritura(18)(198).

65.6. Nulidad e inoponibilidad

En la doctrina francesa se ha elaborado la teoría de los actos inoponibles, que son válidos entre las partes pero no producen efectos respecto de terceros.
Dos de las categorías de actos inoponibles, según la sistematización de Bastión(18bis)(199), citado por Martínez Ruiz, son la inoponibilidad por falta de publicidad y por defecto de forma.
Pero si bien el defecto de forma se refiere al instrumento i: por faltar la forma requerida cuando se exige la escritura pública) la inoponibilidad afecta al acto y no al documento. Este se ve más claramente en la inoponibilidad por falta de publicidad o de inscripción registral (art. 2º ley 17801) pues el documento puede ser válido pero inoponible el acto que contiene, por falta de registración.

65.7. Naturaleza jurídica de la invalidez

Doctrinariamente se considera la invalidez como sanción. Para otros es una reacción del ordenamiento jurídico que puede acarrear una sanción. Producido el hecho violatorio de la norma surge la sanción.
Indican Llambías(19)(200)y Borda(20)(201)que la nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa en el momento de la celebración.

Cabe distinguir en esta definición tres notas características de las nulidades:) Ser establecidas por la ley (expresas o virtuales; b) Privar de sus efectos normales al acto y c) La causa de la sanción es contemporánea con la celebración del acto, no puede sobrevenir; el vicio debe ser congénito.
Estas notas coinciden con la nulidad del documento notarial, y respecto de la última ya quedó señalada al establecer la diferencia entre invalidez e ineficacia.
El concepto general de que la invalidez es una sanción no ha sido aceptado por Nieto Blanc. En un artículo publicado en La Ley(21)(202)que desarrolló con más amplitud en una obra recomendada al Premio Facultad distingue entre invalidez y acto ilícito. La primera significa que las partes se han apartado de los supuestos establecidos por la ley, no hay lesión de derechos subjetivos. Por ej.: un testamento ológrafo mal hecho o la venta de un inmueble por documento privado. En estos casos se viola la ley pero no se lesionan derechos subjetivos. En el acto ilícito sí hay una sanción, que se traduce en el resarcimiento de daños y perjuicios.
En el acto ilícito hay violación de las normas prohibitivas. En la invalidez, hay violación de las normas ordinarias (llamadas así por Cariota Ferrara). En el otro caso, violación a un derecho subjetivo, a un "status", a una potestad. Cabe aquí la sanción en sentido estricto. A veces la invalidez puede provocar sanción cuando existen otras consecuencias que lleven a la reparación de daños y perjuicios, pues una misma conducta englobada en una norma puede producir uno o más efectos.
Agrega que si la nulidad fuese siempre una sanción no se justificaría lo de nulidad relativa en aquellos casos de dolo recíproco o en que no se puede alegar la nulidad (v.gr. art. 1049). Si la nulidad entra en el campo de lo ilícito la división entre nulidades expresas y virtuales no puede aceptarse. El art. 1066 delimita el campo de lo ilícito.
En síntesis, para este autor la violación de la norma puede ser de dos clases: a) Ordenativas (no hay lesión de derechos subjetivos); b) Prohibitivas (hay violación o transgresión de otro tipo que acarrea una sanción).
A su vez López Olaciregui(22)(203)dice que en el campo del derecho la noción de sanción debe reservarse a los casos de ilicitud o antijuridicidad (vicio de error, por ejemplo). La indemnización tiene el contenido reparador que caracteriza a las sanciones civiles.

65.8. Clasificación de las nulidades

El sistema de las nulidades de los actos jurídicos en el Código Civil argentino está asentado en una doble clasificación. Conviene examinarlo porque sus principios son aplicables a las nulidades instrumentales.
La primera distingue los actos nulos y los anulables. - La segunda la nulidad absoluta o relativa.

a) Actos nulos y anulables

Contra la tesis de quienes identifican los actos nulos con la nulidad absoluta y los anulables con la relativa (v.gr. Spota)(23)(204), que, sin duda, simplifica el sistema y es el criterio de la clasificación difundida en el derecho comparado, pero no es la solución de nuestro Código, debe tenerse en cuenta que tanto los actos nulos como los anulables pueden estar alcanzados por la nulidad absoluta o la relativa.
Los actos nulos, o nulidad de pleno derecho, están determinados en losarts. 1041, 1042, 1043 y 1044. Para Llambías(24)(205)se caracterizan porque adolecen de una falla rígida, determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los actos de la misma especie.
Los anulables, mentados por el art. 1045, para el mismo Llambías(25)(206)son los que padecen una falla que, por su propia índole, se presenta fluida, indefinida, variable en los actos de la misma especie e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial.
Entre otras opiniones cabe citar la que se remite a la visibilidad del vicio. Serían nulos aquellos actos en que resulta manifiesta u ostensible su invalidez, y si en cambio es oculta o no manifiesta, serían anulables.
Así Borda(26)(207)expresa: "acto nulo es aquel cuyo vicio se halla manifiesto, patente, en el acto mismo. En este caso, el papel del juez es pasivo, se limita a comprobar la existencia de una invalides declarada de pleno derecho por la ley. Es una nulidad precisa, rígida, insusceptible de estimación cuantitativa, taxativamente determinada por la ley".
En cambio, prosigue, "en el acto anulable, la causa de la invalidez no aparece manifiesta en él, sino que es necesario una labor de investigación o apreciación del juez"; por sí misma la ley es impotente para aniquilar el acto. La anulación depende de circunstancias de hecho, es flexible, variable, susceptible de valoración judicial; la invalidez no resulta ya de una simple comprobación de la existencia de los presupuestos legales, sino que el juez debe integrar con su juicio lo dispuesto en la norma, para llegar a ese resultado.
Señala Borda que se ajusta a las enseñanzas de Llambías, cuyos estudios han arrojado tanta luz sobre esta cuestión.
Sin embargo, Llambías cita como una de las opiniones distintas a la suya, la que funda la distinción en la visibilidad del vicio. Por el contrario, introduce una tercera clasificación consistente en nulidades manifiestas y no manifiestas, según que el vicio que obsta a la validez del acto esté patente en el mismo, o por el contrario se halle oculto de modo que requiera una investigación para ponerlo - de relieve(27)(208).
Llambías, además, a los actos nulos los denomina nulidades de derecho y a los anulables, nulidades de apreciación judicial, y sostiene que da origen a nuestro sistema legal la diferenciación que hace entre las nulidades manifiestas y no manifiestas o dependientes de juzgamiento la terminología del Esboço de Freitas, a quien ha seguido el codificador.
Tanto en su tratado como en la obra escrita con Arauz Castex(28)(209)se brinda una noción más clara de la distinción entre actos nulos y

anulables. Conviene reproducir parte de lo que expresa al respecto:
"La ley puede, por sí misma y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado... En la segunda situación, la ley por símisma es impotente para aniquilar el acto.... En esta segunda situación la ley no puede sino establecer un principio de sanción que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presenta... es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial. Si en la primera situación, en razón de que la causa de invalidez es rígida, definida, invariable, insusceptible de estimación cuantitativa, la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo; en la segunda situación no puede sino reputarlo anulable, susceptible eventualmente de ser anulado por la sentencia que determine, defina y declare que la causa de imperfección existe y aun a veces que ella reviste la intensidad suficiente como para arrastrar la invalidez del acto".
Entre los que identifican actos nulos con nulidad manifiesta y anulables con las no manifiestas, se encuentra Buteler(29)(210).
Pero lo más apropiado para caracterizar las nulidades manifiestas es considerar como tales cuando la nulidad está impuesta por la ley misma y es en este sentido que ella la considera manifiesta. Así se expide Salvat(30)(211), quien recuerda lo que establece al respecto el art. 1038: "La nulidad de un acto es manifiesta cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo o le ha impuesto la pena de nulidad". A este último respecto no es indispensable que en la fórmula legislativa se emplee sacramentalmente el vocablo "nulidad". A veces el Código menciona las palabras "acto nulo" o "acto inválido" o "para la validez del acto es necesario... del", o "son de ningún valor...", etc.
Corresponde señalar que los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (art. 1046). Los actos nulos se consideran tales aunque su nulidad no haya sido juzgada (art. 1038).

b) Nulidad absoluta y relativa

La separación entre nulidades absolutas y relativas se basa esencialmente en el interés que resulte perjudicado. Están contempladas en los arts. 1047 y 1048, concordantes con los arts. 1683 y 1684 del Código de Chile y con los arts; 806 a 809 y 811 a 813 del Esboço de Freitas.
En dichos artículos se fijan los principales caracteres de la distinción pero no se enumeran los casos de una y otra nulidad.
La nulidad absoluta se da cuando el interés vulnerado es el social o de orden público. Por eso dispone el art. 1047 que puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración

por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley.
Sin embargo se conoce también el criterio de la esencialidad para calificar a las nulidades de absolutas. El acto jurídico estaría viciadode nulidad absoluta cuando le faltan algunos de los elementos esenciales indispensables para su existencia.
Para Alsina Atienza(31)(212)el interés jurídico desempeña un papel importante en el funcionamiento de las nulidades.
La relativa es la que afecta un interés particular. De ahí que el art. 1048 establece que no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.
Claro está que la noción de orden público es variable por las circunstancias de tiempo y espacio. Se han proporcionado explicaciones doctrinarias que no satisfacen. Según Despagnet(32)(213)se refiere al conjunto de reglas que, dadas las ideas particulares admitidas en país determinado, afectan los intereses esenciales de ese país. Para Busso(33)(214)es criterio casi unánime en la doctrina considerar leyes de orden público aquellas que han sido dictadas en el interés de la sociedad, por oposición a las dictadas preferentemente en mira del interés individual.
La diferencia fundamental entre nulidad absoluta y relativa radica en que esta última es confirmable y prescriptible, y la primera no. En cuanto a la prescripción, un sector sostiene que no son prescriptibles las nulidades absolutas y otros, por el contrario, opinan que rige la prescripción decenal del art. 4023. Una tercera tesis se inclina por la imprescriptibilidad del acto inexistente y admite la prescripción del art. 4023 en los actos invalidados por la voluntad del legislador(34)(215).

65.9. Documentos nulos y anulables

Aplicando el criterio de distinción que se ha explicado en el punto 55.7.a, en el documento notarial corresponde efectuar la siguiente división:

1. Documentos nulos

a) En razón del autor:

a.1 Falta de firma del autorizante (ya se ha explicado que algunos consideran que en este caso debe hablarse de inexistencia).
a.2 Falta de competencia material, territorial y personal (arts. 980 y 985 Cód. Civil).
a.3 Falta de investidura o capacidad (art. 983).
b) Por razón de los sujetos instrumentales:
b.1 Falta de firma de alguno de los comparecientes.
b.2 Falta de la firma a ruego cuando corresponda.
b.3 Falta de firma o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuese requerida o necesaria.

c) Por razón de la forma:
c.1 Extensión del documento en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo (lo que se asemeja igualmente al supuesto de inexistencia).
c.2 Inobservancia de las formalidades enumeradas en el art. 1004 primera parte.
c.3 Transgresión al orden cronológico (art. 1005).

2. Documentos anulables

a) Por declaración de falsedad material o ideológica (art. 989).
b) Cuando tuviese enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al fin (art. 989).

65.10. Nulidades documentales absolutas y relativas

En aplicación del concepto antes expresado, deben considerarse:

1. Nulidades absolutas

a) Las provenientes de las causas antes citadas para los casos de nulidad por razón del autor de los sujetos instrumentales, transgresión del orden cronológico y falta de protocolo.
b) Los casos de anulabilidad por incorrecciones, por falsedad, falta de lectura en el testamento y falta de unidad de acto en el testamento, o falta de las menciones establecidas en el art. 3657.

2. Nulidades relativas

Con respecto a la inobservancia de las formalidades mencionadas en la primera parte del art. 1004, a salvo de las que se han indicado en razón de los sujetos instrumentales - escritura que no está hecha en el idioma nacional y otros que pueden considerarse defectos de forma (y en algunos casos de redacción), o nulidades implícitas - la mayoría entiende que son absolutas.
Por mi parte, al tratarse el tema de la nulidad y anulabilidad por razones instrumentales en la Reunión 25º Aniversario del Colegio de Entre Ríos(35)(216)sostuve que las nulidades por defecto de forma son relativas.
Es pertinente la ocasión para que exponga los fundamentos de mi tesis, sin dejar de reconocer la autoridad de la posición mayoritaria y, sobre todo, demuestre que no estoy solo en esa tesitura.
a) Entre otras ventajas que se atribuyen a la forma cabe recordar que, para Ihering, sirve para que los pactos no se concluyan precipitadamente, sino con prudencia, reflexionando con madurez todas sus consecuencias(36)(217).
En el mismo sentido expresa Borda(37)(218)que en el derecho moderno

lasformalidades tienen importantes ventajas: a) facilitan cuando no aseguran, la prueba del acto; b) protegen contra la ligereza y la impremeditación, sobre todo en ciertos actos trascendentales; c) dan fijeza a la conclusión del negocio y permiten distinguirlo de los actos preparatorios; d) tienden a la publicidad del acto y, particularmente los registros, tienen como resultado la protección de los derechos de terceros; e) desde el punto de vista fiscal, facilitan la percepción de impuestos, pues el oficial público que interviene en la celebración actúa como agente de retención; f) aumentan la capacidad circulatoria de ciertos derechos de crédito, como en el caso de los títulos al portador.

Se deduce de esas motivaciones que en la generalidad de los casos la forma esté impuesta en beneficio del interés particular de las partes. Por la misma razón excluyo aquellos supuestos en que la forma es decretada "as solemnitatem" porque entonces el rigor formalista deriva de un interés público o social.

b) Al estudiar la confirmación, Salvat(38)(219)destaca que ha sido discutida la cuestión acerca de si las escrituras públicas nulas por defecto de forma son susceptibles de confirmación, es decir, si se trata de una nulidad absoluta (que no admite la confirmación) o relativa.

Aunque no le parecen decisivos los argumentos, agrega: la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido que estas escrituras son susceptibles de confirmación, en mérito de las razones siguientes: 1ª: que la nulidad por defectos de forma, si bien es una nulidad manifiesta, no es de carácter absoluto; 2ª: que una cosa es la nulidad de un acto prohibido por la ley por razones de interés social y otra la nulidad por defectos de forma; en el primer caso es una nulidad absoluta, irreparable; en el segundo, tratándose de una escritura de compraventa nula por falta de transcripción de poderes: "un error, un defecto de forma del instrumento, no compromete irrevocablemente la substancia del acto, desde que tratándose de relaciones contractuales que no afectan intereses de orden público ni principios fundamentales de la moral y buenas costumbres, las partes interesadas pueden en cualquier tiempo hacer desaparecer el error o el defecto del instrumento del contrato por medio de la rectificación del acto, subsanando la omisión o el error en que el oficial público hubiera incurrido"; 3ª: que "si los actos de los menores de edad, de las mujeres casadas y de los incapaces, nulos según la ley por el defecto de representación, son susceptibles de confirmación (arts. 1045 y 1060, Cód. Civil)" ¿en virtud de qué fundamento racional o legal se negaría este resorte para dar validez a los actos cuando se trata de una omisión o error perfectamente subsanable con la concurrencia de las mismas partes que celebraron el acto y la transcripción de la cláusula omitida?

c) Antes de la reforma introducida por la ley 15876 el art. 1004 consideraba nulas las escrituras que no tuviesen las procuraciones o documentos habilitantes.

Copiosa fue la cantidad de fallos dictados sobre esta materia y el criterio jurisprudencial estuvo dividido en dos corrientes; la que consideraba

absoluta la nulidad y la que, en cambio, reputaba que era relativa.
Muchos de los fallos favorables al criterio más benigno se encuentran citados por Petracchi en su trabajo presentado a las III Jornadas Notariales Argentinas(39)(220).
d) El ilustre notario Pedro Luis Boffi que tenía una profunda agudeza para el análisis de las cosas del notariado, planteó también el problema de si la nulidad por defecto de forma es absoluta(40)(221)y se refirió concretamente al acto jurídico formalizado por medio de una escritura pública en la que el escribano omite la transcripción obligatoria por la ley de un documento habilitante.
Como la ley no ha dicho cuándo existe nulidad absoluta ni cuándo nulidad relativa, suplió esa deficiencia con una investigación del motivo legal de una y otra nulidad. Llegó a la conclusión que cuando el acto es lícito pero falta capacidad o hay vicio de forma, la nulidad es relativa.
e) En un trabajo del escribano Alfredo Maidagán que obtuvo el primer premio en el concurso realizado por el Colegio de Escribanos de la ciudad de Rosario(41)(222)cita un fallo de la Cámara Civil de Apelaciones de la Capital Federal de fecha 8 de octubre de 1892 (Revista de legislación y jurisprudencia " de Carette, tomo VI, pág. 36) en el que hizo suyas las opiniones contenidas en el voto del vocal Dr. Pico.
Dicho magistrado, entre otras consideraciones, dijo: "...Se ha hecho a este respecto una distinción importante en lo que se refiere a nulidades absolutas, separando las que son nulas por defectos de forma de las que lo son por estar terminantemente prohibidas por la ley. La ley no ha definido la nulidad absoluta, se ha dicho, y en tal concepto se ha entendido que ha sido su voluntad dejar al arbitrio de los magistrados discernir cuáles deben considerarse inexistentes, aniquiladas definitivamente por sus propios vicios y cuáles son susceptibles de renacer a favor de una reparación de los defectos que contienen".
"Se trata en este caso de la nulidad de un acto, no por estar prohibido por la ley, ni por ninguna razón que afecte al acto mismo, sino por ser nulo el respectivo instrumento de que consta, y aún más, esta nulidad del instrumento procede sólo de un defecto de forma en la redacción de la escritura, imputable al escribano autorizante... Sea o no una nulidad absoluta, sea lícito o no hacer distinciones de esta especie de nulidades, para saber cuáles actos son susceptibles de confirmación y cuáles no, la sola razón y el simple buen sentido imponen como una evidencia que el acto afectado por un vicio de esta naturaleza es confirmable, desde que puede rehacerse, desde que puede salvarse sin dificultad el defecto que lo invalida".
f) Con posterioridad a todos los fallos que citan Salvat, Petracchi y Maidagán, la Cámara Civil 2ª de la Capital con fecha 28 de marzo de 1940(42)(223)sentó la siguiente doctrina: "Las deficiencias invocadas para pedir la nulidad de la escritura de compraventa impugnada, consistente enla falsedad de datos sobre la identidad de los compradores, falta de firma de las partes y ausencia de procuraciones o documentos habilitantes, son formales". La nulidad sería, pues, relativa y

no absoluta.
El camarista Dr. Francisco D. Quesada, en su voto, conceptuó que las deficiencias apuntadas son formales y que en el más favorable de los supuestos para el actor se trata de una nulidad relativa y no absoluta y el derecho ejercitado estaría prescripto por el transcurso del tiempo máximo que establece el art. 4023 del Cód. Civil.
g) Con relación al testamento, acto solemne por antonomasia, opina Borda(42bis)(224)que si bien el testador no puede confirmar un testamento nulo por defectos de forma (art. 3629), sí pueden hacerlo los herederos y que la confirmación resulta ordinariamente de la ejecución del legado por el heredero, conociendo el vicio que lo invalidaba y puede resultar de un acto expreso o del transcurso del término de la prescripción de la acción para reclamar la nulidad. Todo lo cual quiere decir evidentemente, a mi juicio, que la nulidad es relativa.
A su vez expresa Fornieles que "las partes interesadas pueden renunciar a hacer valer las nulidades de un testamento, cumpliéndolo como si fuera válido, porque, como enseña Troplong - 3 Nº 1745 - : "los testamentos no son en tal modo de orden público que no se pueda renunciar por una causa de interés privado, a los vicios de forma que contienen". Esta doctrina ha sido admitida por nuestra jurisprudencia - J.. Civil, 123, pág. 376 y J.A., 4, pág. 371 -. "...La regla es que sólo se corrigen los vicios de forma de un testamento, con lo que se quiere expresar que nos apoyamos en un instrumento que ha adquirido cuerpo pero que es incompleto"... Así: "el menor número de testigos en los testamentos públicos, la incapacidad de alguno de ellos, la falta de lectura, etc., son vicios confirmables, como lo son en el ológrafo la omisión de la fecha, la intercalación de palabras, etc.".
h) En las dos obras que se conocen de Carlos Emérito González(43)(225), incluye un cuadro de las nulidades que él llama anormalidades como antes se ha dicho, y considera a unos nulos y a otros anulables pero en todos los casos establece que es confirmable, salvo los casos de falta de firma de los otorgantes o de la firma a ruego, y de la autorización por el notario. De donde se sigue que todas las demás son consideradas por él nulidades relativas y ello obedece sin duda a su pensamiento de que la sanción debe recaer sobre el autorizante y no sobre el instrumento.
i) El legislador ha tratado la materia de las nulidades con criterio restrictivo para Larraud(44)(226), lo que se expresa en la aplicación de tres principios fundamentales que son: de la excepcionalidad, de la finalidad y de la subsanabilidad.
Respecto del último, expresa que la invalidez del instrumento notarial es, por lo general, relativa y no absoluta.
En la nota a este punto consignada por el Instituto Argentino de Cultura Notarial, a la que soy ajeno, se apunta que es nulo y no puede conformarse el documento autorizado por oficial público fuera de los límites de su demarcación (art. 980, Cód. Civil argentino); o si él o su cónyuge o pariente dentro del cuarto grado, estuviesen personalmente

interesados (art. 988) o del oficial público (arts. 986 y 987) o si la escritura se otorga fuera del protocolo, carece de numeración, rúbrica o sello, según las leyes aplicables (art. 998) o cuando el testamento no tuviere las formas debidas (art. 3629). Fuera de estos supuestos, dice, en que el documento carece de elementos esenciales o sustanciales, en los demás es confirmable.

j) En el derecho español, a tenor de lo dispuesto en el art. 146 del reglamento notarial, los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados por el notario autorizante, su sustituto o sucesor en la notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsana. Si fuera imposible hacer la subsanación en la forma indicada anteriormente, se podrá ésta obtener por cualquier medio de prueba admitido en derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente.

Esta disposición concuerda con el art. 27 de la ley orgánica, según la cual serán nulos los instrumentos públicos, entre otros supuestos, cuando el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el art. 23 de la ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario.

De estos preceptos legales surge, sin duda, que el ordenamiento español no considera que los defectos de forma afecten el orden público, y las nulidades que se derivan pueden considerarse relativas.

k) Aunque la noción de orden público varía en el tiempo y en el espacio, es importante señalar que la jurisprudencia americana considera que las exigencias de forma tienen por fin la protección de un interés privado y no de un interés público; criterio que también se ha seguido por la jurisprudencia suiza, la cual, además, ha intentado remediar las consecuencias de la nulidad por vicios de forma, y en una serie de decisiones limita el derecho de invocarlos cuando tal invocación constituye un abuso de derecho. Todas las veces que el acto anulable (que es susceptible de confirmación) ha sido voluntariamente ejecutado en conocimiento de la anulabilidad se torna válido y puede igualmente ser válido por el transcurso del tiempo de la prescripción(44bis)(227).

66. Conversión formal

Se entiende por conversión formal el fenómeno jurídico operado por imperio de la ley, en virtud del cual un instrumento público nulo que reúnedeterminadas condiciones, se transforma en otro instrumento sucedáneo al frustrado, equiparado al privado, el que cumple esencialmente con los fines probatorios que las partes tuvieron en vista al otorgar el primero.

Los supuestos de aplicación en nuestro Código están contemplados en el art. 987 que para la conversión formal exige concurran los requisitos

comunes a todas las legislaciones, es decir:
a) Que el acto emane de un oficial público;
b) Que esté firmado por las partes.
La aplicación del instituto se refiere a los casos de:
a) Incompetencia; y
b) Falta de las formas debidas.
Está claro que la norma no mienta la incapacidad del oficial público, no obstante que el Código, además de establecer la invalidez del instrumento cuando el oficial público no obre en los límites de sus atribuciones, respecto de la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (art. 980 con las - excepciones del art. 981) declara también sin valor los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido o reemplazado, etc. (art - 983).
Llama la atención que Vélez Sársfield a pesar de haber tomado como fuente el art. 1318 del Código Civil francés, reproducción del art. 68 de la ley notarial del 25 de Ventoso, año XI, que incluye también el caso de incapacidad del oficial, no haya extendido a este supuesto la aplicación del instituto.
Sin embargo la doctrina nacional ha interpretado que es extensiva a esa hipótesis.
Opina Machado(45)(228)que la inteligencia que debe darse a la expresión de funcionario incompetente se refiere también a cuando el mismo hubiera sido suspendido, destituido o reemplazado.
Hace notar Salvat(46)(229)la diferencia de nuestro artículo 987 y el artículo 1318 del Código francés, en cuanto el primero no enumera el caso de incapacidad del oficial público. Estima que en este supuesto debe considerarse también aplicable la conversión. Ello así, pues el adverbio "aunque" que precede a la enumeración de ese artículo parece significar que, aparte de los casos expresamente enumerados, existen otros en los cuales también debe aplicarse: esos casos, dice, no pueden ser sino los de suspensión, destitución o reemplazo del oficial público o los de parentesco con las partes otorgantes del instrumento público. La razón de la ley, afirma, existe lo mismo en estos casos que en los de incompetencia territorial del oficial público o defecto de forma. ¿Por qué entonces aplicaríamos una regla distinta?
Advierte Salvat que el art. 987 no debe aplicarse si el instrumento fuera nulo por estar personalmente interesado el oficial público que lo autoriza, y, por consecuencia, no podría aplicarse dicho artículo, que supone siempre un instrumento público emanado de un oficial público actuando en el desempeño de sus funciones.
Expresa Borda(47)(230)que algunos autores pretenden que, al hablar de incompetencia, la ley se ha referido solamente a la territorial, pero no a la que surge por razón de la materia porque, en estos casos, el oficial público no sería más que un simple particular en relación a ese acto. Por su parte, piensa que tal opinión es equivocada; en tanto en un caso como en el otro, el oficial público está legalmente inhabilitado para

autorizar tales actos y no se advierte razón alguna para establecer diferencias entre ambas situaciones.
Asimismo es categórico Llambías(48)(231), quien dice: "Esta conversión del instrumento público tiene lugar en todos los supuestos de nulidad, sea por incompetencia territorial o material del oficial público, sea por falta de capacidad suya como si actuase después de habérsele hecho saber la suspensión o cesantía, sea por inobservancia de formalidades legales". En todas las hipótesis la razón para decidir es la misma, por lo que nos parece improcedente excluir el supuesto en que el oficial público estuviese personalmente interesado, como se ha sostenido por algunos autores, ya que esa irregularidad, hasta de orden moral, no le quita al oficial su carácter de tal, ni al documento su naturaleza de instrumento público, por inválido que sea. Otro tanto ocurre con los instrumentos otorgados por el oficial público después de la suspensión o cesantía, si el funcionario ha seguido actuando "de hecho" como tal. Por tanto el documento obrado, aunque nulo por la incapacidad del autorizante, es un instrumento público que aprovecha el beneficio de la conversión previsto en el art. 987.

66.1 Conclusiones

a) A tenor del art. 987, si el documento notarial padece de vicios instrumentales pero está firmado por las partes, vale como instrumenta privado.
b) Esa validez supletoria se aplica a todos los casos de nulidad con excepción de los supuestos en que falta la firma del autorizante (no se daría la condición de emanar de un oficial público) o se hallare extendido en papel que no es protocolo (por tratarse de un caso de inexistencia).
c) Ya se ha visto que a pesar de no referirse el artículo 987 al caso de incapacidad del oficial, como su antecedente el art. 1318 del Código francés, es también posible la conversión formal.
d) Queda la duda si es aplicable el artículo a las prohibiciones del art. 986.
Si la mayor parte de la disposición de este artículo se rige por el concepto que personalmente tengo, de que se trata de una incompetencia por razón de las personas, quedaría comprendido, por cuanto la norma alude simplemente a la incompetencia del oficial público, sin indicar a cuál de ellas alude.
Para el supuesto de considerarse incapacidad de instrumentar, también quedaría comprendido, pues, como se ha visto, la doctrina considera que la incapacidad está implícita en el artículo.
Quedaría la duda para quienes hablan de falta de legitimación o emplean otras denominaciones. Sin embargo, la inteligencia del artículo es que se refiere a todas las nulidades, salvo las mencionadas, y por lo tanto, no queda excluida aun considerando correcta esta otra especificación.
Cabe agregar que, doctrinariamente, debe sostenerse la tesis que no es admisible la conversión cuando la nulidad se funde en el interés del

notario autorizante o de su cónyuge, aunque se ha defendido la posición contraria.

67. Falsedad

67.1. Consideraciones preliminares

De este asunto ya me he ocupado con anterioridad(49)(232), por lo cual trataré de reseñar y a la vez actualizar lo que tengo expuesto.
Falsedad es toda alteración de la verdad, y en el documento notarial puede afirmarse con mayor precisión que es la contraposición de la autenticidad.
La mentira (antítesis de la verdad) para ser hecho jurídico, como el barro para ser escultura, necesita una forma, dice Núñez - Lagos(50)(233). Esta forma intenta ser verdad en el tráfico jurídico.
El bien jurídico protegido es la fe pública, pero el concepto general de la fe pública como ingrediente de valor y referencia dialéctica para determinar la falsedad no es el concepto de fe pública del derecho notarial, según lo ha señalado Couture(51)(234). El derecho penal muestra una prolongación de la idea de fe pública hacia objetos que no son documentos públicos sino privados, y a otros que ni siquiera son documentos, como ocurre con las monedas o con el cuño que lleva la imprenta del Estado, e incluso a objetos incorporales como las marcas de fábrica.
Se equipara la fe pública a la salud pública y a la seguridad pública. Es uno de los muchos significados que nos ofrece la historia de la palabra "fides". Desde la ley de las XII Tablas pasando por la "Lex Cornelia de falsis", acciones del más variado contenido eran comprendidas en la mutación de la verdad, sea por palabra, por acto o por escrito, porque eran contrarias a la probidad y rectitud, confusión que ha eliminado el progreso jurídico.
Coinciden los autores en atribuir al Filangeri el traslado de la expresión fe pública, que durante siglos estuvo reservada a los civilistas, hacia el dominio del derecho penal, convirtiendo la paz pública de los codificadores del derecho penal francés en fe pública.
La fe pública del derecho penal es la creencia pública en la seguridad. Quedando por tanto deformado el verdadero concepto al parificar el documento público y el privado. Hay supuestos de asimilación al instrumento público de ciertos documentos privados pero solemnes, como los testamentos ológrafos o cerrados, las letras de cambio y los títulos de crédito, mencionados en el art. 297 del Código Penal.
También del derecho penal provienen los documentos cuasi públicos que no están formados en el ejercicio de una actividad pública sino por el encargo de un servicio de necesidad pública y son objeto de trato especial en materia de falsedad ideológica. La autoridad del documentador que la técnica jurídica traduce en fe pública y excluye el peligro de falsedad, no es aprehendida por el valor ínsito en la noción de instrumento público del derecho civil.

En síntesis, como enseña Soler(52)(235), lo que el derecho penal trata de tutelar es la fe pública sancionada, esto es, las cosas, documentos o signos a los cuales el Estado vincula la idea de autenticidad y veracidad. Se incrimina entonces como delito, hechos que poco tienen que hacer con la tutela autónoma de la autenticidad y veracidad de ciertos objetos y documentos.
Lo que aquí se va a considerar someramente es la fe pública por antonomasia, que pertenece al derecho notarial. Ella tiene una primera extensión en el Código Civil, al establecer la autoridad de los instrumentos públicos y una verdadera evasión en el Código Penal, al diluirse el concepto. Lo extraño, anota Couture(53)(236), no es que los penalistas tengan esta idea de la fe pública, lo particular es que también así la conciben los escribanos.
Antes de entrar en el aspecto central del tema haré una esquemática exposición sobre las diversas clases de falsedad en razón de la materia jurídica y de la cualidad de la acción.

67.2. Clases de falsedad

1) Falsedad civil y penal

En el Código Penal los delitos contra la fe pública (Título XII) comprenden la falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito (Capítulo I), falsificación de sellos, timbres y marcas (Capítulo II) y falsificación de documentos en general (Capítulo III).
Interesa esta última.
El delito debe ser pluriofensivo. No es suficiente la mera falsificación del documento en cualquiera de las formas que se verá. Es necesario además un daño o la posibilidad de un daño material. Establece el art. 293 del Código Penal que las declaraciones falsas deben ser concernientes a un hecho que el documento deba probar de modo que pueda causar perjuicio. El criterio jurisprudencial al respecto puede sintetizarse en el conocido caso del ex Presidente Alejandro A. Lanusse y otros respecto de los cuales se había dictado prisión preventiva con motivo del decreto por el que aprobó el contrato celebrado entre el Ministerio de Defensa y la firma"Aluar S.A.I.C.". La Cámara Nacional Federal, Sala Criminal y Correccional, al revocar dicha prisión preventiva, hizo mérito, precisamente, de la especial importancia que cobra el carácter probatorio del documento público, amén del perjuicio que debe ocasionar(54)(237).
En principio la morfología del campo penal o el iter criminis requiere intención maliciosa o dolo, quedando circunscripta la culpa para la civil.
La falsedad penal y la civil se distinguen, principalmente, en que la primera considera al autor y la segunda a la cosa. En la penal según Manzini(55)(238)el elemento subjetivo prevalece sobre el elemento material, dándose de este modo más importancia a la causa que al objeto. La falsedad penal envuelve a la civil pero ésta no comprende la

primera.

2) Falsedad material e ideológica

La falsedad material o corporal es la contrafigura de la autenticidad externa.
La ideológica, intelectual, ideal o inmaterial es el desvalor de la autenticidad interna.
Sin embargo, hay autores que separan la falsedad intelectual de la ideológica.
Así Romero Soto(56)(239)expresa que "se ha intentado establecer una diferencia entre ellas para referir la primera a los casos de falsedad en escritura privada cometida por el mismo autor del documento y que la ley castiga, desde luego, en forma excepcional. La falsedad intelectual consistiría no en la contradicción entre una idea (fenómeno psíquico) y una realidad (documento) sino la contradicción entre un hecho jurídico (obligación creada o extinguida) y el documento destinado a probar ese hecho. Este sería el caso del comerciante que altera sus propios asientos de contabilidad o del autor de un documento privado que le hiciera agregaciones falsas después de cerrado el documento (v.gr.: quien relata en una carta que se le ha pagado una deuda y luego de firmada la carta, manifiesta en una posdata lo contrario). Sin embargo se ha considerado que en tales casos no hay falsedad ideológica ni intelectual, sino una verdadera falsedad material".
La autenticidad externa se refiere a la genuinidad del documento y a su autoría, a lo que produce fuerza probante formal. Es el conjunto de signos sensibles del documento público que lo acreditan prima facie como tal documento público. Comprende el original (con fe pública originaria) llamada en la técnica notarial matriz a partir de la creación del protocolo por la Pragmática de Alcalá de 1503 y simplemente original en los extraprotocolares, y la copia (erróneamente denominada testimonio aunque el vocablo esté consagrado entre nosotros por el uso) con fe pública transcriptiva y derivativa(57)(240).
Esta autenticidad descansa sobre los elementos materiales del documento: papel y grafía en su aspecto estático; y con sujeción al rito notarial se construyen las formalidades extrínsecas, cuya alteración provoca la falsedad material.
La interna se refiere a la verdad de lo que se dice o narra en el texto documental y produce fuerza probante sustantiva, a lo que es fuente de prueba.
Antiguamente Fe denominaba "imitación " a la falsedad material porque consiste en imitar lo real, lo auténtico, e "inmutación" (de inmutar, alterar o variar una cosa) a la ideológica, pues dentro de una forma auténtica se falsean los hechos que en ella se relatan. Hay inmutación de la verdad o de los hechos históricos representados en el documento. No hay correspondencia entre el hecho jurídico, en la dimensión acto, con el hecho narrado en la dimensión papel, entre lo que acontece en el

momento de autor y lo que objetivado permanece en el momento del destinatario o de prueba.

67. 3. Dinámica del acto falsario

1. Falsedad material

Los casos de falsedad material, pueden agruparse en una tricotomía:

a) Contrafacción

Significa contrahacer o hacer otro documento semejante al genuino. Importa reproducir o imitar otro simulando que es el verdadero. Por ejemplo: expedir una copia de una matriz inexistente, imitar la firma, rúbrica o sellos es decir, el signo gráfico de identidad o de lo que hace fe.
Claro está que estos supuestos entran en la falsedad criminal que envuelve la civil y que para ésta lo que prevalece es la solemnidad que hace fe.
Como bien lo expresa Rodríguez Adrados(58)(241), el carácter de cosa que el documento tiene podría hacer pensar que el concepto primario de autenticidad es el corporal y no el de autoría. Pero lo primero que necesita la autenticidad corporal es que el autor del documento sea un funcionario público (o, si se prefiere, simplemente un notario), según los datos sensibles: firma y sello.
Así se explica la disposición del art. 1011 del Código Civil referente a la reconstitución en caso de pérdida del protocolo y que se exija que la copia no esté raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.
Por tanto, agrega Rodríguez Adrados, la autenticidad corporal tiene tres aspectos esenciales: la correspondencia exacta con la matriz cuando de copias se trata; los signos formales in genere que le acrediten como documento público de la especie a que pertenezca sin descender a los problemas concretos de validez formal, y especialmente los que determinan que su autor es un funcionario público en el ejercicio de su función, y la conservación de la integridad documental con posterioridad a su autorización.
Completa el concepto Núñez - Lagos(59)(242)al decir: El primer hecho que acaece en el acto solemne del otorgamiento es la formación de una matriz externamente auténtica, con dos autenticidades indeclinables mientras no se declare su falsedad: la autenticidad del hecho de su existencia y la autenticidad del hecho de su integridad física.
Es interesante acotar que el juez de Cámara Santa Coloma al emitir su voto en disidencia con el pronunciamiento dictado por la Cámara del Crimen de la Capital el 27 de agosto de 1948, sostuvo que fraguar una copia de una escritura hipotecaria no importaba falsificación de instrumento público, por no haberse imitado los verdaderos signos autenticadores de los funcionarios públicos y se trataba sólo de

falsificación de sellos oficiales prevista en el art. 228, inc. 1º. Esta conclusión obedecía al hecho de no existir el supuesto escribano autorizante de la copia. La mayoría del Tribunal interpretó que un acto es falso cuando son mentidas las condiciones materiales que le dieron vida(60)(243).
Para Carnelutti(61)(244)es un pecado la fórmula del Código Penal italiano sobre la contrafacción pues define la especie con la noción del género. El entiende que forma un documento falso no sólo quien lo contrahace sino también quien altera un documento verdadero o le atribuye un contenido diverso al verdadero; todas estas hipótesis (contrafacción, alteración, mendacidad) se resumen en la formación de un documento falso. Es claro, por tanto, que la fórmula significa una interpretación restrictiva, porque las dos hipótesis de alteración y de mendacidad están previstas separadamente en el Código.
En cambio para Quintano Ripollés(62)(245)esta modalidad formal de la contrahechura o ficción material, que consiste en la falsificación física, la veracidad del escrito no ha de interesar y sí tan sólo la genuinidad, por decirlo así, caligráfica del documento; en otras palabras, la conformidad objetiva del escrito como dato de indubitada atribución a una persona determinada y, sobre todo, como signo valorable. Esta es la razón de que la jurisprudencia española aprecie esta modalidad falsaria en la autofalsificación de firma y caligrafía, es decir, de quien altera la propia de un documento para oponerse ulteriormente a su ligitimidad.

b) Alteración

Supone el documento formado que se lo modifica parcialmente. Ataca la conservación de la integridad del texto mencionado.
El Código Penal tipifica esta figura como adulteración.
En la conferencia pronunciada por Juan Manuel Muras en el Colegio de Escribanos de la Capital(63)(246)sobre falsificación y adulteración de instrumentos públicos, puntualiza que las "forjaduras", como denominan los anglosajones a las falsificaciones, pueden ser totales o parciales. Las totales pertenecen a la categoría de falsificaciones por traslado, por deformación y por imitación. Las parciales consisten en adulteraciones. Para realizar estas maniobras se recurre a los siguientes procedimientos: borrado o raspado, lavado, enmendado o sobrecarga, agregados y testados.
La alteración de la fecha verdadera hipotetiza un clásico extremo de falsedad material, si se trata de alteración o corrección física, pero puede darse también ideológicamente si la fecha aducida lo es en una manifestación verbal(64)(247).
Una de las formas más corrientes de esta modalidad consiste en introducir en un documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido, más precisamente el sentido jurídico del documento.

c) Supresión

Significa la destrucción u ocultamiento de todo o parte de un documento. Son formas negativas de la falsedad real o material.
Para comprender la esencia de esta categoría, manifiesta Soler(65)(248), no debe repararse en la materialidad del papel destruido sino en el hecho de haberse suprimido una fuente de verdad que tenía carácter documental. En consecuencia no basta la destrucción de una copia sustituible de una escritura pública.
Por destrucción se entiende hacerlo desaparecer del todo, aniquilar totalmente la forma material o la grafía, reduciéndola a la nada o bien en parte, de modo que los trazos restantes carezcan de significado o adquieran uno diverso.
A este respecto la Cámara Nacional Criminal y Correccional en fallo del 30 de julio de 1963, declaró que si antes de la mutilación de la escritura pública inserta en el protocolo del escribano actuante había expedido testimonios a las partes, no se da la posibilidad de perjuicio requerida en el delito de falsedad por supresión o destrucción de documentos(66)(249).
El fundamento de la resolución lo constituyó el art. 1010 del Código Civil que atribuye a la copia idéntico valor probatorio que la escritura matriz y que, por lo tanto, no se había suprimido una fuente de verdad de carácter documental.
En otro caso en que una persona destrozó la hoja del protocolo en la que se había extendido el acta de diligencia de un protesto, no firmada todavía, la Cámara Nacional Penal sostuvo que no se había destruido un instrumento, según los pertinentes preceptos de derecho común que rigen las condiciones de su jurídica existencia. Con lo que se estableció un distingo entre destrucción y supresión del documento.
Al comentar este fallo F. Blasco Fernández de Morada, escribe que entre las muchas definiciones que se han propuesto de la sustracción y destrucción, opta - dada su claridad y neta distinción de los caracteres diferenciales de uno y otro concepto - por los establecidos en la "Relación del Guardasellos" para el Código Penal italiano de 1930. Léese en ella: "Suprimir significa hacer desaparecer o hacer ilegible lo escrito en todo o en parte". "Destruir significa no dejar subsistente el documento en su materialidad, en todo o en parte jurídicamente relevante".
Para Manzini(67)(250)la hipótesis de la supresión debe ocasionar la desaparición total o parcial del documento o de su contenido ideológico.
Es indiferente que el agente haya sustituido simultáneamente el documento suprimido por un documento falso, salvo en los casos de concurso material de delitos.
La supresión, como la destrucción total, puede referirse tanto al continente (papel, etc.) como al contenido y tanto al tenor como a la sola individualización (firma, etc.) del documento.
El medio, siempre que sea idóneo, con que se hizo la supresión, es

irrelevante, de manera que la actividad del reo puede ser inmediata o mediata (ejemplo: acción de causas químicas).
La causa del hecho puede ser posterior al momento de clausura de la documentación o también anterior (ejemplo: papel preparado al ácido sulfúrico en el que, pasado un corto tiempo, desaparecerá necesariamente la escritura).
Hay ante todo supresión cuando, sin obrar sobre la materialidad del documento o sobre la escritura, el documento venga a ser puesto fuera de la disponibilidad del derecho habiente, permanente o temporalmente, en su conjunto o respecto de una parte de él. Por eso, la ocultación entra en la noción "supresión" si no concreta otra hipótesis prevista en el mismo artículo (ejemplo: sustracción).
Hay además supresión cuando, aun sin atacar a la material del documento, se haga en todo o en parte desaparecer o resultar ilegible lo escrito.

d) Ejemplificaciones

Los casos más comunes de falsedad material de un documento notarial son los siguientes:
d1. Cuando se extiende la matriz en papel que no es el protocolo.
d2. Copia simulada, esto es, expedición de un documento con fe transcriptiva o de segundo o ulterior grado de documento matriz u original inexistente.
d3. La firma no pertenece al notario a quien se atribuye su autoría.
d4. La firma de los comparecientes y, en su caso, de los testigos, no corresponden a las personas que se indican, o esas personas no existen.
d5. Adulteración de todo o en parte de un documento notarial.
d6. Destrucción de un documento autorizado por notario, con las reservas que .se desprenden del fallo referido. Con respecto a las alteraciones o enmiendas en partes esenciales aque se refiere el art. 989 del Código Civil, hay que distinguir los casos en que se ha omitido salvar al final de la escritura, lo que pueda determinar la anulabilidad del documento, de las hipótesis en que esas alteraciones se han hecho después del otorgamiento. En este caso sí hay falsedad. Las mismas reglas son aplicables a las copias.
Se infiere de lo dicho que debe tenerse mucho cuidado con las rectificaciones que resulte necesario hacer después de la firma de la escritura, aunque se salven "ex post facto". Cuando esas mismas correcciones figuran en las copias surgen indicios de que se han hecho con posterioridad, salvo que la copia se haya extendido en la misma fecha del otorgamiento.
Cuando ya firmada la copia se advierte alguna discordancia con la matriz, en lugar de corregir el texto y salvar al final, corresponde consignar nota firmada que establezca la dicción literal de la palabra o frase que figura en la matriz.

2. Falsedad ideológica

a) Hechos autenticados y hechos auténticos

Conviene aclarar, en primer término, que el contenido del documento notarial se integra con autenticaciones y autenticidades, que corresponden respectivamente a los hechos autenticados y a los hechos auténticos.
Los hechos auténticos representan las menciones auténticas y se traducen en aquellas declaraciones, atestaciones o certificaciones del notario relativas a los hechos que presencia o ejecuta en razón de su oficio y que están amparadas por la fe pública. Son las aseveraciones que generalmente se insertan en el texto documental con el rutinario aditamento de la expresión "doy fe", fórmula innecesaria. Los españoles han solucionado esto con la dación de fe general que se expresa al final de la escritura. Es una cuestión de técnica de la redacción y me refiero a lo escrito sobre el tema.
En el documento medieval se les daba el nombre de publicaciones en oposición al tenor del negocio. Pedro Boaterio nos anticipa su verdadero sentido: "Notar pública y auténticamente, esto es, por la mano pública del notario: porque no se considera pública otra mano que la del notario, o también se dice "públicamente", que quiere decir con las publicaciones que convierten al instrumento en público digno de fe. Por ello no todo escrito del notario es público y auténtico; sólo lo es el que se redacta en fórmula pública y auténtica; como no es sentencia toda la palabra del juez ni ley toda expresión del príncipe". Para Rolandino las publicaciones eran seis: "Año del Señor, indictio, día, lugar, testigos y subscriptio"(68)(251).
Como resultado de su atribución - deber y del principio "acta probant se ipsa", si el notario actúa dentro de su competencia y observa las formalidades prescriptas, el documento lleva una verdad impuesta, una certeza o testimonio de auteridad, sin necesidad de acumular sucesivas afirmaciones para imprimir fuerza probatoria a cada circunstancia o cláusula.
Son hechos autenticados los que determinan autenticaciones, de valor testimonial a los efectos de la impugnación, es decir, el contenido de las declaraciones de los sujetos documentales. Auténtico es el hecho de haberse efectuado la declaración y accesoriamente queda autenticado su contenido en conexión de simultaneidad y accesoriedad con la comparecencia, lectura y demás hechos presenciados o ejecutados por el notario, aunque en las escrituras, a diferencia de las actas, lo escrito es preexistente a la audiencia. Este es el valor del consentimiento documental sometido al rito notarial que conlleva también la del negocio aunque se trate de documento recognoscitivo, que civilistas y procesalistas se niegan a reconocer, especialmente cuando se abstraen en la panacea de la inscripción constitutiva.
Los actos del notario y su consiguiente reflejo documental comprenden

dos clases: los propios y los ajenos. Los propios a su vez pueden ser del mundo interior y del mundo exterior. Los ajenos, de vista y oído. Las declaraciones de las partes en su más estricta clasificación son de voluntad, de verdad o ciencia, de asentimiento y de conocimiento(69)(252).

b) Las declaraciones del notario

b.1 Actos propios

A) Del mundo interior

Son razonamientos del notario sobre hechos o sobre derechos que como todo juicio humano, aun en lo científico, pueden apartarse de lo verdadero. Algunos son históricos o valoración de hechos y otros de naturaleza lógico - interpretativa, es decir, de derecho.
Estas apreciaciones carecen de autenticidad, y por lo mismo no cabe impugnarlas mediante acción de falsedad Son válidos o ineficaces o simplemente exactos o erróneos. Por ejemplo, si afirmara que la distancia más corta entre dos puntos es la línea curva.
La nota del art. 993 del Código Civil aclara que si un escribano dice que las partes o el que otorga el acto estaban en pleno juicio, esta aserción no hace plena fe y admite prueba en contra. Viene así explicada la teoría de Dumoulin, recogida por la jurisprudencia francesa, respecto de hechos consignados por el notario, para lo cual no tiene cualidad. Por eso habla el codificador de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento.
En una de las adiciones que José Vicente y Caravantes tiene efectuadas junto con la traducción al castellano de la obra de Bonnier(70)(253), expresa: "Los instrumentos sólo hacen fe respecto de los hechos materiales que el escribano enuncia como habiéndolos ejecutado él mismo o que hanpasado en su presencia, tales como la fecha del acto, o que los otorgantes se hallaban presentes, o que hicieron las declaraciones o enunciaciones en él consignadas, o que se enumera a su vista una cantidad de dinero, o que se hizo entrega en ciertas especies, pero no hace prueba respecto de los hechos puramente morales en él consignados, esto es, de aquellos hechos de que el escribano no ha podido convencerse por el testimonio de sus sentidos y que sólo le ha sido posible enunciar como opinión individual suya; tal sería el de que los otorgantes se hallaban en su sano juicio, si bien induciría presunción de verdad esta aserción mientras no se probara lo contrario".
El mencionado artículo 993 protege con plena e hasta la redargución de falsedad por acción civil o criminal únicamente la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. Pertenecen a la esfera de la realidad, al ser de los objetos en la naturaleza sensible, aunque luego

se ordenen en el plano lógico de las ideas a los efectos de su visualización inteligible en el documento.
No tratándose de acontecimientos espacio - temporales que el notario haya presenciado "de visu et auditu suis sensibus" o de aserciones sobre hechos cumplidos por él a fin de que el documento adquiera calidad de instrumento público, sus manifestaciones no gozan de fe y por ende no hay falsedad. Por ejemplo, la constancia de no saber firmar un otorgante no certifica la verdad de ello sino la manifestación en tal sentido.
Hasta aquí todo parece fácil a la luz de una interpretación exegética de los textos.
Será necesario acudir a la dogmática jurídica para comprobar que el problema es más complejo.
La cuestión tiene su troquel en el propio Código Civil francés, puesto que el artículo 1319 dispone que el acto auténtico (instrumento público para nuestra terminología) hace plena fe de la convención que contiene. Los comentaristas del Código de Napoleón tuvieron que apelar a las enseñanzas del antiguo derecho a través de Pothier y a una interpretación sistemática en relación con lo establecido en otros artículos para acordarle una extensión mayor. En lo que concierne a la autenticidad respecto de la mención de la fecha se dedujo del art. 1328, según el cual los actos bajo firma privada no hacen fe de su fecha contra terceros sino en los casos prevenidos, semejantes a los del art. 1035 de nuestro Código.
El art. 1317 del Código Civil italiano de 1865 tampoco mencionaba la fecha aunque además de la palabra "convención" agregaba: "los hechos ocurridos a presencia del notario o de otro oficial público que haya recibido el acto". Igual omisión contiene el art. 2700 del Código vigente de 1942 que completa el texto anterior adicionando la procedencia de documento del oficial público y los hechos por él cumplidos.
Por el contrario, el art. 1218 del Código español, como otros, particularmente los americanos, incluyen explícitamente la fecha, que también figuraba en el art. 1201 del proyecto de García Goyena.
No he encontrado rigurosas explicaciones a esta omisión. La fecha cierta resulta del orden cronológico del protocolo, pero existen documentos notariales extraprotocolares que son instrumentos públicos a tenor de lo prescripto por el art. 979 inc. 2º, cuyo análisis he hecho en diversos trabajos para demostrar que está caduco el antiguo concepto de que el notario sólo da fe en su protocolo, y hay diversas clases de instrumentos públicos que no tienen colección endógena ni exógena, respecto de los cuales nadie se atrevería a predicar que no hacen fe de su fecha. La razón principal de que la plena fe se extienda a la fecha, en nuestro régimen, a pesar de no tratarse de un hecho material, es que el notario enuncia como cumplidos los hechos que ocurren ante él en la escritura en determinado día y lugar.
Por otra parte, la fecha es un juicio de notoriedad. En la misma categoría de juicio de propia ciencia entra la llamada fe de conocimiento que el escribano debe consignar en la escritura pública, conforme al artículo

1001, salvo que se acredice la identidad con los testigos de conocimiento de que trata el art. 1002.
La dogmática jurídica se ha servido de una especie de ficción para la seguridad del tráfico jurídico ante circunstancias como las indicadas, que no corresponden a la experiencia sensible o natural, asimilando tales situaciones a hechos materiales.
Queda para resolver las cuestiones planteadas por algún sector de la doctrina notarial acerca de las calificaciones. El ejercicio profesional está absorbido por una densa cantidad de actividades de juicio, sin las cuales quedaría baldío de su más trascendente dimensión. Esas actividades se desenvuelven en la esfera del derecho y son las que colocan al documento notarial más allá de la teoría de la prueba.
Esos juicios o calificaciones consisten en afirmaciones del notario "ex intelecto suo" que se proyectan en su mayor parte al ámbito de la legalidad. Junto a la versión formal de las realidades del mundo físico realiza el notario su función de asistencia jurídica para asegurar la eficacia de su contenido. Las cumple en su condición de perito en derecho y custodio de la certeza en cuanto a la legalidad del acto o negocio instrumentado, que es labor engarzada a su quehacer documental.
Manifiesta con acierto García - Bernardo Landeta(71)(254), que el notario no puede dar fe de un acto o contrato, sin emitir juicio acerca de la capacidad de los contratantes, de la identidad de los mismos, la naturaleza del acto y, en su caso, la legitimación. Si la ley le atribuye la fe pública es con todos los atributos, entre los cuales están los cuatro juicios expresados y no sólo los hechos que percibe sensorialmente, pues limitado a lo que percibe con la vista y el oído, el ejercicio de la fe pública notarial se mutilaría y de nada serviría. Por ello entiende que esos cuatro juicios quedan cubiertos por la fe pública, como lo queda sin discusión los hechos que el notario ve u oye previo requerimiento de su ministerio. No obstante ello, opina que no pueden incluirse en los delitos de falsedad documental.
Este problema se vincula con la clasificación que se ha hecho de juicios de existencia, de certeza y de probabilidad y de los actos de percepción y de deducción o de evidencia e inferencia. Como lo destaca de la Cámara Alvarez, el notario no sólo afirma en los instrumentos evidencias, sino que además, por exigencia legal o reglamentaria, formula juicios bien sobrecircunstancias de hecho que le constan de ciencia propia y directa (por ejemplo, en materia de fe de conocimiento) sobre ciertas calidades jurídicas de las personas que ante él comparecen (juicio de capacidad) o de hechos que en el documento se recogen (calificación jurídica del acto). En los hechos que al notario le constan por evidencia sensorial directa (verdad impuesta, según Núñez - Lagos) la impugnación sólo es posible demostrando la falsedad del acto. Aquellos sobre los que se formula un juicio, atendidas las circunstancias y los datos que ha podido allegar (verdad supuesta según Núñez - Lagos), se establece una presunción que admite prueba en contra sin necesidad de la acción de

falsedad.
He sostenido que el juicio de ciencia propia puede constituir el contenido del certificado notarial(72)(255)y que éste configura por ahora el documento más favorable para recoger las declaraciones de ciencia del notario.
Pero también he dicho que debe descartarse, al menos por ahora, la atribución al escribano de la aptitud funcional de autenticar juicios de ciencia propia y debe acatarse la recomendación del X Congreso Internacional del Notariado Latino, en el sentido de que el documento que recoge la actuación notarial, en materia de comprobación de hechos no debe contener juicios personales de su autor. Asimismo opino que ello no se opone a que las leyes notariales prevean y reglamenten documentos que contengan juicios, bien entendido que a tenor del art. 993 del Código Civil, sólo harán plena fe los extremos indicados en esta norma.
Es oportuno recordar una disposición contenida en el anteproyecto de Bibiloni, en materia de Registro de inscripciones, que repite la Comisión reformadora de 1936 y el que formula López del Carril en su obra del año 1965. Disponen esos proyectos que para la validez de los instrumentos destinados a constituir el dominio y derechos reales será menester que el autorizante consigne los anteriores propietarios remontando por lo menos hasta treinta años con los títulos respectivos y que dé fe de haberlos examinados y encontrado en forma legal.
Si esos enunciados se hubieran convertido en ley, se habría exigido al notario que dé fe no sólo del hecho de haber examinado los títulos sino de haberlos encontrado en forma legal, esto es, un juicio de derecho. Y si ese juicio no se considera auténtico, cabe preguntarse por qué el legislador emplea la expresión dar fe.
La actuación de los notarios en las actas es proclive para las apreciaciones subjetivas, que no están comprendidas en los extremos del art. 998. En las actas el notario debe limitarse a narrar el hecho patente para sus sentidos. Si el requirente desea dejar constancia acerca del estado de las cosas, lo que procede es que intervengan profesionales o peritos para que emitan aclaraciones y juicios sobre la naturaleza, características y consecuencias de los hechos comprobados.

B) Del mundo exterior

Son los hechos ejecutados por el notario que producen las llamadas menciones auténticas.
Se refieren a los actos funcionaristas o de autoridad, que manifiestan el substrato de la función pública que integra el contenido de la actividad notarial. La manifestación por antonomasia de la potestad autenticadora que exige la acción de falsedad para impugnar las atestaciones hechas en la dación de fe pública.
Contemplan una parte del art. 993 tomada de Aubry y Rau. Por ejemplo, que se ha constituido en tal domicilio, que ha dado lectura del

documento, etc.
En este caso, como en los hechos que han pasado en su presencia, reposa la plena fe de los instrumentos públicos, que no puede ser destruida por simple prueba en contrario.
Esta es la fe notarial o atestación calificada que importa el ejercicio de un poder jurídico o "de una función que procura la seguridad, valor y permanencia", como diría Martínez Segovia(73)(256), por un agente a quien las leyes le exigen además de condiciones morales, aptitudes técnicas. En ella está embebida la actividad del notario como primera cualidad funcional y el Estado necesita establecerla para que descanse en ella un sistema de autenticidad, firmeza y estabilidad de los derechos en la normalidad. Ha dicho bien Larraud que la fe pública es al notariado lo que la jurisdicción es al juez(74)(257).
Esta fe, que tiene su primer atisbo en la Ley de Rachis, al no admitir el juramento contra el contenido de una carta redactada por escribano público cuando el precio figuraba pagado, adquirió tal significación debido al prestigio del notariado que en Valencia, en tiempo de Jaime I de Aragón, se dispensó a las partes y testigos del requisito de firmar las escrituras. Y no se piense que había resquicios para la discrecionalidad, porque en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real y en las Partidas se castigaba al escribano falsificador con la amputación de la mano y la pena de muerte para el escribano de la Corte del Rey.

b.2. Actos ajenos

La fe pública requiere: a) Una fase de evidencia, esto es, la captación directa y coetánea de los hechos por la vista y el oído. b) Una fase de objetivación por medio de la representación en la pieza documental. c) Una fase de solemnidad, que supone un conjunto de formalidades establecidas por la ley y obedece al principio del rigor formal de la fe pública. d) Una fase de coetaneidad. Los hechos deben ser presentes y no pasados(75)(258), lo que no obsta a que en las actas el documento se extienda, en determinados casos, después de acaecer los hechos. Todo esto se comprende recordando una frase muy sencilla y muy sabia del doctor Arauz Castex en fallo plenario del año 1954: "Si la fe del escribano fuera la única garantía, estaría de más lo que se ha llamado el derecho notarial: lo reemplazaría un solo artículo que expresara: Lo que diga el escribano será tenido por cierto".
Esos actos propios comprenden los de vista y los de oído.
En las escrituras, los de vista consisten en: a) Comparecencia (presencia física de los otorgantes, testigos en su caso e intervinientes). b) Daciones (entregas de dinero, cosas y valores). c) Exhibiciones (de títulos y otros documentos). Los de oído versan sobre las declaraciones.
Conforme a lo expresado, los actos de vista corresponden a los hechos evidentes. Los ojos del notario son los ojos del Estado. Quedan autenticados, y faltando a la verdad se incurre en falsedad. Se trata de la segunda parte del art. 993.

En cuanto a los de oído, se afirma que el oír es acto propio del notario. Lo declarado queda autenticado accesoriamente por el principio de inmediación, pero esa autenticidad se refiere al hecho de haberse efectuado la declaración. Si lo declarado es inexacto no hay falsedad imputable al notario.
Y aquí volvemos a la problemática del mundo interior y a la posibilidad de que intervengan otros sentidos.
Al intervenir la percepción sensorial en el proceso autenticador se discute si ella está ceñida a la vista o al oído y en qué medida los actos de propia ciencia, producto de la inteligencia o del pensamiento, pueden actuar como elementos secundarios.
La Constitución de Maximiliano de 1512. decía: "Eviten también los notarios que nadie añada a cualquier auténtica relación ni más ni menos de lo que delante de sí y de testigos citados para el caso se haya hecho o realizado; asimismo nada de todo aquello realizado antes o después del acto por el cual ha sido solicitado, aunque lo haya visto con sus ojos corporales, por el hecho de que su oficio y autoridad no se extiende a estas cosas. Pero en cuanto a los sentidos hay que distinguir: por lo que se refiere a la vista y al oído, basta que el notario vea y oiga en presencia de testigos; pero en los otros, gusto, tacto y olfato, se requiere que los testigos gusten, toquen y huelan ante sí y den testimonio de las cualidades percibidas por esos sentidos, delante de las partes y testigos".
Las necesidades del tráfico jurídico han ampliado el campo de la autenticación notarial como se desprende de la competencia funcional atribuida a los notarios por las leyes locales, sin tocar el aspecto de su eventual colisión frente a la norma de rango superior inserta en el Código Civil.
Una de las realidades más corrientes susceptibles de autenticación y que escapa en parte a la apreciación de los sentidos, expresa Sanahuja y Soler(76)(259), es la atribución de actos concretos a determinadas personas: que una firma se estampa en presencia del autorizante por cierto individuo o que una firma (ya puesta) es propia de tal individuo. También es objeto de autenticación la atribución de estados a personas determinadas, ya refiriéndola a un estado subjetivo, esto es, a la manera de ser de un individuo en el orden social (ser soltero o casado o conocido por el nombre) o bien a un estado objetivo o en relación a una cosa o función determinada (tener tal cargo, poseer tal finca).
Otro de los ámbitos a que alcanza la autenticación es la significaciónde hechos concretos en función del concepto científico bajo el cual se incluyen. Aquí la percepción sensorial es sólo un elemento para el proceso autenticador, pero no el más importante. Dentro de esta categoría se incluye el valor jurídico de hechos determinados.
La autenticación se verifica generalmente, agrega Sanahuja y Soler, por percepción directa de los hechos; es la autenticación notarial típica Pero la función notarial no desdeña autenticar hechos que aunque no se perciban por los sentidos, al fedante le constan de ciencia propia por ser

notorios dentro del círculo social en que particular u oficialmente se mueve. Y hay finalmente un tercer procedimiento, consistente en formar el notario un juicio de notoriedad del hecho, a petición no contradicha de un interesado, mediante informaciones, pruebas y citaciones.
Pero a este respecto hay que tener muy especialmente en cuenta lo ya expresado, en el sentido de que sólo harán plena fe los actos del notario que se encuadren en los términos del art. 993 del Código Civil.
También importa la extensión en que la ley notarial otorga al notario facultades de autenticación. Así por ejemplo el art. 257 del reglamento notarial español autoriza a los notarios para dar testimonio de legitimidad de firmas de toda clase de personas, particulares y razones sociales, puestas al pie de documentos privados, cuando les consta de modo indudable la autenticidad, y según el art. 256 el notario puede considerar auténtica una firma, por conocimiento directo o identidad con otras indubitadas. En cambio para nuestro derecho es necesario que la firma sea estampada en presencia del escribano, por persona de su conocimiento y coetáneamente a la autenticación o certificación.
En las actas de comprobación se presenta con más frecuencia la oportunidad de que intervengan accesoriamente otros sentidos. Al margen de la suerte que queda correr en juicio si el notario es requerido para constatar en ciertos lugares emanaciones molestas, actuará dentro de su competencia por razón de la materia y para ello no será menester, por lo general, la intervención de peritos.
Por lo contrario, como ha quedado dicho, deben intervenir peritos, cuando el requirente quiera hacer constar determinadas circunstancias que signifiquen apreciaciones sean o no de índole técnica. Aquí los peritos reemplazan con mayor eficacia a los testigos que exigía la Constitución de Maximiliano, en casos similares.

c) Ejemplificaciones

Los casos de falsedad ideológica por parte del notario pueden compendiarse en lo siguiente:
c.1. Faltando a la verdad en la expresión de los hechos cumplidos o presenciados por él con referencia a la fe del documento y no a la eficacia del acto que corporiza.
c.2. Atribuyendo a los que han intervenido en el documento manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho.
c.3. Consignando en la copia cosa contraria o distinta a lo que contenga la matriz.
Con respecto a la debatida cuestión de las constancias en la escritura sobre la inexistencia de deudas de los bienes objeto del negocio jurídico instrumentado, me remito a la correcta interpretación;
a) Con relación a la provincia de Buenos Aires: El fallo de la Cámara 1ra. de Apelaciones de Mar del Plata, dictado el 8 de marzo de 1966, y el comentario que hice a dicho fallo(77)(260)en el que sostuve:
1. Con los certificados a la vista y reteniendo en el mismo acto parte del

precio que en ese momento se abonaba en cantidad suficiente para liberar tales certificados, pudo el escribano dejar constancia, bajo su propia afirmación, que el bien en cuestión "no adeuda impuestos fiscales ...", pues como agente de retención facultado por el art. 24 del Código Fiscal (t.o. en 1961) el escribano interviniente tomaba sobre sí, al escriturar y retener simultáneamente, la responsabilidad de liberar en legal término tales certificados; desde ese instante el vendedor ya no los debía al fisco y sí dicho notario.
2. Otorgada la escritura el escribano pasa a ser único responsable de los impuestos percibidos, de la liberación de tales certificados, de la inscripción del título y, en definitiva, de todas las afirmaciones exclusivamente a su cargo del acto público que se otorgara bajo su fe notarial.
b) Con referencia a la Capital Federal:
1. El fallo de la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil que declaró: "Como la responsabilidad ante el fisco la asume el escribano que autoriza la escritura traslativa de dominio, bien pudo ese funcionario dejar constancia en ella, a los efectos impositivos correspondientes, que no se adeudan tributos municipales por la fracción de terreno transmitida y proceder luego a su cancelación con dinero preveído por la sociedad compradora"(78)(261).
2. El categórico pronunciamiento de la Sala C del 8 de marzo de 1976, que sentó la siguiente doctrina; "La manifestación hecha por el escribano en la escritura pública de que no se adeudan contribuciones y tasas de Obras Sanitarias de la Nación y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, no es de las que hacen fe hasta la redargución de falsedad, pues no se trata de hechos materialmente cumplidos o pasados en su presencia (art. 993, Cód. Civil), sino manifestaciones suyas relativas al cumplimiento de obligaciones fiscales de las partes y de él mismo. Sostener lo contrario llevaría a consecuencias absurdas, como por ejemplo, la de que si el Fisco accionase por cobro de lo adeudado se le pudiera oponer la fe pública de la manifestación referida, obligándolo, para poder lograr el cobro de su crédito, a redargüir de falsedad la escritura de compraventa(79)(262).

d) Las declaraciones de las partes

Las declaraciones de las partes pueden abarcar actos de instancia (se pide al notario que intervenga o documente o un hecho o un dicho, que practique una notificación), aseveraciones (que no hay locatarios, que no se adeudan impuestos, vigencia de representaciones, etc.), de voluntad (negocial, simples, de conformación jurídica, de participación, de sentimiento, de verdad o de ciencia, etc.).
Todos aquellos actos meramente lícitos no incluidos en el art. 944 (negocios jurídicos para el Código alemán) pueden ser constitutivos de declaraciones de voluntad que procuran un resultado de hecho cuyo efecto jurídico se cumple únicamente cuando se cumple ese resultado

(especificación, hallazgo de un tesoro) o al que la ley dota de efectos jurídicos (intimación que constituye en mora). Hay aquí un amplio campo de manifestaciones que no pueden agruparse con denominación rigurosa y que al notario interesan para determinar si deben documentarse en escritura o en acta. Por supuesto, desde el punto de vista doctrinal, ya que en nuestro régimen las actas protocolares formalmente consideradas están sujetas a los mismos requisitos de las escrituras públicas(80)(263).
Para simplificar tomaré en cuenta las dos clases principales.

d.1. De voluntad

En toda declaración de voluntad hay un querer interno y un hecho externo por el cual se exterioriza. Este último pertenece al mundo físico y es objeto de autenticación simultánea, y accesoriamente con la comparecencia, lectura y demás hechos presenciados o ejecutados por el notario.
Pero entre el querer interno y la declaración puede existir discordancia. Tenemos entonces un fenómeno de insinceridad. Ello escapa a la protección de la fe notarial y por lo mismo a la falsedad. Estamos en el terreno de la simulación, sea absoluta o relativa (art. 956 Cód. Civil).
Conforme a las enseñanzas de Dumoulin, la doctrina francesa denominó constancias materiales a los hechos perceptibles por la vista y el oído y constancias morales al contrato. No son manifestaciones de realidad "in rerum natura" sino disposiciones internas.
La diferencia entre simulación y falsedad la explica Ferrara con toda nitidez: "La falsedad consiste en el testimonio mentido del oficial público llamado a recibir el acto, cuando afirma que ocurrieron en su presencia actos que no son verdaderos, pues existe una alteración de lo ocurrido, de aquel suceso histórico que el notario está llamado a constatar fielmente. De esto resulta que la documentación falsa puede limitarse sólo a aquella parte del contenido del acto en que el oficial público afirma directamente haberse realizado ciertas declaraciones y actos en presencia suya y a la cual se limita la plena fe que la ley atribuye al acto público. El notario no puede garantizar la sinceridad de los hechos, ni puede penetrar en la intención de las partes, ni adivinar si cuando dicen vender, quieren donar o no vender: si aquel pago de dinero que se hace delante de él es o no una comedia. Por eso el acto público puede ser simulado sin ser falso. La simulación mira siempre al elemento intelectual que aletea en la mente de los contratantes, o a su voluntad intima de realizar el acto: pero esto es extraño a la fe del instrumento notarial, pues el notario no puede atestiguar ello no siendo un adivinador de la voluntad de las partes".
Agrega Ferrara: "Podemos distinguir la simulación de la declaración falsa en esta forma: la simulación disfraza el consentimiento, esto es, el elemento subjetivo del negocio; en cambio la falsedad ideológica desciende al elemento objetivo, alterando la verdad material de las

declaraciones emitidas o de las circunstancias de hecho. La simulación puede abarcar todo el contenido del acto que expresa la convención; en cambio la falsedad se limita a aquella parte destinada a dar plena fe, es decir, a la atestación de los hechos ejecutados en presencia del funcionario público. Por eso la documentación falsa sólo puede darse en los actos públicos, no en los privados. La simulación supone el concurso de todos los contratantes en la ficción, mientras que la falsedad se lleva a cabo por el oficial público, ordinariamente con una parte en daño de la otra. En fin, la simulación puede ser lícita mientras que la falsedad presupone como requisito esencial un daño público o privado, y por tanto, una violación jurídica(81)(264)

De allí que los artículos 994 y 995 relativos a las enunciaciones dispositivas y a las enunciativas directas e indirectas, si bien establecen que hacen plena fe, no agregan, como el art. 993, "hasta que sea argüido de falso" y por ende, admiten la prueba en contrario, imponiendo la carga de la prueba al que alega no ser ciertas con la diferencia que para las enunciativas indirectas surgen del art. 995. Algunos Códigos establecen expresamente que el instrumento público no hace plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados excepto contra los declarantes (verbigracia, art. 1700 Cód. Civil de Chile; art. 4751 Cód. Civil de El Salvador).

El instrumento público prueba contra terceros de la materialidad y lo dispositivo del acto y de las enunciaciones que le son directamente relativas. Unas son verdades impuestas que deben ser creídas hasta la querella (le falsedad y otras son supuestas que admiten la prueba en contrario.

Si el escribano afirma que ante él se abonó el precio, esta aseveración es verdad impuesta, pero podrá probarse que el pago fue simulado. Y por lo mismo que prueban contra terceros por el principio de integridad de la fe pública, se proyecta al futuro como título ostensible válido para el tráfico jurídico y los documentos desvirtuantes sólo valdrán entre las partes mientras no se cumplan las formalidades del art. 996.

Los que dicen los sujetos instrumentales lo relata el notario "de credulitate". Por ello la prueba contraria, por los medios ordinarios es suficiente para impugnar la verdad de lo referido en el texto, tal como lo enseña Bonnier siendo antigua doctrina(82)(265).

Cabe aclarar que todo lo dicho se refiere exclusivamente a los efectos probatorios. Llambías(83)(266)sintetiza las distintas situaciones que contemplan los artículos 994 y 995 de la siguiente manera.

"Con respecto a las cláusulas dispositivas el instrumento tiene valorde una prueba completa, tanto para las partes como para los terceros. Unos y otros pueden establecer contra la fe del instrumento la insinceridad del acto, pero la doctrina general entiende que esta prueba no puede hacerse por las partes sino mediante un contradocumento. En cambio los terceros pueden recurrir a todos los medios de prueba.

"Con relación a las cláusulas enunciativas directas, la situación es idéntica a la anterior. Pero es preciso tener en cuenta que, por el efecto

relativo de los actos jurídicos, las manifestaciones de las partes no puede perjudicar a los terceros.
"Con respecto a las cláusulas enunciativas indirectas el instrumento carece de fe, es decir, no tiene el valor de prueba completa. Pero sí vale como principio de prueba por escrito contra la parte que ha hecho la manifestación respectiva".
Paso por alto la omisión de la frase "contra terceros" que existe en algunos Códigos y que la doctrina interpreta se sobreentiende y es de absoluta necesidad pues de lo contrario habría que negar que el instrumento es público(84)(267).

d.2. De verdad o ciencia

Según Núñez - Lagos, se refieren a hechos pretéritos narrados por los comparecientes. Para Furno la declaración de ciencia consiste en afirmaciones o noticias que puede referirse al pasado o al presente, a lo que ha sido o es, a lo que ha sido o tiene existencia de hecho(85)(268).
En cuanto al documento notarial, corresponde adherirse a lo que manifiesta Núñez - Lagos pues todo hecho presente es presenciado por el notario y pertenece en consecuencia a la esfera de sus actos.
Estas declaraciones pueden ser confesorias o testimoniales. Las primeras, a su vez, propias e impropias, según se hagan al destinatario o a un tercero. Las testimoniales pueden referirse a hechos o actos propios del declarante con presunción "iuris tantum" de verdad con valor de autenticidad, o bien a actos ajenos que corresponden al valor testimonial del instrumento público.
En este tipo de manifestaciones hay falsedad ideológica de las partes, si se hace insertar en el documento hechos falsos que deben probar, vale decir, faltando a la verdad en la narración de los hechos con efectos probatorios. La Cámara 2da. Penal de Tucumán, con fecha 26 de marzo de 1968, en fallo que se registra en J.A., tomo 1969 - I declaró que "hacer insertar en escritura pública un derecho sobre un inmueble, sabiendo que no se lo podía adjudicar porque su padre no era titular del mismo, constituye el delito de falsedad ideológica del Código Penal, art. 293".
Ferrara ha entendido que ésta es la única falsedad ideológica. Cuando los hechos falsos los inserta el notario sería también falsedad material. La tesis no ha tenido aceptación, aunque entre nosotros tuvo como partidario a Ramos.

3. Resumen

Habrá falsedad material: a) Si el documento no emana del notario a quien se atribuye su autoría; b) Si crea condiciones inexistentes respecto de la autenticidad externa y c) Cuando se adultere en todo o en parte un documento notarial auténtico.
Será impugnable por falsedad ideológica si el notario faltare a la verdad

al narrar los hechos con fuerza probatoria ocurridos en su presencia o cumplidos por él, y si las partes hiciesen insertar declaraciones que teniendo fuerza de probar, no fueren ciertas.
La falsedad sobre la autenticidad interna o contenido del documento notarial, podrá referirse a las afirmaciones de las partes o del notario o a ambas, en juicio en que intervenga cada interesado por vía de acción. Obsérvese que en este punto disiento con la vía incidental y entiendo que el notario debe ser parte en el proceso de impugnación.
La falsedad atribuida a las partes no afecta al notario ni al documento de que es autor sino a su contenido y efectos. En su caso será juzgada por la vía de simulación o fraude.
Cuando se arguyese de falsedad una copia, bastará su cotejo con el original, diligencia que el juez podrá ordenar de oficio.

67.4 Argución de falsedad

1. La cuestión

Como lo advierte Boffi Boggero(86)(269), éste es uno de los temas que en nuestro derecho civil y notarial reconocen gran densidad científica.
En la misma línea del mencionado autor, de la vasta problemática que presenta el tema, me circunscribiré a establecer qué efectos jurídicos produce la argución de falsedad del documento notarial por acción civil; si llega a suspender la plena fe que de él dimana (a la ejecución del mismo) a es necesario esperar la sentencia firme que declare la falsedad para privarle de esa fe (o de su ejecución); cuál es el procedimiento que debe seguirse para la impugnación y cuál la intervención que debe darse al escribano autorizante.

2. Antecedentes

Con prescindencia de las fuentes que menciona el codificador y de las que asignan los autores al art. 993, hay que ubicar los antecedentes de la llamada querella o pretensión de falsedad en la "inscription de faux" de la doctrina francesa.
En el derecho francés se distingue la acción o querella de falsedad criminal ("faux" principal o criminal) y la argución incidental de falsedad civil ("faux" incidental o "faux incident" civil).
La distinción está recogida en el art. 1319 del Código Civil francésque menciona Vélez Sársfield y que dispone: "El acto auténtico hace plena fe de la convención que él contiene entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes. Sin embargo, en caso de querella por falsedad principal ("faux" principal) la ejecución del acto argüido de falso será suspendida por la deducción de la acusación, y en caso de inscripción de falsedad hecha incidentalmente ("inscription de faux faite incidemment") los tribunales podrán, según las circunstancias, suspender provisoriamente la ejecución del acto".
Como explica Bonnier(87)(270), "no pueden comprenderse las

expresiones de falsedad principal y de falsedad incidental sino en cuanto se refieren al antiguo sistema de las acusaciones privadas tomado de los romanos. En este sistema la parte perjudicada podía a su elección proceder ante los tribunales criminales o ante los tribunales civiles. Cuando acudía ante la jurisdicción criminal, no solamente pidiendo indemnización, sino la aplicación de la pena, pedía en ambos casos una reparación porque en este sistema la pena era una satisfacción que se concedía a los interesados privados; pero esta reparación era perseguida por acción principal, mientras que ante la jurisdicción civil no se presenta por lo común sino incidentalmente, con ocasión de un asunto en que se producía la pieza argüida de falsa. Tal es el origen de la confusión que se introdujo en la práctica entre la idea de falsedad principal y la de falsedad criminal".

La denominación de inscripción ("inscriptio") como equivalente a redargución proviene también del procedimiento criminal de los romanos. El acusador, en Roma, estaba obligado a presentarse ante el pretor o el presidente de la provincia e inscribir, con ciertas fórmulas solemnes, su nombre, el del acusado y las circunstancias del crimen que trataba de probar.

Lo singular de esto, observa Bonnier(88)(271), era que en Roma se abolió la necesidad de la inscripción precisamente en materia de falsedad. Por el contrario en Francia la inscripción fue admitida especialmente para el crimen de falsedad, y esta inscripción exponía legalmente en un principio a la pena del Talión al acusador, quien se veía obligado en su consecuencia a constituirse en la cárcel, rigor que había cesado en el siglo XVI, pero permaneció en la civil, y si bien cayó en desuso, el procedimiento de falsedad conservó siempre un carácter criminal, aun cuando se seguía ante los tribunales civiles.

El art. 993 de nuestro Código no hace distingo alguno en ese sentido y sigue a Aubry y Rau(89)(272), para quienes el acto auténtico hace fe hasta la inscripción de falsedad. En reemplazo de esa expresión Vélez Sársfield consignó: "...hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal".

Corresponde a los Códigos de Procedimientos determinar el procedimiento que debe seguirse, asunto que se verá en el punto 4.

3. Efectos de la argución

Es de suma importancia establecer si la mera deducción de la acciónciviil o criminal de falsedad del documento notarial determina la suspensión de sus efectos probatorios. En el recordado trabajo de Boffi Boggero se hace un detenido estudio de este aspecto, que comprende el periodo anterior a la argución, el corriente desde la argución hasta la sentencia, y el posterior a la sentencia.

Es obvio que, según lo expresa Boffi Boggero, declarada la falsedad la plena fe desaparece para siempre y si en cambio se declara la autenticidad el accionante se haría pasible de responsabilidades que

pueden consistir en el delito de calumnia en el orden penal y la reparación de un acto ilícito, si concurren los requisitos necesarios en el orden civil(90)(273). No coincido con Boffi Boggero, con todo el respeto que me merecen sus altas cualidades científicas respecto de la suspensión provisional de los efectos del documento desde el momento de la argución, dejando a la sentencia restablecerla o extinguirla definitivamente.

Estimo que la suspensión no se produce hasta que el juez interviniente no lo declare así, y que para decretar la suspensión provisional de los efectos probantes del documento o del cumplimiento del acto a que se refiere, deberán aparecer indicios evidentes de la existencia de la falsedad, y justificada la necesidad de evitar perjuicios.

De otro modo, el documento notarial queda vacío de su principal garantía, generada en la plena fe que la ley le acuerda, la que podría ser des virtuada con el simple recurso de un intento irresponsable por parte de personas a las que no pueda exigirse luego la reparación debida. A este respecto opina Spota(91)(274), que si nos atenemos al art. 1319 del Código Civil francés, antecedente mediato del art. 993, y a las enseñanzas de Aubry y Rau, que hallaron recepción en este artículo, no es admisible una conclusión que conduzca a brindar efectos a cualquier expediente dilatorio. Cuando no existe el procedimiento penal y sí sólo petición en juicio civil, generalmente hecha valer como incidente de un juicio ya planteado, queda al arbitrio judicial, conforme a las modalidades de la especie, suspender provisionalmente el cumplimiento del acto jurídico instrumentado. En otros términos, arguye Spota, "la sola deducción de la acción civil y, desde luego; la denuncia criminal - no acogida por el Ministerio Público - no llevan por sí sólo la consecuencia de que se suspende el efecto probatorio del documento público. Ello sólo debe decretarse provisionalmente, cuando la impugnación ofrezca signos bien precisos de verosimilitud, como se requiere en toda medida cautelar aparte del peligro que exista, según la especie de que se trate, en demorar la adopción que sus penda, por ahora, las consecuencias de la plena fe de que goza el instrumento público". Por ende, agrega: "sólo la gravedad de la impugnación y sus visos de verdad permiten al juez privar provisionalmente de plena fe y, por tanto, de fuerza ejecutiva, en su caso, al instrumento público". Por su parte Escaplez(92)(275)anota que con el criterio de Boffi Boggero como él mismo lo reconoce se fomentaría la mala fe de los litigantes,pues bastaría con redargüir de falsedad un documento público para paralizar el juicio principal. Sostener la tesis opuesta de que el documento hace plena fe hasta la sentencia que declare su falsedad, también es peligroso, porque se pueden ocasionar daños irreparables. En consecuencia, lo lógico es dejar librada la suspensión del procedimiento al arbitrio judicial de los jueces. En cada caso el juez deberá resolver de acuerdo a la situación de hecho y ce derecho planteada".

En el mismo sentido se pronuncia Llambías(93)(276), para quien "no obstante la letra del art. 993, que alude a la mera impugnación del

documento, debe entenderse que la fe del instrumento subsiste hasta la declaración judicial de falsedad, pues de lo contrario le bastaría al impugnante deducir la tacha de falso, para suspender la eficacia de prueba tan importante. Por eso aclara el art. 258 del anteproyecto de 1954 que el instrumento público hará plena fe mientras no fuere declarado falso en juicio...".
La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A en sentencia interlocutoria de 3 de marzo de 1964, declaró que la redargución de falsedad de un instrumento público puede hacerse valer tanto por vía de acción como de incidente. En este último caso deberá tramitar por separado, sin suspensión del procedimiento principal, toda vez que como la nulidad argüida dependa de una investigación de hecho, el acto se reputa de válido mientras no sea anulado(94)(277).

4. Procedimiento para la argución

La ley de fondo no ha impuesto ningún procedimiento especial para la argución de falsedad. Come ya se dijo, corresponde a los Códigos de Procedimientos determinar el procedimiento a seguir.
En sede penal, en la Capital Federal, debe interponerse la querella de falsedad, pues según el Código del rito en la materia la persona particularmente ofendida por delito de acción pública puede asumir la función de parte querellante y promover y estimular en tal carácter el proceso penal (art. 170). Y los funcionarios del Ministerio Fiscal deducirán también en forma de querella las acciones penales (art. 171).
En cuanto al procedimiento civil el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el art. 395 establece que la redargución de falsedad de un instrumento público tramitará por incidente que deberá promoverse dentro del plazo de 10 días de efectuada la impugnación, bajo apercibimiento de tener por desistido a quien la formulare. En todo caso, el juez suspenderá el pronunciamiento definitivo para resolver el incidente conjuntamente con la sentencia.
En el anterior Código de Procedimientos, la falsedad ideológica debía redargüirse en juicio ordinario y la material, por vía incidental (arts. 152 y siguientes).
El motivo de esa diferencia radica para Escaplez(95)(278), en que el documento sólo puede ser falso materialmente por existir una diferenciaentre la matriz y la copia acompañada a los autos, y en esos supuestos el simple cotejo bastaría para demostrar la falsedad. Si el agregado o supresión que contiene la copia fue error de copia, o un acto doloso, es una cuestión ajena al juicio civil que será discutida en sede penal o en juicio aparte por daños y perjuicios.
Por otro lado, si la copia o el instrumento original contuviera interlineados, agregados... etc. (art. 989 Cód. Civil), ello será motivo de nulidad de la escritura sin necesidad de redargución de falsedad.
Vigente el actual Código Procesal, el mismo Escaplez señala que aun cuando el Código y sus comentaristas no dicen palabra alguna al

respecto, dentro del incidente creado por el art. 395 podrá discutirse tanto la falsedad material como la ideológica(96)(279).
Sin embargo la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, en fallo de 7 de mayo de 1970 resolvió que el art. 395 del Código Procesal se refiere a la redargución de falsedad material del instrumento público, que debe tramitarse por vía incidental, en tanto que si se tratara de falsedad ideológica al instrumento, el trámite no debe ser otro que el ordinario, salvo que ambas partes estén contestes en dilucidar la cuestión mediante incidente(97)(280). Opino que nada obsta a que ambas puedan deducirse por vía de acción, y como ya lo tengo expresado, estimo que siempre debería ser por esta vía.
Finalmente corresponde significar que en la ejecución hipotecaria no es admisible redargüir de falsedad una escritura pública, pues el art. 597 del Código Procesal no la enumera entre las excepciones admisibles. Así lo ha establecido la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil el 6 de febrero de 1970(98)(281).
En cuanto al juicio ejecutivo en general, el inciso 4º del art. 544 del mencionado Código sólo autoriza la excepción de falsedad del título con que se pide la ejecución, fundada únicamente en la adulteración del documento.

5. Coexistencia de la redargución de falsedad civil y criminal

De acuerdo con las reglas de los arts. 1101 a 1106 y siguientes del Código Civil, la situación que plantea la redargución en sede civil y penal es la siguiente:
a) Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil o fuera intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal con excepción de los siguientes casos:
1. Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos.
2. En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada (art. 1101 Cód. Civil).
En el supuesto de existir sobreseimiento provisional en el procesopenal, la causa permanece abierta, lo cual llevaría a concluir que no se podría dictar sentencia en la acción civil. Así lo interpretó un plenario dei año 1919, pero otro posterior, emanado del mismo tribunal, en 1924, Optó por la tesis contraria. La solución fue seguida pluralmente per los fallos posteriores de casi todos los tribunales y hoy prevalece(99)(282).
b) Después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado (art. 1102 Cód. Civil).
Esto demuestra la preeminencia del proceso penal sobre el civil y la consiguiente influencia de la sentencia del uno sobre la del otro. Deben

tenerse como probadas en el proceso civil las aserciones formuladas por el juez penal, sin renovar el debate sobre las mismas.
Desde luego, la sentencia penal condenatoria debe tener carácter de definitiva(100)(283). Se aplica asimismo el artículo a los casos de prescripción de la acción penal y de la pena impuesta.
c) Después de la absolución del acusado no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución (art. 1103 Cód. Civil).
Volviendo sobre el sobreseimiento provisional corresponde decir que no puede ser equiparado a la sentencia absolutoria. En cambio está dividida, especialmente entre civilistas y penalistas, si puede equipararse el sobreseimiento definitivo a los efectos de la aplicación del art. 1103 Cód. Civil. La Cámara Nacional en lo Civil de la Capital había declarado que el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal no hace cosa juzgada en el juicio civil; el primero, en absoluto, y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados (doctrina de la mayoría)(101)(284)
Pero la Corte Suprema de la Nación, en fallo del 8 de noviembre de 1951 interpretó que el codificador no ha utilizado la palabra absolución en el art. 1103 del Cód. Civil, con el preciso alcance técnico de sentencia absolutoria dictada en estado de plenario sino con el alcance común de la palabra, según el cual importa tanto como el pronunciamiento definitivo por el que se declara la inocencia del reo(102)(285).
d) Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiese pasado en cosa juzgada Las cuestiones prejudiciales previstas per el art. 1104 excluyen la redargución de falsedad.
e) A salvo los casos que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio original ni impedirá ninguna acción criminal posterior intentada sobre el mismo hecho o sobre otro que con él tenga relación (art. 1106 Cód. Civil).
f) Cualquiera sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada conservará todos sus efectos (art. 1106 Cód. Civil).
De las reglas mencionadas se desprende:
a.a.) Que se acuerda primacía a la acción criminal a la que se subordina la conclusión de la civil cuando haya sentencia condenatoria o absolutoria; en aquélla no se puede modificar ese estado de cosas en la causa civil.
b.b.) Si por la falta de coexistencia de ambas acciones se dictara previamente sentencia en la acción civil, ésta no influye en la criminal, que se podrá intentar, pero cualquiera sea la sentencia que recaiga en esta última no perjudicará los efectos de la cosa juzgada en el fuero civil (art. 1105).
Conforme lo hace notar Spota(103)(286), la interpretación judicial sobre

la materia concuerda con esas directivas y ya en antigua sentencia se fijó la doctrina interpretativa del art. 1105 afirmándose que: "la declaración de falsedad por adulteración de un documento privado recaiga en el juicio civil no forma prueba en el juicio criminal".
Esa tesis, aduce, "se funda en que la acción criminal persigue la punición del culpable del delito de falsificación del documento declarado auténtico en lo civil; su objeto es, por tanto, condenar al culpable. Pero el acto declarado válido en lo civil está protegido por la autoridad de la cosa juzgada y debe ser considerado auténtico (art. 1106). En otras palabras: la acción penal se dirige contra el falsario; en cambio la acción civil se dirige contra el documento".

6. Intervención del escribano

A) La intervención que corresponde al notorio en la argución de falsedad civil es en calidad de tercero, y su regulación legal está contemplada en los arts. 90 al 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
En esas normas rituales se prevé la intervención voluntaria y la coactiva. Podrá intervenir voluntariamente en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare.
La intervención coactiva u obligada tiene lugar si el actor en el escrito de demanda y el demandado dentro del plazo, para oponer excepciones previas o para contestar la demanda, según la naturaleza del juicio, solicitan la intervención de aquel a cuyo respecto consideraren que la controversia es común.
Bien dice Yáñez(104)(287)que ese "tercero" era tal mientras se mantuvo (o le permitieron permanecer) ajeno al proceso. En la oportunidad misma que se incorpora pasa a ser "parte". Por tal motivo Colombo ha propuesto denominar a la institución, "conversión de tercero en parte", lo que le parece acertado.
El mismo Yáñez hace una prolija sistematización de las clases de intervención. En la intervención voluntaria distingue la principal o excluyente, la adhesiva simple y la adhesiva consorcial o autónoma.
Considera que en la intervención adhesiva y simple, dada la posición procesal del que la asume toda vez que no tiene las facultades plenas de parte y que su intervención es meramente accesoria o subordinada a la que apoya, se puede afirmar que, en esencia, no reviste propiamente la calidad de parte.
Incluye en esta categoría la intervención del escribano en el proceso de falsedad o nulidad de la escritura pública pasada ante él.
A su juicio exige los siguientes requisitos a) Proceso pendiente; b) Interés jurídico; c) Capacidad procesal.
Insiste en que el tercero coadyuvante no reviste el carácter de parte autónoma, por cuanto su legitimación para intervenir en el proceso es solamente "subordinada", accesoria o dependiente de la que le corresponde al litigante con quien colabora. Por tanto, su actuación procesal se encuentra limitada por la conducta que asuma la parte

principal.
B) La intervención coactiva, llamada también obligada, provocada o forzosa, tiene por finalidad lograr que la sentencia a pronunciarse produzca contra el tercero efecto de cosa juzgada.
No incluye entre las ejemplificaciones ni entre los casos en que la jurisprudencia ha resuelto la intervención obligada de un tercero, el supuesto concreto de la argución de falsedad.
Pero hace comprender la hipótesis genérica del caso en que la sentencia a dictarse pudiera producir cosa juzgada a su respecto, siempre que no mediara oposición del actor y fuere procedente la acumulación subjetiva de la acción.
No obstante la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, con fecha 5 de marzo de 1975 tiene resuelto que el incidente de redargución de falsedad de una escritura debe tramitarse no sólo con las partes intervinientes en el acto, interesadas en hacerlo valer, sino también con el oficial público autorizante, que es parte esencial dada la responsabilidad civil y penal que puede derivar en un acto falso(105)(288).
Asimismo con respecto a la nulidad del documento notarial, ha aclarado la Sala F con fecha 21 de agosto de 1974 que demandándose la nulidad de una escritura corresponde aplicar el art. 89 del Código Procesal e integrar la "litis" con el escribano interviniente(106)(289).
C) De todo lo expuesto se deduce que no conviene al notario tomar intervención en la redargución de falsedad en calidad de tercero coadyuvante por las limitaciones antes señaladas que produce la intervención adhesiva simple.
Si el interventor adhesivo simple defiende un derecho ajeno y en interés propio y es titular de una relación técnicamente dependiente de la deducida en el proceso(107)(290), se advierte fácilmente que no podría asumir su defensa con la amplitud necesaria y con el inconveniente de que, segúnel art. 96 del Código Procesal, en todos los supuestos, la sentencia dictada después de la intervención del tercero o de su citación, en su caso, lo afectará como a los litigantes principales. Entre los inconvenientes que se atribuyen a la intervención adhesiva simple se incluye que, por tratarse de una situación accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoya, no puede interponer recursos con independencia de ésta.
Así lo ha interpretado la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, en fallo del 26 de febrero de 1973, al declarar que el tercero no puede apelar contra la sentencia, ya que el juez no lo consideró litisconsorte y es de aplicación la primera parte del art. 91 del Código Procesal, en cuanto considera la situación del tercero como accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyara(108)(291).
En un detenido estudio sobre la materia, Rodríguez Adrados(109)(292)sostiene que la intervención del notario al proceso de impugnación de un instrumento público, pendiente entre partes, compromete sus posibilidades de defensa y no es aconsejable la intervención adhesiva.

Con respecto a la intervención coactiva, si bien no tiene ninguna obligación de hacerlo, sí tiene la carga de la defensa, en cuanto que si no lo hace, a nadie más que a sí mismo podrá imputar las consecuencias de su conducta omisiva, incluso la posible injusticia de la sentencia que en el proceso llegue a dictarse y los danos que de ello le deriven.

La más recibida doctrina notarial, que ya sostuviera Fernández Casado, opina que para exigir la responsabilidad a un notario, es menester que éste sea citado desde el principio del pleito a fin de que, como parte principal, tome la defensa de sus actos y pueda justificar, al menos, que de su lado no ha habido malicia, ni negligencia, ni ignorancia inexcusable.

A su vez González Palomino(110)(293)ha dicho que no sólo por razones técnicas sino principalmente por razones de equidad y de buena fe el litigante que pueda resultar perjudicado por la sentencia que declare la nulidad o ineficacia de un instrumento público, por motivos que puedan constituir al notario autorizante en una responsabilidad civil, tiene el deber y la carga de notificar al notario la existencia del pleito y hasta de procurar su intervención en el mismo, con defensa propia y para evitar la indefensión del notario.

Es oportuno recordar que el III Congreso Internacional del Notariado Latino, con idéntica orientación, con respecto al tema "responsabilidad notarial" emitió dictamen en el sentido de: "Que sea adoptado el principio de que ninguna acción por responsabilidad podrá ser ejercida contra un notario como consecuencia de la oposición a un acto que haya otorgado, sin llamárselo a intervenir en el juicio a fin de permitir salvaguardar eficientemente sus derechos y legítimos intereses, evitándole así, en consecuencia, que se le oponga la autoridad de cosa juzgada como resultado de un juicio al cual no sólo ha permanecido extraño, sino que inclusive ha podido ignorar".