

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ACTO AUTÉNTICO NOTARIAL, EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL DOCUMENTO PRIVADO(*) (549)

LILIANA MARTA GRINBERG

SUMARIO

I. El documento notarial. II. El documento administrativo. III. El documento privado. IV. El documento notarial y privado en el derecho anglosajón.

El estudio del documento por civilistas y procesalistas se dirige a su eficacia probatoria, pues su finalidad es fijar el hecho histórico como prueba preconstituida.

El instituto de la prueba es de carácter procesal y pertenece, en nuestro derecho, a la regulación de las provincias; pero hay normas del derecho de fondo para proteger los derechos subjetivos que podrían ser dañados por una legislación inarmónica.

El derecho notarial tiene por objeto el estudio de la forma, y así la solemnidad exigida por la ley debe ser igualmente reglamentada en todo el país.

También el derecho penal se ocupa del documento, en el tema de delitos de falsedad o contra la fe pública.

En este ensayo trataremos de demostrar, luego de un análisis de los distintos documentos, que el documento notarial es el documento auténtico.

I. EL DOCUMENTO NOTARIAL

Es el objeto corporal, el papel escrito, que expresa y representa el pensamiento de su autor.

Primer elemento: corporalidad.

Objeto corporal { Es una cosa mueble, una res in rerum natura.

El papel escrito { Por el trabajo del hombre, tiene materia escriptoria y grafía.

La grafía como escritura

Se ha entendido que el documento es el documento "escrito".

Esta escritura comprende tanto la alfabética como la convencional representada por tallas u otros objetos.

En España se la denominó primitivamente "carta" y luego "escritura".

Como consecuencia de la reproducción mecánica, se han modificado las legislaciones notariales. Y así, entre nosotros, desde el año 1950 puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribirse a máquina. La tinta debe ser negra. Al respecto, Eduardo Pondé afirma que puede usarse el bolígrafo, y Carlos A. Pelosi lo acepta para las firmas, no así para el contenido.

El documento y el "opus"

El opus es la obra del hombre.

Hemos configurado el primer elemento del documento notarial como la CORPORALIDAD. Esta es el objeto corporal con la incorporación, por obra del hombre, de la grafía.

Francisco Carnelutti califica de opus al documento mismo, y no a la incorporación de la grafía. Así, este autor concluye en que el autor del documento sería el autor de una obra cualquiera. No existe un documento in rerum natura.

Antonio Rodríguez Adrados critica este concepto, pues lo fundamental y casi "fundacional" del documento es la noción de "autor" del documento. Este no es en sí un opus, ya que el trabajo del hombre sobre la res para incorporarle la grafía pertenece a la etapa predocumental.

Sólo se nos presenta el documento cuando una persona asume como propio el proyecto de documento.

Segundo elemento: CONTENIDO.

Es el pensamiento del autor. Es lo percibido por él del hecho histórico.

¿Se presenta o representa el pensamiento?

González Palomino nos dice que el autor "presenta" el documento y no lo representa. Da como ejemplo un acto de una obra teatral, en el que un mismo actor cumplía todos los papeles de la misma forma. El autor le dijo entonces: "No te presentes, representa".

La teoría de la representación es defendida por Carnelutti. Se afirma que no se expresa el pensamiento del autor, sino que se representa. Es decir, que el documento no contiene la declaración misma, sino la representación de ella.

Pero si nos detenemos en los principios de la lingüística, el lenguaje "es una forma y no una sustancia", afirma Saussure.

El pensamiento del autor puede expresarse en forma verbal o escrita, y, siguiendo en este lineamiento a Rodríguez Adrados, podemos deducir que el lenguaje escrito es superior al oral. Cita a Charles Bally con estas palabras: "En la conversación, la situación está casi siempre dada... Por el contrario, al escribir, tiene uno que crearse esa situación, armarla enteramente por medio de la ordenación particular de las ideas. Desde el instante de coger la pluma, se pone el tiempo en juego; se puede, a placer, reflexionar, elegir, combinar. En fin, lo que se escribe está destinado a la lectura; y, por consiguiente, se puede descontar el tiempo de que el lector podrá disponer para comprender, y, en caso de necesidad, para releer".

El hecho histórico

Es "el hecho del otorgamiento"; es sobre éste y no sobre el negocio jurídico sobre el que se otorga la fe pública.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El autor

Las distintas teorías son:

-Teoría de la firma: Es autor si firma el documento. Y así asume la paternidad. Crítica: hay documentos que no están firmados y, sin embargo, puede conocerse su autor. Incluso, podría usar seudónimo.

-Teoría corporal: Quien lo escribe (amanuense). Crítica: El documento es el resultado de una actividad intelectual.

-Teoría de la compilación: El autor es quien forma el documento; quien lo hace.

-Teoría de la causa e imputación: Es el autor, si puede imputársele.

-Teoría del autor del pensamiento.

Tercer elemento: RITO.

Forma del documento notarial

El notario debe cumplir un requisito para redactar el documento notarial: El RITO. Esto es, cumplir con formalidades legales.

Mientras que el instrumento privado sólo debe estar firmado y constar en doble ejemplar, la escritura pública debe labrarse en el libro de protocolo, numerado y rubricado, o sellado.

Componen el rito: El protocolo, la grafía, el orden cronológico, el número de escritura, el epígrafe, la fecha.

Caso de una escritura frustrada: Es un proyecto; "erróse" o "no pasó" la firma.

Ahora bien, la forma puede ser:

Constitutiva: Es forma de ser. Es la forma de declaración de voluntad.

Declarativa: Es forma de valer. Es, en el caso concreto del documento notarial, la especial eficacia.

Probatoria: Cuando facilita, en una etapa posterior, la prueba del negocio jurídico. La forma escrita es la más idónea.

El documento que contiene una declaración de voluntad es forma de ser porque da nacimiento al negocio jurídico; es forma de valer, por su eficacia; y es forma probatoria, pues, por su guarda y permanencia, asegura la prueba del negocio en él constituida.

El documento notarial es un documento "heterógrafo"

De acuerdo con Carnelutti, los documentos son:

AUTÓGRAFOS: Si el autor del documento es el autor del hecho histórico en él percibido.

HETERÓGRAFOS: Ambos no coinciden. La declaración proviene de un tercero y no del documentador.

Rodríguez Agrados coincide en que los documentos notariales más importantes contienen declaraciones ajenas al notario, y por ello, heterógrafos (para Núñez Lagos son "documentos de acto estatal abierto o compartido"). Pero cree que no existe ningún documento heterógrafo puro:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el documento siempre hay declaraciones de su autor y, sobre todo, su declaración de "paternidad" del documento.

El documento notarial y la función notarial

La función notarial nació por la necesidad de dejar constancia de toda relación patrimonial, hasta que fue considerada institución fundamental de cada pueblo.

Sucintamente la función notarial evolucionó así:

- Conocimiento en el arte de la escritura.
- Conocimientos gramaticales.
- Capacidad jurídica.
- Profesión organizada.

Siempre se identificó al notario con el documento.

Entre los hebreos existían tres clases de escribanos: scribe regis, templi y populi.

Entre los asirios y caldeos se han encontrado contratos grabados en ladrillos, referentes a permutas, préstamos, etc.

En Roma existían los scribas, exceptores, epistolares, que eran como taquígrafos que escribían signos o iniciales. Eran escribientes o amanuenses.

Los tabularii o tabeliones encuentran su origen en la palabra tabula, es decir, la tabla en la que se escribían los documentos.

La función notarial sufrió una evolución social y jurídica. Siempre fue excepcional, pues requería el conocimiento de la escritura.

Tan importante es la función de depositario de la fe pública, de consejero, de guardador de documentos que requirió reglamentación, y así surge la institución del notariado.

Las modernas leyes notariales deben asignar al notario la función de redactor del documento. Algunos ejemplos son:

Canadá (Quebec): Ley del 18 de diciembre de 1968. La principal función del notario es la de redactar y recibir actos y contratos a los que las partes deben o quieren dar la autenticidad de los actos de autoridad pública.

Colombia: Decreto N° 960 del 20 de junio de 1970. El notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial. Le corresponde la redacción del documento.

En la República Argentina el notario es redactor del documento.

El Anteproyecto de ley de los documentos notariales define al documento notarial como "el instrumento público autorizado por notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de la ley".

Clasificación

Originales: Protocolares. Extraprotocolares.

Traslados: Todo documento que no es original: copias, certificados, copias simples.

Protocolares matrices: Escrituras públicas. Actas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Extraprotocolares: Certificados. Actas. Otros documentos hechos fuera del protocolo.

II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

Siguiendo el pensamiento de Manuel de la Cámara Álvarez, se trata de considerar el documento administrativo, autorizado por un notario que es, a la vez, "funcionario".

Debemos descartar, pues, el documento emanado de la administración, en el ejercicio de su potestad certificante.

Sin embargo, consideramos que debemos distinguir esa potestad de la fe pública notarial. Y, entonces, afirmamos que no es lo mismo FE PÚBLICA Y FE PÚBLICA DOCUMENTAL.

La ley acuerda al notario su potestad fedante. Su autoridad sólo puede ser vencida por querrela de falsedad, por el hecho que cumple él o pasa ante él. La FE PÚBLICA, cuyo origen lo encontramos en la Partida III, implica la AUTORIDAD DEL DOCUMENTO.

La fe pública

Puede ser: Administrativa. Judicial. Notarial. Registral.

- Deriva del Estado.
- Se refiere a las manifestaciones del poder, actas de Gobierno.
- Los documentos los autoriza el funcionario público.
- El funcionario no es el autor.

La fe notaria

- Es autenticidad. El código francés llama al documento notarial acte authentique.
- El Estado necesita una persona que cumpla las normas que la ley exige para que una forma sea una escritura pública con la fe que el orden jurídico le atribuye.
- Contiene relaciones privadas.
- El notario autoriza.
- El notario es autor.
- También es FE PÚBLICA, pero no en el sentido de que deviene del Estado, sino que da valor ante terceros, y así se distingue el documento notarial del instrumento privado.
- El escribano es hombre común, pero el imperium de la ley confiere a sus afirmaciones plena fe. Y el público le deposita esa fe.

LA "FUNCIONARIZACIÓN" Y EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

El primer Congreso Internacional del Notariado Latino ha definido al notario como un profesional de derecho que tiene a su cargo una función pública.

Es la arnstrager de la moderna doctrina alemana.

Sin embargo, hay países de la U.I.N.L. en los que el notario es un funcionario auxiliar de la administración de justicia (Chile y muy recientemente Brasil).

El notario, además de su función pública, debe tener una función privada.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Atendiendo a la formación de un documento notarial, observamos una relación jurídica entre el notario y los requirentes.

Sintéticamente, en el proceso de formación de la escritura pública intervienen los siguientes elementos:

- Epígrafe y data.
- Comparecencia y requerimiento.
- Calificación del negocio. Se estudia la legalidad y legitimación.
- Configuración: en relación al régimen de aplicación.
- Documentación: redacción del acto en el protocolo.
- Lectura.
- Otorgamiento y firma.
- Autorización.

Podemos deducir el ámbito de actuación privada del notario. Su función asesora, no como un convenio entre notario y cliente, sino como una propia función notarial.

En el requerimiento se origina esa relación, y el notario entonces debe tomar iniciativas para encauzar la intención de las partes y redactar el documento.

Rodríguez Adrados enuncia la necesidad de estudiar e interpretar esa voluntad que a veces es incompleta, otras imprevisora, otras errónea. Y así el notario es conciliador, árbitro, previsor de las partes.

El funcionario público sólo tiene por misión el control de legalidad.

El notario es un profesional de derecho, que además de la función de control de legalidad del documento y del negocio tiene la función de autenticación, de dación de fe. Y también, función de conservación de matrices y expedición de copias.

La naturaleza de la función notarial es PRIVADA, y está sujeta a responsabilidad civil, penal y administrativa por los actos que autentica.

No vamos a extendernos en la naturaleza de la función pública administrativa y la de la función notarial, sino en tanto y en cuanto nos permita distinguir claramente el documento notarial (emanado de un profesional de derecho con función privada), del documento administrativo (emanado de otros fedatarios) que están sujetos a la función pública.

Acto notarial

El notario con función "privada" da autenticidad de fondo, del contenido del instrumento público. Así se detectan defectos, incapacidades, errores de hecho y de derecho, etc.

El acto notarial: NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO. No está sujeto a ningún régimen de disciplina ni recursos.

Sólo decae ante la querrela judicial. Está fuera del ámbito administrativo.

El notario latino tiene una actuación personalísima. Es el notario y no la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notaría quien sirve a la sociedad.

- Agilidad profesional.
- Organización y colegiación obligatorias.

-Intervención en el campo de los derechos humanos. Ej.: Le tiers témoin au service des droits de l' Homme, por François de Tinguy y André Lapeyre.

Acto administrativo

No contiene función asesora; sólo un limitado control de legalidad.

Acto administrativo: Lo define García de Enterría: "Es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria".

Es susceptible de invalidación por el órgano superior y de recurso contencioso administrativo.

El notario, en este sistema, se ajusta a una minuta o instrucciones.

El notario no tiene la misma preparación ni interés jurídico.

Su actuación es fungible. Lo importante es "la notaría", que tiene funciones que la sirven. Ejemplo de burocratización, Portugal: una notaría tiene 17 libros. Los costos administrativos son mayores y pertenecen al presupuesto del Estado.

III. EL DOCUMENTO PRIVADO

Para determinar el concepto del documento privado, debemos partir del documento público (concepto positivo).

Es privado todo documento que no es documento público. Incluso, si un documento público es formalmente nulo, vale como privado (principio de conversión, según art. 987 Cód. Civil).

Ya hemos caracterizado al documento notarial y enunciado sus elementos.

En este apartado trataremos de concluir, con método comparativo, que el documento notarial es el documento auténtico.

Documento público notarial

Es el autorizado por notario, con competencia y con las solemnidades requeridas por la ley.

Se requiere:

- Capacidad del notario.
- Legitimación del notario.

Es la posición del sujeto con respecto al objeto, es decir: el notario "forma"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el documento en el ejercicio de su función pública.

Documento privado

Cualquier persona puede redactarlo. No se requiere forma alguna (art. 1020 Cód. Civil).

Elementos: Firma: Se acepta jurisprudencialmente la firma a ruego. No así la impresión digital. Instrumentos privados no firmados, como libros de comercio y papeles domésticos son también medios de prueba de los contratos. Doble ejemplar.

EFICACIA PROBATORIA

-Cualquiera que fuera el contenido del documento (negocio jurídico causal) tiene sus propios valores y efectos jurídicos generales.

Siempre es prueba de la existencia del hecho que promueve su otorgamiento. (Juris et de jure).

- De todo lo que el notario hace, ve y relata.
- Es prueba juris tantum de la existencia del derecho que contiene. Confiere titularidad auténtica:
 - Legitimación del titular.
 - Presunción de legalidad del negocio.
 - Es título ejecutivo.
 - Da permanencia a la titularidad que se conserva para siempre en el protocolo.

De acuerdo con su contenido negocial, es el documento necesario para que el contrato se considere válido.

- Por sí mismos, no tienen valor probatorio.
- Debe haber reconocimiento por la parte a la cual se oponen (es una carga procesal).
- Debe acreditarse la autenticidad de la firma.
- Si no se reconoce un documento privado, vale como indicio.
- Puede hacerse el cotejo con firmas en bancos, o con otros documentos.
- El silencio es reconocimiento ficto.

REDARGUCIÓN DE FALSEDAD

Es material: Si no está autorizado por el notario, no está inserto en protocolo, ni en orden cronológico.

Es ideológica: En cuanto a la enunciación de los hechos cumplidos por el notario o ante él.

Es material: Caso de soberraspado, supresiones o adulteraciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El procedimiento en la vía civil puede realizarse por pretensión autónoma o incidental.

REGISTRACIÓN

Nuestra ley registral 17801 determina en su artículo 2º el contenido sustancial de los documentos inscribibles.

Y el artículo 3º, el contenido formal. Se enumeran los requisitos que deben reunir los documentos, para su entrada al Registro. Deberán:

- a) Estar constituidos por escritura notarial; resolución judicial, resolución administrativa, según legalmente corresponda.
- b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo.
- c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido objeto de la registración, sirviendo inmediatamente del título de dominio, derecho real o practicable.

"Para casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público o funcionario competente."

Para definir el título registrable, seguimos al doctor Miguel N. Falbo: "Es el documento auténtico que por su forma y contenido pueda considerarse suficiente tanto como para justificar la existencia de un derecho en favor de un sujeto sobre un bien jurídico determinado como para que en sede registral se practique el asiento correspondiente respecto al bien y al derecho."

De este modo, la presentación del título formal promueve el proceso de registración. Su contenido causal es importante, pues se realizan los asientos registrales. Pero debe ser auténtico y hacer fe por sí mismo.

El documento privado: Es fehaciente sobre la firma de los otorgantes.

El documento público notarial: Es fehaciente y es auténtico.

AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO NOTARIAL

- a) El primer requisito del acto del otorgamiento es la presencia del notario: Es el "ante mí" del documento notarial.

La autoría comprende:

- La identidad del autor.
- Su cualidad de notario.
- Competencia territorial.

Documento privado

No tiene autoría auténtica. Tampoco el documento privado es reconocido, pues la paternidad no deriva de él mismo sino en instrumento de reconocimiento.

No se convierte en escritura pública.

- b) Documento como res (objeto corporal), con la incorporación de la grafía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(opus).

La obra del autor (opus) tiene autenticidad corporal. Aparece, así, con plena eficacia; comprende la matriz y la copia.

Documento privado

No goza de autenticidad corporal (papel y grafía).

c) Autenticidad ideológica: debe coincidir el actum del notario con su dictum (la narración documental).

Es la autenticidad del pensamiento del autor contenido en el documento, que no existe en el documento privado.

El documento notarial es documento auténtico, pues goza de las tres autenticidades:

- Autor,
- Corporalidad e
- Ideológica.

IV. DOCUMENTO NOTARIAL Y PRIVADO EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

En el derecho inglés antiguo la transmisión de derechos reales se realizaba por medio de un acto real: se aparentaba, así, el cambio de dominio. Era la entrega de la investidura material: livery of seisin. Esta se había transformado en una rutina, con la evolución del comercio y la propiedad inmueble en la clase media.

En 1677 se promulgó el Statute of frauds, que exigió la forma escrita para la eficacia de un acto de disposición.

La constitución y transmisión de los derechos reales en el derecho anglosajón se denomina process of conveyancing. Los conveyancers tienen como principal tarea la de averiguar si el vendedor es el verdadero propietario. Es, al decir de Lawson, una probatio diabólica.

En 1862 se creó un land register (registro), pero muy pocos propietarios inscribieron sus títulos, pues la tierra no era fácilmente enajenable, ya que estaba en manos de familias terratenientes.

En los Estados Unidos de América se pudo implantar el sistema de recording, y así se registraban las compraventas de inmuebles.

En los libros de record se publican actos otorgados muchas veces por personas que no conocen el derecho.

Las etapas negociables en los EE.UU. son tres, a saber:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. Negocio jurídico. { Compraventa.
Bilateral causal. { Contra hipotecario } Dos partes: < vendedor.
comprador

2. Negocio jurídico. { El instrumento privado es el ele-
Unilateral de disposición. { mento formal.

Es el deed en la compraventa; mortgage en la hipoteca; grant en la servidumbre.

Especies de deed:

- Quitclaim deed: se transmite cualquier derecho real. El otorgante no tiene responsabilidad.
- Warranty deed: responsabilidad por turbaciones de derecho, pero limitada a hechos causados por el otorgante o sus sucesores.

3. Etapa registral

En este sistema se utiliza, pues, el instrumento privado. No es redactado por un profesional de derecho, y por ello adolece de vicios que dan lugar a nulidades. Por lo tanto, no hay seguridad jurídica.

Los métodos utilizados para asegurar la bondad de los títulos son costosos y complejos, a saber:

1. Abstracter: es similar a nuestro estudio de títulos.
2. Opinión: el dictamen del abogado, complementario del anterior.
3. Certificado de título: reemplaza al abstracter.
4. Seguro de título: es un contrato por el cual la compañía aseguradora paga una indemnización, como seguridad subsidiaria, en caso de turbaciones de derecho. Sin entrar en el análisis de cada uno de los enunciados anteriores sobre el derecho anglosajón y sin realizar una valoración crítica de ese sistema, si afirmamos que sus presupuestos son ajenos a nuestro sistema latino, caracterizado por la intervención imparcial del notario como asesor, previsor y formador del documento, con función pública de legalidad y autenticación.