341.411
C912c

Primera edición 1947
Segunda edición 1954

Otras publicaciones:

"Revista del Notariado", B. Aires.
"Revista de la Asoc. Escribanos", Montevideo.
"Estudio de D. Procesal Civil", t. 2, B. Aires.

BIBLIOTECA DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

SECCIÓN III
LXXIII

EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO NOTARIAL

EDUARDO J. COUTURE
Decano de la Facultad de Derecho y C. Sociales

"MEDICINA ANIMA"
TOMBO 16764
Sergio Jacomino - Notário e Registrador

BLANCA A. CARRACEDO VIRGILES
ABOGADA

MONTEVIDEO
1954

SUMARIO (*)

INTRODUCCION

I. — La fe pública como concepto jurídico.
II. — Propósito de este estudio.

CAPÍTULO I

LA IDEA DE FE PUBLICA

I. — La fe pública y la fe notarial.
II. — La fe pública de ciertos objetos públicos.
III. — La fe pública como estado de convicción colectiva.
IV. — Necesidad de delimitar el concepto.

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE FE PUBLICA

I. — La fe pública y la buena fe.
II. — La fe pública y la verdad.
III. — La fe pública y la plena fe.
IV. — La fe pública y la función notarial.
V. — Delimitación del concepto de fe pública.

CAPÍTULO III

CONTENIDO DE LA FE PUBLICA

I. — Solemnidad y prueba en los actos jurídicos.
II. — Representación y prueba de los hechos jurídicos.
III. — Representación e interpretación en el documento notarial.

(*) Véase el índice analítico al final del volumen.

CAPÍTULO IV

FUNCION DE LA FE PUBLICA

I. — Cometido de la fe pública en el orden jurídico.
II. — Teoría del poder certificante.
III. — Teoria del negocio complementario.
IV. — Teoría de la presunción.
V. — La fe pública como un criterio de prueba legal.

CAPÍTULO V

EFICACIA PROCESAL DE LA FE PUBLICA

I. — Alcance del precepto "instrumenta publica probant se ipsa".
II. — Límites objetivos de la eficacia probatoria.
III. — Límites subjetivos de la eficacia probatoria.
IV. — Eficacia probatoria de la escritura pública.
V. — Eficacia probatoria del instrumento notarial expresamente previsto en la ley.
VI. — Eficacia probatoria del instrumento notarial no expresamente previsto en la ley.

CAPÍTULO VI

EFICACIA SUSTANCIAL DE LA FE PUBLICA

I. — Significado de esta eficacia.
II. — Fe pública y responsabilidad.

BLANCA A. CARRACEDO VIÑOLES
ABOGADA

Instrumentorum incorrupta fide

(Codicis, IV, 21, 11)

INTRODUCCION

I. — La fe pública como concepto jurídico

1. — El concepto de fe pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana.

El escribano *da fe* de cuanto ha percibido "ex propii sensibus"; y el derecho *da fe* a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es, además, pública. Lo es, en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además, del público, por antonomasia.

Estas circunstancias han contribuído a dar al escribano un nombre propio. Se ha acostumbrado siempre a llamar a este profesional del derecho con un nombre derivado de las cosas de las que él se sirve: escribano, por su oficio de escribir; notario, por las notas de su registro; tabelión, de las "tablas" que fueron su instrumento; actuario, por las actas de su ejercicio; cartulario, por los papeles ("charta") de su labor (1). Su más reciente denominación de fedatario (2) deriva directamente de su función específica de "dar fe" de los actos que pasan ante él.

---

(1) Para estas etimologías, conf.: MENDES DE ALMEIDA: *Orgams da fe pública*, S. Paulo, 1897, pág. 103.

(2) El vocablo "fedatario" no aparece en las autoridades del idioma castellano, pero su uso tiende a difundirse, especialmente en el Río de la Plata. Así, PAZ: *Derecho notarial argentino*, Bs. As., 1939, pág. 79; D'ALESSANDRO SAULLO: *De las certificaciones notariales*, en: *Revista de Derecho Público y Privado*, Montevideo, 1942, t. 9, pág. 151.

Pero en el concepto de fe pública, como en muchos otros conceptos jurídicos, la precisión es sólo aparente y a medida que se medita sobre él se advierte de qué manera se va ensanchando y perdiendo exactitud.

Así, por ejemplo, en numerosas definiciones se hace extensiva a los funcionarios públicos, aunque no sean escribanos, la misión de dar fe o certificar determinados hechos; lo que constituye, ya de por sí, una primera extensión del concepto. De inmediato se advierte una nueva extensión que consiste en prolongar la idea de fe pública hacia objetos que no son documentos públicos, sino meramente privados. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando en el Código penal se califica la falsificación de documentos privados como delito contra la fe pública. Con un simple paso más, la fe pública se extiende a cosas que ni siquiera son documentos, como ocurre con las monedas o con el cuño que lleva la impronta del Estado.

Sucede, entonces, que la fe pública ha perdido su originario contenido y, en lugar de ser una atestación de la autoridad, se ha convertido en un símbolo o una mera representación. Ya evadido de su primitivo contenido, el concepto de fe pública se transforma en una mera opinión, espontánea unas veces, impuesta por el Estado otras.

II. — Propósito de este estudio

2. — Entre el concepto de fe pública como bien jurídico protegido en el Código penal y el concepto de fe pública del derecho notarial, existe una antitesis que es necesario superar. Entre el concepto de fe pública del derecho notarial y el concepto de plena fe establecido en el Código Civil, hay una diferencia que es menester aclarar. Entre el concepto de fe pública que hemos elegido como tema de investigación y la teoría de la solemnidad, existe un profundo ligámen cuyo sentido no agota el aforismo clásico "in sollemnibus forma dat esse rei". Entre la fe pública como calidad

del instrumento notarial y el proceso en el cual ese documento sirve de prueba, media otro vínculo que es preciso aislar rigurosamente.

Todos estos temas, que abarcan el derecho penal, el civil, el notarial y el procesal, constituyen los capítulos iniciales de este estudio. Ellos procuran solamente aislar el concepto de fe pública depurándolo de otros elementos que son adyacentes a él, pero que no lo integran necesariamente: la buena fe, la convicción psicológica colectiva, la verdad, la autoridad.

Aislado el concepto, es indispensable examinar su contenido, sus esencias propias. El tema se sitúa, así, en un doble campo: en el de la teoría de los actos jurídicos y en el de la teoría de la prueba. El primero pertenece a la teoría general del derecho; el segundo, al derecho procesal. Allí emplazada, la fe pública resulta ser, en último término, una particular forma de representación de los hechos jurídicos, tendiente a que, tanto en el comercio humano como en un eventual proceso ulterior, esos hechos sean admitidos tal como los ha percibido, interpretado y representado en su documento el escribano.

Esa particular forma de representación constituye, en sí misma, una calidad jurídica. Pero esa calidad está llamada a cumplir una función propia en el sistema del derecho. La doctrina ha individualizado muchas veces esa función, como una emanación de un supuesto "poder certificante" adscrito en ciertas enfáticas concepciones de derecho público, a la función propia del Estado. En otro terreno ha sido configurada, apenas, como un negocio complementario. El contrato, se dice, ya existe en el ánimo de las partes cuando éstas concurren ante el escribano; el documento es solamente una "renovatio contratus"; en todo caso, se trata más bien de cumplir un compromiso anterior y la escritura se halla más cerca del pago (como modo de satisfacer la obligación de documentar preexistente), que del negocio jurídico. En otro campo, todavía, se ha configurado la función de la fe pública como una simple presunción legal. El derecho,

BLANCA A. CARRACEDO VIÑO ABOGADA

afirma esta teoría, presume la verdad del contenido del instrumento notarial, salvo las posibilidades legales de impugnación.

Todas estas concepciones contienen elementos que no pueden ser científicamente desdeñados. Pero lo cierto es que ninguna de ellas coloca al tema en el doble emplazamiento que le corresponde dentro de la teoría de los actos jurídicos y dentro del campo del proceso civil, penal o administrativo. Es menester, en consecuencia, elaborar la doctrina sobre la base de los resultados de aquella reflexión anterior atingente a la función notarial propiamente dicha.

Queda todavía una consecuencia natural de todas esas meditaciones, que debe ser bien especificada. El documento notarial, y con él la fe pública, se refieren, en definitiva, a una medida de eficacia: eficacia de la forma sobre el fondo del negocio jurídico; y eficacia de esa forma sobre el proceso eventual en el que el hecho jurídico se cuestione. Esa medida de eficacia es literalmente un problema de derecho positivo. El documento notarial vale lo que el derecho positivo del tiempo y del lugar dicen que valen.

Dentro del derecho uruguayo la determinación de esa medida de eficacia no es, por ausencia de una exégesis escrupulosa, todo lo precisa que sería de desear. Es indispensable, en consecuencia, construir el sistema de nuestra ley. Como ese sistema no se logra sino merced a una coherente conjunción de las normas de diferente Códigos y leyes, la labor resulta por momentos muy árida. Así, a título de simple ejemplo, la determinación de la eficacia probatoria del instrumento notarial que no ha sido objeto de previsión particular en la ley, constituye aún hoy una zona de penumbra que hemos intentado, en la medida de nuestras posibilidades, iluminar.

3. — Es fácil comprender de qué manera un estudio de esta naturaleza abarca todo el derecho notarial.

El concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del derecho notarial. Esclarecer aquél es someter a examen y poner en cuestión esta importantísima

rama del derecho, tan ligada a antiguas tradiciones, y tan urgida hoy de una autonomía que va conquistando por derecho propio.

Nuestra investigación sobre un sencillo objeto jurídico, ha venido a transformarse, así, más allá de nuestros propósitos, en una introducción al estudio del derecho notarial.

Estas páginas son, pues, examen de un tema y preparación de otro. En cuanto investigación sobre un concepto jurídico, constituyen un empeñoso esfuerzo cuyos resultados no nos corresponde juzgar. Como introducción, o sea como simple camino tendiente a penetrar en un sector realmente importante del derecho, constituyen un homenaje a los ya valiosos esfuerzos realizados por los forjadores del moderno derecho notarial en los países de cultura latina.

No deseamos dejar concluída esta página preliminar, sin consignar aquí nuestra gratitud al Instituto Argentino de Derecho Notarial que, al conferirnos una inmerecida distinción, nos dió oportunidad de interesarnos de una manera preferente por este orden de problemas.

CAPITULO I

LA IDEA DE FE PÚBLICA

I. — La fe pública y la fe notarial

4. — *Fe* es, por definición, "la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública". Etimológicamente deriva de *fides;* indirectamente del griego *peitheio,* yo persuado.

Pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir "del pueblo" (*populicum*).

Fé pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria o manifesta.

Es evidente que cuando usamos este concepto en el lenguaje jurídico realizamos un juicio lógico: afirmamos que esta fe o creencia es pública y no privada; esta fe no privada tiene un contenido jurídico, no religioso, ni político, ni simplemente amistoso.

Pero la fe pública, ¿es, en realidad, una creencia notoria o manifiesta de carácter jurídico?

5. — Una primera acepción, restringida, de la fe pública, es la que adscribe al instrumento notarial.

Numerosas definiciones reputan que lo propio, lo específico de la fe pública, lo constituye su emanación notarial. "Es —se dice—, certificar los escribanos por escrito alguna cosa que ha pasado ante ellos" (1).

Con mayor rigor se habla de *fe pública notarial,* para

(1) CABANELLAS: *Diccionario de derecho usual,* Bs. As., 1946, pág. 234.

CA A. CARRACEDO VIÑOLE ABOGADA

referirse a esta acepción del concepto; y entonces se acostumbra a definirla como "la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos" (1).

Estas definiciones se apoyan en un modo familiar del lenguaje, según el cual la fe pública es la fe del escribano y no otra. No se dice, por ejemplo, que los funcionarios públicos, en general, son funcionarios de fe pública.

La fe notarial, se ha dicho (2), "es un atributo de la propia calidad de escribano que reviste el funcionario y éste, con sólo intervenir y autorizar un acto cualquiera con su firma, le impone autenticidad, que es lo que en el fondo implica la fe notarial de que es depositario".

Sin embargo, no obstante estas aseveraciones, el concepto, decíamos, comienza a ensancharse a medida que se le quiere apresar.

Este primer alargamiento de la idea de fe pública deriva, en nuestro país, de la propia ley.

Cuando el artículo 200: C. O. T., establece que "los actuarios o secretarios son funcionarios de fe pública...", etc., y se admite más adelante que se puede ser secretario sin ser escribano (art. 201), se viene a producir una primera e importante prolongación de la idea originaria.

Ya la fe pública no es sólo la fe de los escribanos, sino también la de los secretarios que, según el texto mencionado, pueden ser abogados.

Existen, además, muchas definiciones que atribuyen fe pública a los corredores, cónsules, y en larga medida, a funcionarios u oficiales públicos (3).

---

(1) Reglamento español de 2 de junio de 1944. Conf. CASTAN: *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, 1946, pág. 42; DE VELAZCO: *Derecho notarial*, Madrid, 1941, pág. 7.

(2) ORELLANO: *Curso de derecho notarial*, Montevideo, 1938, I, pág. 69, y *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 7 (1919), pág. 159.

(3) ORCAZ: *Diccionario elemental de derecho y ciencias sociales*, Córdoba, 1946, pág. 240; RAMIREZ GRONDA: *Diccionario jurídico*, 2ª ed., Bs. As., 1946, pág. 140; BARCIA: *Diccionario etimológico de la lengua española*, Bs. As., 1946, t. 3, pág. 365; PAZ: *Repertorio de derecho notarial argentino*, t. 2 y *Derecho notarial argentino*, Bs. As., 1939, pág. 48.

Esta idea fué, por lo demás, dominante en el derecho clásico. Como se verá más adelante, la escritura pública no es, históricamente, sino una emanación del instrumento público y, más específicamente, de la sentencia judicial. La fe pública de la escritura pública no es, pues, aparentemente, una fe distinta en su esencia de la fe pública del instrumento público. Dentro de nuestros textos legales el instrumento público es un género y la escritura pública es una especie dentro del género de los instrumentos públicos.

Nos hallamos, entonces, frente al hecho de que la idea originaria relativa al escribano, en su condición de funcionario de fe pública, no tiene el sentido de un monopolio. Existen otras personas que, sin título de escribano, se hallan legalmente en condiciones de dar fe o de expedir instrumentos a los que la ley coloca, en cuanto a fe se refiere, en el mismo rango que la escritura pública.

II. — La fe pública de ciertos objetos públicos

6. — Admitido el primer alargamiento del concepto, se advierte todavía que entre los instrumentos públicos aparecen algunos cuya entidad, más que rigurosamente instrumental, viene a adquirir un carácter simbólico.

Son instrumentos públicos de esta índole el papel moneda, los títulos y valores públicos. En esos instrumentos públicos, existe escrito un texto que representa una voluntad jurídica inherente al Estado: la obligación de pagar determinada suma al portador. Pero la moneda metálica no tiene tal texto, el que debe suponerse implícito; ni tiene siempre texto el cuño o impronta del Estado. Sin embargo, esos objetos públicos están cargados de representaciones.

Ha venido a ocurrir, entonces, que por virtud de una nueva prolongación, ciertos objetos materiales han adquirido un significado de fe pública en el Código penal.

7. — El Código penal configura como "delitos contra la fe pública" la falsificación de monedas, la falsicación de la impronta de los sellos del Estado, el uso indebido de sellos

verdaderos, etc. La fe pública viene a ser, así, como se verá más adelante, un bien jurídico protegido por la ley.

Y todavía en ese campo, ciertos objetos, aun algunos incorporales, resultan protegidos por la ley: las marcas de fábricas, las pesas y medidas, etc. (1).

Como se ve, ni siquiera el carácter originariamente privado de algunos de esos objetos, es un obstáculo a su protección por estar bajo el amparo de la fe pública.

En estos casos, se ha dicho (2), la fe deriva del sello, proposición que sería exacta si en ciertas situaciones no se estuviera en presencia de objetos que ni siquiera llevan el sello del Estado. Los billetes de pasajes de las empresas de transporte, aun privadas, se hallan, en el artículo 234 —C. P.—, comprendido entre los objetos cuya adulteración lesiona la fe pública.

8. — Los penalistas llegan, todavía, a distinguir en esta materia entre los delitos que quebrantan la fe en el gobierno (adulteración de monedas, falsedad instrumental, etc.) y los delitos que quebrantan la fe en los conciudadanos (aprovechamiento de las cosas dejadas en descubierto por necesidad relativa) (3).

III. — La fe pública como estado de convicción colectiva

9. — El que adultera documentos, o monedas, o sellos, hiere la fe pública en el sentido de que atenta contra el estado de pacífica convicción que el pueblo tiene de que las monedas son sanas, los documentos son auténticos, los sellos son los del Estado.

Se equipara, entonces, la fe pública, a la salud pública y a la seguridad pública. La fe pública, se dice desde este punto de vista (4) es "poder cada uno (el público) fiar de las pruebas".

---

(1) Código penal, arts. 227 y ss.
(2) Mendes de Almeida: *Orgams da fe publica*, cit., pág. 44.
(3) Carrara: *Programma*, XX, 5ª edic., págs. 5 y ss.
(4) Carnelutti: *Teoría del falso*, Padova, 1935, pág. 37.

El objeto que estamos estudiando ha venido a sufrir, así, no ya una prolongación, sino un afectivo desplazamiento.

Ya no se está en presencia de un acto del poder público, sino en presencia de un fenómeno espiritual, colectivo, inherente al pueblo en su conjunto. No se habla de *dar fe*, sino de *tener fe*. No se trata de atestiguar, sino de creer, en el sentido de confiar en lo atestiguado. La fe pública no es, aquí, un fenómeno activo de autoridad, que se impone de arriba abajo, sino un fenómeno pasivo, receptivo, que se mueve de abajo hacia arriba, del pueblo hacia la autoridad.

10. — Se acostumbra a atribuir a Filangieri, en las instancias de elaboración de Código penal italiano, la noción de fe pública como común creencia a tutelarse por la ley (1).

En virtud de qué razones es ésta una concepción errada, es un punto que se examinará en otra oportunidad de este estudio. Anotemos, ahora, de qué manera la noción de fe pública del derecho notarial tiene una primera extensión en el Código civil, al establecerse la autoridad de los instrumentos, y una verdadera evasión en el Código penal, al diluirse el concepto entre la convicción popular.

Lo extraño no es que los penalistas tengan esta idea de la fe pública; lo particular es que también así la conciban los escribanos (2).

11. — Acaso advirtiendo esta desconexión entre la fe como emanación de los actos públicos y la fe como creencia colectiva, se ha admitido que la fe pública es un estado de convicción impuesto por la autoridad.

Mediante la fe pública, se dice dentro de esta concep-

---

(1) Eenr-Romano di Falco, en: *Nuovo digesto italiano*, t. 5, pág. 1023; Zerboglio: *Delitti contro la fede publica e la pubblica incolumità*, pág. 142.
(2) Fernandez Casado, en Paz: *Derecho notarial argentino*, cit., pág. 48; Tirso de la Torre: *Comentarios a la legislación notarial*, Valencia, 1904, en Paz, cit., 47.

ción, el Estado impone la certidumbre en forma coactiva (1). El pueblo cree porque el Estado le manda creer.

Los penalistas del siglo pasado calificaban la fe pública como la fe sancionada por el Estado (*Pessina*); una realidad positiva que nace de un hecho de una autoridad superior (*Carrara*). Se trataría, en todo caso, no ya de una creencia surgida espontáneamente en el espíritu público, sino de un estado de ánimo creado por virtud de disposiciones de la autoridad.

Digamos, por nuestra parte, que las numerosas concepciones que contemplan la fe pública como una garantía que da el Estado acerca de la fidelidad de los instrumentos y en cuyo nombre exige creencia, tratan de conciliar la necesidad de una creencia requerida al pueblo, con la realidad de que tal creencia, en términos generales, no existe.

Se parte aquí de un dato cierto de la experiencia jurídica. El de que el pueblo no cree, realmente, en la verdad de todos los instrumentos públicos; pero se intenta atenuar esa ficción con una construcción emanada de los actos de la autoridad que impone coativamente esa creencia.

Para las acepciones primeramente expuestas, se debe hablar de fe pública como sinónimo de autoridad; para las segundas, como sinónimo de creencia; pero para esta última acepción, la fe pública equivale, simultáneamente, a creencia y a autoridad.

IV. — Necesidad de delimitar el concepto

12. — Cuando un concepto jurídico ha desbordado de tal manera sus primitivos límites, se hace indispensable acotarlo y fijarle su contorno propio.

Es lo que intentaremos, en una parte preliminar de carácter crítico, en el capítulo siguiente.

---

(1) SAHANUJA Y SOLER: *Tratado de derecho notarial*, Barcelona, 1945, t. I, pág. 15; BIBILONI: *Diario de Sesiones de Cámara de Diputados*, 1907, pág. 688; NAVARRO AZPEITIA: *Teoría de la autenticación notarial*; en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1942, pág. 678; PAZ: *Derecho notarial argentino*, pág. 49.

CAPITULO II

EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

I. — La fe pública y la buena fe

13. — La primera de las ideas afines que debe confrontarse con la de fe pública, es la inherente a la buena fe.

La fe pública, ¿es la buena fe o es un concepto diferente?

La aceptación pública de los billetes de banco, de los títulos creditorios del Estado, de las monedas, de los documentos que llevan el sello oficial, no constituye un acto de *fe pública* sino un acto de *buena fe*.

La buena fe es un estado psicológico colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias. La buena fe nos induce a creer que el semejante que se acerca a nosotros no lo hace para matarnos, sino para conversar; que la carta que recibimos con la firma de nuestro amigo pertenece, en realidad, a nuestro amigo; que el agente de la autoridad que viste el uniforme es, efectivamente, un agente público y no un usurpador.

La buena fe es lo normal en la vida psicológica, como la salud es lo normal en la vida fisiológica. Acostumbramos considerar un enfermo tanto a aquel cuyo organismo le impone la constante preocupación del dolor, como a aquel a quien su cavilosidad excesiva le impide creer en las apariencias y busca por debajo de cada una de ellas la expresión de otra realidad: la duda de que cada semejante sea un asesino, o que cada carta sea apócrifa, o que cada agente sea

un usurpador. La doctrina del derecho civil ya ha admitido la buena fe como una forma de creencia ínsita en la vida social (1).

Pero la fe pública no es una creencia, sino una atestación calificada. El funcionario cuyos documentos hacen fe asevera lo que ante él ha ocurrido, lo representa en el documento y esa representación es tenida por cierta dentro de los límites que determina el derecho positivo (2).

No se trata, pues, de la creencia del pueblo, sino más bien de una declaración dirigida hacia el pueblo para que crea bajo la fe del funcionario que presenció los hechos. Una antigua fórmula notorial, aún hoy utilizada en muchas partes, decía: "Sepan todos cuantos este documento leyeren que el día..." Ese es el exacto contenido de la fe pública.

Una aseveración de esa índole no debe asimilarse tanto a la salud como al certificado médico. Una persona idónea asevera (da fe) de un hecho que ha caído bajo sus sentidos. Su atestación se dirige hacia el futuro, hacia las partes y hacia los terceros, para que ellos admitan, bajo la responsabilidad de quien certifica, la verdad de ese hecho.

Tal atestación tiene la validez que el derecho positivo le atribuye; la idoneidad del funcionario le otorga su autoridad; las normas legales respectivas determinan la medida de su eficacia. Esa atestación constituye, además, en muchos casos, una forma *necesaria* del acto jurídico.

14. — No parece necesaria una mayor insistencia para eliminar del conjunto de materiales que forman este estudio, todos aquellos que digan relación con la común creencia.

---

(1) En una delicada construcción doctrinaria, el derecho civil ha distinguido entre "buena fe-creencia" y "buena fe-probidad". Así, ALSINA ATIENZA: *Efectos jurídicos de la buena fe*, Bs. As., 1935. Asimismo, FUZIER HERMAN: *Répertoire alphabetique du droit francais*, París, 1891 (Verb.: Bonne foi); GORPHE: *Le principe de la bonne foi*, París, 1928; SILVEIRA: *A boa fé no direito civil*, S. Paulo, 1941.

(2) *Infra*: 63 y ss.

Cuando la doctrina afirma que en un ambiente de buena fe no se ubica el fraude, como en las casas limpias no entran ciertas enfermedades (1), pone en evidencia que lo que el Código penal ha concebido como un bien jurídico a tutelar es la buena fe y no la fe pública.

Tal como hemos visto, fué el legislador italiano quien concibió la fe pública como un bien jurídico a proteger por el Código penal. El legislador alemán, en cambio, utilizó el concepto de fe pública en el artículo 415 —Z. P. O.—, en cuanto establece para el instrumento eficacia total si emana de funcionario idóneo; pero en el campo del derecho penal, los delitos de falsificación no son configurados como delitos contra la fe pública sino *contra la buena fe*.

II. — La fe pública y la verdad.

15. — Anotada la diferencia entre fe pública y buena fe, debe ahora señalarse qué razones militan para advertir que fe pública no es sinónimo de verdad.

La literatura que trata de mostrar la atestación notarial como una refrendación de los hechos, como una forma de verdad irrefragable, es muy abundante. En ella aparece el notario como una especie de ángel certificador que pone un halo de verdad en todo cuanto toca (2).

Por supuesto que, en el campo estrictamente técnico, ese énfasis debe ser limitado.

16. — Comencemos por admitir que ningún texto legal, en ningún sistema jurídico, confiere a los intrumentos notariales (ni aún a los instrumentos públicos) una significación de verdad irrefragable.

---

(1) CARNELUTTI: *Teoría del falso*, Padova, 1935, pág. 37. De "higiene jurídica" para referirse a la fe pública, también habla SAHANUJA Y SOLER: *Tratado de derecho notarial, cit.*, t. 1, pág. 23.

(2) Un expresivo ejemplo de este estilo lo constituye el sermón del arzobispo de Tarragona, monseñor LOPEZ PELAEZ, del 6 de mayo de 1914, reproducido en el volumen titulado *El notariado*, Bs. As., 1944.

BLANCA A. CARRACEDO VIÑ
ABOGADA

Un documento es, en sí mismo, una representación (1). Un hecho, vale decir, un simple acaecimiento de la vida, se produce en presencia del funcionario. Si su deber se lo impone, él lo representa, es decir, lo reconstruye mediante un relato escrito destinado a reproducir ese hecho para quienes están ausentes de él por razón de tiempo o por razón de lugar.

Pero en toda representación, una vez diferenciados el hecho y el documento, el motivo y el relato que lo reproduce, penetran nuevos elementos que no constituyen rigurosamente verdad, sino voluntad (2). La versión taquigráfica o la grabación mecánica de un discurso reproducen la actividad del orador al expresar lo que su oración encierra; pero no significan la verdad de sus conceptos. El funcionario o el aparato registrador recogen la actividad pero no la verdad; o, en el mejor de los casos, la verdad de la actividad. Admitir la verdad de todo cuanto un funcionario público ha escrito configuraría algo más que su autoridad: significaría su infalibilidad.

De la misma manera, cuando el agente policial levanta un acta del accidente de tránsito que ha podido percibir, se limita a reproducir, con mucha rusticidad en los medios técnicos, algo que han podido apreciar sus sentidos. Su acta no representa la verdad del hecho, sino la verdad de su percepción. La ley admite como se verá, la validez de algunas circunstancias inherentes a esa representación. Pero en ningún momento ha considerado sinónimo de verdad toda la aseveración del funcionario.

La fe pública recae, en determinadas condiciones, sobre la aseveración de realidad (p. ej., la realidad del otorgamiento del instrumento, o la realidad de su fecha), pero no recae, en modo alguno, sobre todo el contenido del documento. La fe pública de la escritura no recae sobre la voluntad manifestada en ella, sino sobre la manifestación de la voluntad. El dolo, la violencia o el error en la voluntad jurídica no se subsanan en la escritura pública, porque el escribano da fe de la manifestación de la voluntad, pero no de la voluntad misma (1).

(1) Más ampliamente, *infra*, 38.
(2) *Infra*, 38.

17. — Fe pública no es, pues, sinónimo de verdad. En el mejor de los casos, es sinónimo de verdad en la representación de determinados extremos (la manifestación de la voluntad, la manifestación de ciencia, el hecho de haberse otorgado, la fecha).

Pero esa verdad sólo constituye representación de representaciones.

El escribano, al certificar, representa lo que le ha dicho el otorgante. Pero lo que ha dicho el otorgante sólo es, a su vez, una representación de lo que el otorgante sabe o quiere.

18. — Y queda, por último, una muy significativa reserva para la verdad de la fe pública.

Tal como se verá en el momento oportuno, aun la verdad de la aseveración notarial queda sometida a las impugnaciones de falsedad o de simulación.

Esto significa, en último término, que la verdad de la fe pública sólo recae sobre ciertos elementos del instrumento notarial; y que aun sobre esos elementos sobre los cuales recae, se halla subordinada a lo que en definitiva se decida, si se produjera su impugnación.

III. — La fe pública y la plena fe

19. — Debe dilucidarse ahora un punto de muy singular importancia: el de saber qué relación existe entre fe pública y plena fe.

En ningún pasaje de nuestro sistema legal se menciona la fe pública como una medida de eficacia probatoria. Se menciona, en cambio, el concepto "plena fe", en los artículos 1574, 1575: C. C. y se utiliza el concepto "plena prueba" en los artículos 350 y 351: C. P. C.

(1) *Infra*: 41.

¿Equivale el concepto de "plena fe" al concepto de "fe pública"?

La dilucidación de este punto constituye una de las instancias centrales del presente estudio.

Si fe pública y buena fe se equivalen, nos hallamos en presencia de una repetición innecesaria. Todos los documentos que hacen plena fe son documentos de fe pública y, en consecuencia, lo que corresponde estudiar como tema central de esta investigación no es el concepto de fe pública sino el concepto de plena fe. Si, por el contrario, ambos conceptos no se corresponden, entonces será menester establecer cuál es el "quid novum" que distingue la fe pública de la plena fe.

20. — Comencemos por admitir un simple hecho que atañe al léxico.

Cuando se habla de fe pública para referirse a los documentos se alude a algo específicamente notarial. No se dice, por ejemplo, que el juez, o el ministro, o el embajador sean "funcionarios de fe pública" Se dice, en cambio, que son funcionarios de la fe pública el escribano o el secretario judicial. Este es un hecho, un simple hecho del lenguaje. Pero en la determinación de los conceptos, los hechos del lenguaje no pueden ser desestimados.

Cuando en el sistema de la ley se utiliza el vocablo "ministro de fe pública" (1) o, más sencillamente, "funcionario de fe pública" (2), no se alude a las condiciones normales y genéricas de todos los funcionarios públicos. Con esas palabras se alude a lo que, a lo largo de toda la historia, fué una misión específica del notariado y muy especialmente de la secretaría judicial.

(1) Ley chilena de Organización de los Tribunales, art. 336; BALLESTEROS: *La ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile*, Santiago, 1890, t. 2, pág. 548; LAGARMILLA (E.): *Proyecto de Código de Organización de los Tribunales* (inédito); su texto aparece en el Libro de Actas de la Comisión Redactora y se halla en el Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social de nuestro país.

(2) C. O. T.: 200.

Es sabido que la función del secretario judicial ha estado rodeada, desde sus orígenes, de cierto simbolismo y de un acentuado signo de autoridad moral. El notariado, emanación de ella, ha conservado sus atributos (1).

Cuando en la ley chilena de 1875 se requiere para ser secretario la misma aptitud que para ser juez, o cuando en nuestro Código de Organización de los Tribunales, se requiere la condición de abogado o la condición de escribano, no se hace para disminuir la significación moral del cargo, extendiéndolo a cualquier otra persona aunque no sea escribano, sino, por el contrario, para darle mayor autoridad y significación.

No debe buscarse, pues, el sentido de las palabras "fe pública" fuera del notariado o fuera de la secretaría o actuaría judicial. La condición de "magistrado de fe pública" del escribano o del secretario es, ante todo, una cualidad funcional. Sólo el escribano o el secretario ejercen ese ministerio.

21. — Ahora bien: la primera consecuencia que se extrae de ese hecho, es la de que, al no designar al juez, al ministro o al embajador como funcionarios de fe pública, no se da a los documentos que ellos expiden el carácter de documentos de fe pública. Sin embargo, esos documentos hacen plena fe.

La resolución ministerial, la sentencia o la comunicación del embajador son documentos de carácter oficial, expedidos por funcionario competente, en el límite de sus atribuciones y con la formas requeridas por la ley. Como tales, hacen *plena fe*; pero no son documentos de fe pública, ya que carecen, específicamente, de la investidura notarial de su autor.

(1) En los orígenes griegos de la institución, el escribano debía dormir tres noches consecutivas en el templo de la fe, como para recibir el sello de la divinidad. En Macedonia se quemaba, para su recepción, un cangrejo, que era el símbolo de la indiscreción, y sus cenizas se arrojaban al viento. BAST: *Les galeries du Palais de Justice*, t. 1, pág. 495; DALLOZ: Rep. Greffier, n. 1; BALLESTEROS: 2, 549.

22. — Otro elemento de significación que debe ser anotado es el siguiente: la sola ingerencia del escribano en un instrumento, no da por sí sola la calidad de plena fe.

Por ejemplo: se otorga un contrato de mutuo entre Tizio y Caio; sus firmas son certificadas al pie del propio instrumento por el escribano. Aparentemente, todos los elementos de la plena fe se hallan reunidos: instrumento, otorgamiento, fecha, firma y autenticidad. Sin embargo, no ocurre tal cosa: ni el documento es auténtico, ni tiene fecha cierta.

El documento no es auténtico, porque la autenticidad no se la da la certificación. Esa constancia, en el ejemplo sólo constituirá el añadido de un testigo respetable, pero no le brinda autenticidad. Esta sólo habrá de brindársela el reconocimiento *judicial* del documento (1); el reconocimiento ante escribano, obvio es decirlo, no es un reconocimiento judicial. Y en cuanto a la fecha cierta no existe, porque no se está en presencia de ninguno de los supuestos del artículo 1587: C. C.

De esta circunstancia debemos inferir, necesariamente, que la plena fe no es, tampoco, una emanación natural de la ingerencia del funcionario de fe pública.

23. — Otra nota diferencial entre fe pública y plena fe la constituye la distinta naturaleza del carácter público de ambas.

El instrumento público es siempre, necesariamente, oficial. Ese carácter es el primero en la enumeración de los requisitos, para que adquiera la condición de tal. La escritura pública y el instrumento notarial, en cambio, no revisten, necesariamente, carácter oficial. No lo tienen ni en razón de su contenido, pues normalmente afectan intereses particulares; ni en razón del funcionario autorizante, ya que el escribano no es funcionario público (2).

24. — Este conjunto de notas diferenciales entre plena fe y fe pública permite ir delimitando ambos conceptos.

(1) C. C.: 1581. *Infra*: 74 y ss.
(2) *Infra*: 29 y 30.

De plena fe podemos hablar como *una medida de eficacia* probatoria: la eficacia probatoria plena. Lo que está probado mediante instrumento que merezca plena fe no necesita otra prueba. Más allá de la plena fe no hay nada en materia de eficacia probatoria.

De fe pública, en cambio hablamos para referirnos a *la autoridad del documento*.

La fe pública del documento deriva de su autor, el escribano; y esa autoridad constituye una calidad especial que es independiente de su eficacia probatoria. Un instrumento notarial, como la escritura pública, puede tener una significación mayor que un instrumento público, tal como ocurre en los casos en que la ley requiere la escritura "ad solemnitatem". Otro instrumento notarial, dotado de fe pública en razón de su autor, puede tener eficacia inferior a la del instrumento público, tal como ocurre en ejemplo recientemente propuesto de la certificación notarial de la firma.

Eficacia y autoridad son, pues, dos significados diferentes del instrumento (1).

25. — Nos queda, como consecuencia de esta serie de reflexiones, una conclusión que podemos considerar suficientemente firme: plena fe y fe pública no son sinónimos.

La plena fe es una medida de eficacia probatoria; la máxima medida de eficacia probatoria. La fe pública es una calidad (autoridad) del documento derivada del hecho de la participación del escribano.

IV. — La fe pública y la función notarial

26. — Determinadas las relaciones con la buena fe, con la verdad y con la plena fe, es necesario todavía, fijar con cierta precisión las relaciones de la fe pública con la función notarial.

(1) Una distinción de esta índole, aunque con alguna diferencia de significado, ha sido hecha para la sentencia judicial por LIEBMAN: *Efficacia ed autoritá della sentenza*, Milán, 1935. Este libro acaba de ser publicado en traducción española por SENTIS MELENDO, Bs. As., 1946.

El problema se plantea en los siguientes términos. Que los funcionarios públicos expidan documentos que, dentro de ciertos límites, hacen plena fe, es algo fácilmente concebible dentro de los fines propios de la autoridad. Pero que los escribanos tengan esa misma virtud, sin ser funcionarios públicos (1), es algo que requiere una explicación particular.

Trataremos de dar esa explicación con una brevísima incursión, la más breve posible, dentro del campo histórico.

27. — La autenticidad, o sea la misión de dar *autor cierto* a los documentos, fué clásicamente misión de la autoridad pública.

Pero determinados actos privados, de especial significación, ya sea inherentes a las personas, ya sea inherentes a los bienes, reclamaban una especial solemnidad. Se pensó, entonces, que sólo la autoridad podía darla. En las etapas finales del derecho romano, comienzan a simularse actos de autoridad para revestir de formas solemnes a los actos privados. Así, por ejemplo, la "in jure cessio", la "emancipatio" o la " manumissio", por su significación en la vida civil, reclamaban algo más que una simple escritura privada. Se acudió, entonces, a una simulación. El acto jurídico se disfrazó de proceso y bajo la apariencia de un litigio, se sometió a la decisión judicial. El magistrado dirimía el supuesto conflicto y autorizaba el acto jurídico. Su sentencia tenía el sello de la autoridad, y era, por antonomasía, un instrumento público (2).

(1) *Infra*, 29; en nota.

(2) Conf., Di Blasi: *Giuridizione volontaria*, en: *Nuovo Digesto Italiano*, t. 6, pág. 401. En la misma obra, Dona: *Notariato ed archivi notarili*, t .3, pág. 1055. No obstante la antigüedad de la institución, se nota últimamente una tendencia a admitir que los orígenes del notariado no deben irse a buscar más allá del derecho romano, en sus últimos tiempos, y para muchos autores, de la Edad Media. Conf.: Azpeitia: *Derecho notarial extranjero*, t. II, págs. 29 y ss.; De las Casas: *Diccionario general del notariado de España y ultramar*; Lopez Palop: *El notariado español*, publ. en: *Homenaje a Clemente de Diego*, pág. 223; Sanahuja y Soler: *Tratado de derecho notarial*, cit., t. 1, pág. 7; Alcala Zamora y Castillo: notas al *Sistema* de Carnelutti, t. 2, pág. 559.

28. — Desde los primeros tiempos, se acostumbró a asociar al magistrado un notario o tabelión, que vino a dar al proceso un signo de mayor autenticidad.

Pero en un breve estadio histórico posterior, es el magistrado el que desaparece y queda sólo el tabelión o notario, el que refrenda el acto jurídico. Nace, así, la jurisdicción voluntaria, que es una verdadera función administrativa desenvuelta dentro del ámbito jurisdiccional. Más tarde, la jurisdicción voluntaria se desprende de la jurisdicción oficial y pasa directamente a los notarios (1).

El acto notarial, es, históricamente, un sucedáneo de la autoridad. Cuando en la Edad Media y en el Renacimiento los notarios autorizan sus escrituras, lo hacen junto o al lado de la autoridad. El notario, frente a reyes, señores y jueces que no saben escribir, es el órgano auténtico en quien se ha delegado una parte muy significativa de la autoridad (2).

29. — En qué medida el escribano de nuestro tiempo conserva ese atributo de autoridad, es un punto susceptible de la más diversas interpretaciones.

Frente a los textos legales que dan a los escribanos el carácter de funcionarios públicos, se alzan otros que les niegan ese carácter. Y frente a las opiniones que les atribuyen el carácter de tales, se alzan los que se las niegan, aun en

(1) Rolandino: "*Summa artis notariæ*", parte 3ª, cap. 9, apud Di Blasi: *Giuridizione volontaria*, cit., pág. 403; Pothier: *Traité de la procédure civile*, parte IV, cap. II, n. 1.

(2) En el "droit coutumier" la documentación aparece inseparablemente unida a la autoridad real o señorial. Decía el texto: "Tout gentil homme et homme de poeste poent faire reconnisances de lor convenances par devant lor segneurs, dessoz qu'ils sunt couquant et levant ou par devant le souvrain" Beaumanoir: *Coutume de Beauvoisis*, t. 2, cap. 35, n. 18; Bonnier: *Traité des preuves*, t. 2, n. 462; Planiol: *Traité pratique*, t. 2, n. 46. En España, la Partida II, L. 7, tít. 9. definía a los notarios como "aquellos que fazen las notas de los preuilejios e de las cartas, por mandato del Rey o Chanceler".

BLANCA A. CARRACEDO VIÑOLES
ABOGADA

aquellos países en los cuales la ley atribuye al escribano el carácter de funcionario público (1).

El problema de la condición del escribano no es un problema de definición legal. Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así; pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura (2).

El escribano público será funcionario público, si la ley le asigna, en el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal.

30. — La función notarial es *una función pública a cargo de un particular.*

El escribano público, dentro del sistema legal uruguayo, es un profesional universitario. Su condición de tal, en el régimen vigente, se la da la Universidad mediante estudios muy especializados y su inscripción en la matrícula a cargo de la Suprema Corte configura su incorporación al

(1) Como es sabido, las definiciones legales italiana, francesa, española y argentina han dado al notario la condición de funcionario público. Pero ello no obsta a que los propios comentaristas de esas leyes les nieguen tal carácter. P. ej., Díaz de Guijarro: *Jurisprudencia argentina*, t. 31, pág. 256; Aguiar: *Responsabilidad civil*, pág. 200; Halperin: *Responsabilidad civil de los escribanos*, en: *La Ley*, t. 8, pág. 96, sec. doctr., pero con la reserva de que lo es cuando actúa en el protocolo. En Francia, Planiol: *Dalloz Periodique*, 1911, II, pág. 491; Mazeaud: *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, n. 513. En Italia: Dona: *Notariato ed archivi notariale*, en: *Nuovo Digesto Italiano*, t. 8, pág. 1058. En España la significación del cometido profesional que actúa por encima de la condición de funcionario público, parece abrirse camino, según surge de las numerosas referencias de Castan: *Función notarial y elaboracion notarial del derecho*, cit. pág. 39.

(2) Así, y más ampliamente, en la Exposición de Motivos del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, pág. 125.

régimen administrativo inherente a la profesión (1). Se puede ser escribano público sin incorporación a la matrícula, con la consecuencia, en este caso, de que no será posible ejercer la profesión. El requisito administrativo pertenece *al ejercicio* pero no a *la esencia* del notariado.

No debe extrañar la existencia de una función pública a cargo de un particular, porque el orden jurídico está poblado de situaciones de esta índole. Función pública desempeñan el testigo, el perito, el síndico, el depositario, el interventor, el ciudadano que constituye la mesa receptora de votos el día de los comicios, etc. Y sin embargo, la ley no les otorga la condición de funcionarios públicos.

V. — *Delimitación del concepto de fe pública*

31. — Resumiendo cuanto ha sido expuesto en este capítulo, pueden asentarse algunas ideas que han de servir de base para la construcción ulterior:

a) La fe pública no es un estado de creencia colectiva. Cuando el Código penal reprime determinados hechos por considerarlos atentatorios contra la fe pública, no se refiere a ésta, precisamente, sino a la buena fe.

(1) La condición de funcionario público del escribano constituye un tema que no puede ser dilucidado en este estudio. Escritas estas páginas, íntegramente, sobre la base del derecho uruguayo, el punto de que el escribano no es plenamente funcionario público resulta indudable. Si el escribano fuera funcionario público, sería absolutamente inexplicable el artículo 245 del Código penal, que establece que "a los efectos de la falsificación documentaria *quedan equiparados* a los funcionarios los Escribanos legalmente habilitados para ejercer la profesión". Conf., Gerona: *La reforma notarial*, Montevideo, 1934; Orellano: *Curso de derecho notarial*, Montevideo, 1938, t. 1, pág. 33; Quagliata: *Régimen del notariado nacional*, 2ª ed., Montevideo, 1942, pág. 17, con reservas: *Tercer Congreso Nacional de Escribanos. Proyectos*, Montevideo, 1946, pág. 28, también con algunas reservas: Arias Barbe: *De la prueba*, Montevideo, 1943, pág. 83; Prunell: *Responsabilidad civil del escribano*, Montevideo, 1947, pág. 79, donde el tema se plantea correctamente con relación a su estado actual en nuestro país.

b) La buena fe y la fe pública no deben ser confundidas. La buena fe es una creencia; la fe pública es la calidad y autoridad de una atestación.

c) El contenido de la fe pública no es, necesariamente, un contenido de verdad. En diversas circunstancias, el derecho limita la eficacia de esa atestación o aún la llega a anular.

Tampoco fe pública es sinónimo de plena fe. La ley otorga eficacia de plena fe a los actos oficiales regularmente expedidos; pero esa plena fe no es la fe pública. La plena fe es una medida de eficacia y no una calidad del documento.

32. —Todas estas circunstancias, tomadas en su conjunto, nos permiten definir la fe pública como la *calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función.*

CAPITULO III

CONTENIDO DE LA FE PÚBLICA

I. — Solemnidad y prueba en los actos jurídicos

33. — La fe pública es, decimos, una calidad. Pero como toda calidad, es inherente a una sustancia. El problema se desplaza, entonces, hacia el punto de saber cuál es la sustancia o contenido de la fe pública.

Por supuesto que esa sustancia es una aseveración. Cuando el escribano da fe, asevera un hecho. Lo primero de la fe pública es, pues, la aseveración misma.

Esa aseveración, por su parte, es una representación. Los hechos que han ocurrido bajo los sentidos del escribano, aparecen en el documento re-presentados, vale decir, presentados nuevamente, bajo la forma escrita.

Bien podemos afirmar, en consecuencia, que el contenido de la fe pública es su calidad re-presentativa de los hechos.

Pero esa representación tiene en el mundo jurídico un significado muy particular. El derecho, por virtud de larguísimos procesos históricos, ha venido vinculando esa forma representativa a la suerte de los hechos. Esta vinculación es, en sí misma, la relación necesaria entre forma y sustancia.

Dicha relación constituye el punto de partida forzoso de una investigación sobre el contenido de la fe pública.

34. — Por *forma* puede entenderse en derecho, todo elemento sensible que envuelve exteriormente un fenómeno jurídico. Es, en sí misma, una hechura plástica que permite distinguir los hechos jurídicos de todos aquellos que

no lo son, caracterizándolos, individualizándolos, permitiéndolos distinguir en función de sus manifestaciones aparentes (1).

Privado el derecho de esa sustancia plástica que recubre exteriormente los actos, muy difícilmente los podría calificar una vez que se hubieran hundido en el tiempo, en la multitud de los acontecimientos intrascendentes.

Aun el hombre primitivo distingue la necesidad de envolver sus actos más significativos. En él la solemnidad se asocia, además, a cierto gusto natural por la decoración y por los símbolos. El derecho primitivo, hasta muy avanzadas instancias de perfeccionamiento, está frecuentado por estas exteriorizaciones simbólicas mediante las cuales se hace sobrevivir en el recuerdo, ya sea por ceremonias solemnes, ya sea por monumentos llamados a perdurar, los hechos sociales más trascendentes: el nacimiento, el matrimonio, la muerte, la adquisición o la pérdida de la propiedad, de la libertad, de la paz, etc. (2).

35. — El derecho ha seguido en ese punto el mismo recorrido que el arte y que la religión. La liturgia jurídica no ha tenido, en muchas instancias históricas, menos significación que las formas sensibles en la escultura y en la pintura y que la liturgia del culto (3) La ingenuidad de ciertas formas jurídicas históricas que hoy nos sorprende, no puede ser desprendida de la profunda compenetración que religión, arte y derecho tuvieron en ese tiempo (4).

---

(1) Conf. DUHAUT: *De la forme et des caracteres et ses effets en droit romain*, Nancy, 1881, pág. 12; GENY: *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, t. 3, págs. 95 y 101.

(2) MICHELET: *Origines du droit francais cherchées dans les symboles et les formules du droit universel*, cit., PICARD: *Le droit pur*, Paris, 1919, pág. 178, con muy elocuentes ejemplos.

(3) Conf. IHERING: *Esprit du droit romain*, trad. franc., ns. 21, 22, 27, 28, 30.

(4) "Si, des Andes a l'Himalaya, du Pacifique aux oasis africaines et du Nil a la Mer du Nord on tente d'embraser d'un coup d'oeil le poeme plastique universel dans celles des manifestations ou l'homme s'est le plus constamment et le plus magnifiquement défini, on le

En nuestro tiempo, el derecho ha ido reduciendo al mínimo las formas plásticas requeridas para la identificación de los procesos internos de la voluntad jurídica. Pero en cambio, en aquellos casos en los cuales ha mantenido la exigencia de la forma, la ha asociado de tal manera a la esencia misma del acto, que ha terminado por hacer inseparables una y otra. La llamada exigencia de la forma "ad solemnitatem" o "ad substantia", no es otra cosa que una vinculación inseparable de la esencia y de la envoltura. La ausencia de la forma comporta el desconocimiento de la esencia. Como en el derecho antiguo, todavía hoy "el fondo comporta la forma", o para utilizar su propio lenguaje: "in sollemnibus forma dat esse rei".

La única variante sensible es la de que, en tanto en muchos momentos del derecho primitivo la forma se dió por la forma misma, en el derecho moderno la forma se da como una garantía o seguridad de la sustancia (1).

36. — Un estudio de las relaciones entre forma y sustancia en el derecho, conduciría a profundizar la clasificación propuesta (2) de formas solemnes, probatorias, de publicidad, habilitantes, procesales y fiscales.

Esta clasificación, que requiere ciertas rectificaciones necesarias, tales como la refundición entre formas probatorias y procesales, permite, sin embargo, distinguir lo que desde el punto de vista de este trabajo es indispensable destacar. La distinción entre *formas solemnes* y *formas probatorias*, dentro de la teoría general de las formas, constituye un dato del que no se puede prescindir.

Ahora bien: la forma solemne, examinada en sí misma,

---

trouve presque partout lié a un support mystique d'auttant plus impréssionant qu'il traduit presque partout un sentiment unanime" (ELIE FAURE: *Histoire de l'art. L'esprit des formes*, Paris, 1933, pág. 378).

(1) Conf.: AMEZAGA: *De las nulidades en general*, Montevideo, 1909, pág. 124; DE LOS REYES PENA: *Comunicación a la Comisión de Codificación de la fe pública notarial*, en: *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 23 (1937), pág. 357.

(2) GENY: *Science et technique...*, cit. pág. 107; el mismo: Mé-

en su contenido más profundo, no difiere de la forma probatoria. La solemnidad no es sino una prueba acrecentada; o si se quiere, en sentido inverso, la prueba (re-presentación) no es sino una solemnidad disminuída. El acto solemne es solemne, simplemente para que no se olvide (1). La ceremonia litúrgica, la ceremonia cívica y la ceremonia jurídica, no procuran, en sí mismas, otra cosa que una mayor penetración en la sensibilidad y en la memoria humana. La solemnidad es la prueba ostensible y pomposa de la vida primitiva; la forma escrita moderna suple en muy buena parte los sucesos del naufragio de la memoria; pero la forma escrita, dotada todavía de cierta forma de solemnidad externa, tal como la intervención de un magistrado, de un alto funcionario, de un profesional especialmente habilitado, de testigos que son el símbolo de la publicidad y notoriedad del acto (2), constituye una especie de prueba reforzada, tendiente a quedar grabada en el recuerdo no sólo por la perdurabilidad del documento escrito, sino también por la significación externa de la ceremonia misma.

Esta circunstancia, de que el acto solemne venga a constituir así una especie de prueba reforzada o privilegiada, ha venido a trasladarse desde el campo del derecho probatorio al campo de la teoría de los actos jurídicos. Pero no por eso la solemnidad pierde su significado rigurosamente probatorio. La paz y la tranquilidad del documento son la paz y la tranquilidad de que si llegara a cuestionarse en un proceso el derecho documentado, la escritura decidirá por sí sola el proceso.

Cabe preguntarse, entonces, por virtud de qué fenómeno profundo la solemnidad y la publicidad del acto solemne llegan a constiuirse en una estructura necesaria del acto.

---

thode d'intérpretation et sources en droit privé positif, París. 1919, 2ª ed., t. 1, pág. 184.

(1) PICARD: *Le droit pur, cit.*, pág. 181.

(2) Conf., sobre la participación de los testigos en las escrituras, las agudas referencias de DE LOS REYES PENA: *Comunicación a la Comisión..., cit.*, pág. 402.

37. — Esa respuesta fué dada agudamente mediante una sutil asimilación de la prueba escrita a la posesión.

En un documento de verdadera importancia científica (1), se ha configurado a esa poderosa significación externa de la forma sobre los actos jurídicos, como una especie de "quasi posesión" de los derechos que resultan del acto. Las razones políticas que inspiran la exigencia del acto escrito han corrido parejas con las razones de la exterioridad posesoria. La publicidad, el interés de los terceros, la necesidad de un pacífico goce del derecho, se hallan tanto en uno como en otro fenómeno.

"La fuerza probatoria del título y la posesión de las cosas —se ha agregado siguiendo esa enseñanza (2)—, son instituciones diferentes, pero susceptibles de ser aproximadas. En caso de conflicto respecto de la propiedad, las dos instituciones intervienen. El título juega así, al lado de la posesión, y por encima de ella, la función de protección inmediata de los derechos de obligación".

El acto escrito es ya de por sí una solemnidad, pues constituye una forma necesaria en aquellos casos en los cuales la ley lo impone. Pero el acto de fe pública (acto notarial), es doblemente solemne: por la exigencia necesaria en los casos establecidos en la ley y por la solemnidad del acto jurídico en su sentido ceremonial. Una y otra cosa tienen su función en el sistema del derecho. El primero, la pieza escrita, prueba en forma privilegiada el derecho, salvando la voluntad de su natural fugacidad originaria. El segundo, la ceremonia constituída por la intervención de un profesional de superior investidura, por la unidad de acto, por la lectura en alta voz, por la presencia de testigos, acrecienta la responsabilidad de los partícipes. Por su parte, el

---

(1) CAPITANT: *Etude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil italien, a la recevabilité de la preuve testimoniale*, en *Bulletin de la Societé d'Etudes Législatives*, París, 1918.

(2) LEREBOURS - PIGEONNIERE: *Observations sur la force probante de l'acte écrit spécialement en matiere commerciale en vue du réglement du conflict des lois*, en el volumen *Etudes de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, París, 1937, pág. 454.

BLANCA A. CARRACEDO VIRGI ABOGADA

Código penal se encarga de reagravar la pena de los infractores a la verdad en esa clase de actos. También aquí, solemnidad y responsabilidad sirven a la causa del derecho. Durante largos períodos históricos la ceremonia ante testigos tuvo más significación que el documento. No era posible comprender cómo un objeto muerto que nada ha podido ver ni oír, valiese más que un hombre vivo que ha visto y oído (1). En el acto notarial moderno se ha tratado de superar esta antítesis meramente aparente.

Podemos decir, en resumen, que el contenido de la fe pública es el valor representativo de la aseveración notarial.

En los actos no solemnes, el contenido es puramente probatorio. La aseveración notarial vale por el cúmulo de elementos que rodean su contenido representativo. La ley da, por las razones que se verán más adelante, una significación probatoria excepcional a esa aseveración. Pero aun la aseveración notarial en los actos solemnes, tiene un contenido probatorio. La fe pública del acto solemne es en su significación *inmediata* una cobertura protectora del acto, inseparable jurídicamente de su sustancia; pero en su significado *mediato* vale por su plenitud probatoria y por su poder demostrativo de la verdad jurídica.

Esta idea de la significación probatoria de la fe pública, reclama, todavía, alguna profundización.

II. — Representación y prueba de los hechos jurídicos

38. — Trataremos de examinar las ideas que acaban de ser expuestas, a través de ciertas adquisiciones, ya muy elementales, del derecho procesal moderno.

Cuando se examina el elenco de las pruebas a través de cualquier enumeración legislativa, tal como las que contiene nuestro artículo 349: C. P. C., se advierte que el juez se aproxima a las pruebas, para conocer los hechos controvertidos en el proceso. Esa aproximación se produce de tres maneras diferentes: por percepción, por representación o por deducción.

(1) PICARD: *Le droit pur, cit.*, pág. 195.

En la *percepción* el juez actúa por sus propios sentidos. La prueba de percepción por excelencia, es la inspección judicial. Si se litiga sobre el carácter vetusto de la pared medianera, la prueba más directa es que el juez vaya a mirarla.

En la *representación*, el juez conoce los hechos controvertidos a través de relatos (representaciones). Ese relato puede ser oral, como cuando el accidente de tránsito que da motivo al litigio es referido por un testigo; o puede ser escrito, como cuando se describe en el parte policial. En este caso, la representación escrita constituye lo que, en puridad, se llama *documento*. Documento es, en sí, lo que enseña: *que "docet"* (1).

En la *deducción*, el juez no conoce los hechos ni por percepción ni por representación, sino por procesos críticos. De los hechos conocidos, el juez infiere y deduce los desconocidos. Es el caso de la llamada prueba de presunciones y en cierto modo, del dictamen pericial (2).

III. — Representación e interpretación en el instrumento notarial

39. — El contenido representativo del documento puede referirse a dos cosas: al saber o al querer. El documento es, así, representativo de ciencia o de voluntad (3).

Documento representativo de *ciencia* o de simple saber es aquel en el cual se reproduce una percepción. El autor del documento reproduce en él su percepción sensible, limitándose a ella. Así, podría considerarse documento ideal

(1) CARNELUTTI: *Sistema, trad. esp.*, t. 2, pág. 414.

(2) A fin de evitar innecesarias repeticiones, nos remitimos al desarrollo que a este tema hemos asignado en *Fundamentos del derecho procesal civil*, donde el punto aparece implantado dentro de la teoría general de la prueba.

(3) Preferimos esta terminología a la de CARNELUTTI: *Documento e negozio giuridico*, en: *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, pág. 185, que distingue entre manifestaciones "de verdad" y "de voluntad". Creemos, a la vez, innecesaria a los fines de este estudio, la distinción de la doctrina alemana entre "Willenserklarung" y "Willensegschaft", que ASCARELLI: *Resgistrazione e dichiarazione* publ. en: *Ri-*

la versión taquigráfica de una sesión parlamentaria, en la cual el registrador (taquígrafo) se limita a recoger, con la máxima fidelidad que le consiente su arte, lo que ha cído de las manifestaciones vertidas.

Documento representativo de *voluntad*, es aquel en el cual el autor consigna su querer. El cheque es documento representativo de voluntad por excelencia, ya que en él sólo se registra la voluntad de ordenar un pago, con exclusión de todo elemento causal y de toda circunstancia de hecho o motivo que justifica la orden.

Lo frecuente en el comercio jurídico es que los documentos sean, al mismo tiempo, representativos de ciencia y de voluntad (1).

La carta que comienza: "He recibido la suya de fecha...", comienza por una representación de ciencia o de saber. Cuando a continuación se añade: "En respuesta a la misma quiero expresarle...", su contenido se transforma en representación de voluntad. Ambas representaciones interfieren; en la misma, se establece la exactitud de ciertas circunstancias y acto seguido se contraen obligaciones o se efectúan descargos.

---

vista di diritto processuale civile, 1931, I, pág 342, utiliza en su distinción propia entre "manifestación de ciencia" y "declaración de ciencia". Consideramos, asimismo, como ASCARELLI, *ob. cit.*, pág. 348, que es errónea la concepción de BIONDI: *Confessioni e libri di comercio*, publ. en: *Rivista di diritto processuale civile*, 1931, I, pág. 134, según cual la anotación del pago en los libros de comercio constituye confesión judicial, y, en consecuencia, según él, presunción "*iuris et de iure*" de voluntad constitutiva en el sujeto declarante. Ni la escrituración en los libros de comercio es confesión judicial; ni la confesión judicial es presunción "iuris et de iure".

(1) Que declaración de ciencia y declaración de voluntad no son elementos excluyentes, es punto que demostró ya BÜLOW: *Das Gestandnissrecht*, Friburgo, 1899, págs. 185 y ss. Conf. CARNELUTTI: *Prova civile*, págs. 161 y ss. Asimismo, CANDIAN: *Nuove riflessioni sulle dicharazioni riproduttivi dei negozi giuridici*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, págs. 1 y ss., esp. pág. 7. Asimismo, ASCARELLI: *Registrazione e dichiarazione*, *cit.* pág. 345.

40. — Si trasladamos esta tan sencilla apreciación al contenido del instrumento notarial, advertimos que nada varía.

La índole del instrumento notarial, tal como se verá más adelante, puede ser muy diversa. Pero siendo la escritura pública el instrumento notarial por excelencia, en razón de su mayor frecuencia y significación, su contenido puede tomarse como modelo, para ir enfilando hacia la respuesta del punto que consiste en saber cuál es el contenido de la función notarial.

41. — Rodeada de garantías de carácter formal (radicación en el tiempo, radicación en el espacio, seguridad de conservación), la escritura pública está constituída, en cuanto a su contenido, por un cúmulo de representaciones en las cuales alternan, decíamos, las de ciencia con las de voluntad (1).

La primera representación es de ciencia; y ella está a cargo del escribano. La escritura no es un texto redactado por las partes, sino redactado por el escribano. El, hablando en primera o en tercera persona, representa o reconstruye mediante un relato escrito, el episodio que consiste en que los contratantes hayan comparecido ante su presencia y relatádole sus deseos de obligarse recíprocamente.

La escritura, en sí misma, es la representación de una representación: la representación a cargo del escribano de la representación a cargo de las partes de sus recíprocos estados de voluntad. Es una representación de ciencia (lo que el escribano oye), de una representación de voluntad (lo que las partes quieren).

En este punto interfiere un elemento de sustancial significación en la escritura pública. La función notarial no consiste en representar literalmente las manifestaciones

---

(1) El carácter representativo de la declaración notarial se hallaba ya entrevisto entre nosotros hace muchos años por RIESTRA: *La contratación notarial*, t. 1, pág. 179. Su distinción entre *el hecho, la declaración y la certeza*, constituye una excelente adquisición para el derecho notarial de comienzos del siglo en nuestro país.

de las partes. El escribano no es un taquígrafo de las manifestaciones que escuchan sus oídos. El carácter técnico de su función consiste en que, en tanto el funcionario verifica, normalmente, una mera representación, el escribano cumple una labor de *interpretación*.

Cuando el actor y el demandado comparecen ante el juez y el secretario labra un acta de esa audiencia, su relato es mera representación. El secretario cumple con registrar con la máxima fidelidad posible, lo que en la audiencia han dicho las partes. Pero en la escritura pública el notario tiene, por ministerio de la ley, otro cometido. Su misión profesional no es la mera representación de lo manifestado, sino también la interpretación de esa manifestación.

El escribano es, en primer término, un intérprete de la voluntad de los otorgantes. Su cometido es desentrañar el significado de cierta conducta humana (1) a través de las palabras que le han sido dirigidas. Su tecnicismo debe extraer y desenvolver la carga de representaciones que va contenida en las breves palabras que ha escuchado. Al escribano le basta la manifestación de A de que vende y de B de que compra, con la sencilla determinación del precio y la cosa, para que él desentrañe de esas rudimentarias formas de la voluntad jurídica todas las cláusulas conexas tendientes a encajar la expresión del querer jurídico dentro de las categorías de la ley. Su arte es, en primer término, de interpretación; luego, de reproducción.

En este aspecto, el escribano procede, como se dice en el lenguaje del derecho penal "a acuñar en tipos" la voluntad de las partes (2). Unas pocas manifestaciones empí-

(1) Son de rigurosa aplicación a nuestro caso, los desarrollos que a la interpretación de la conducta humana destina Cossio: *El derecho en el derecho judicial*, Bs. As., 1945, pág. 129. En un sentido análogo, Danz: *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1931, pág. 80.

(2) Así, Belang: *La teoría del delito-tipo*, trad. esp. de Soler, a continuación del *Esquema de derecho penal*, Bs. As., 1944; una aguda aplicación de esta teoría a nuestras actuales exigencias, puede verse en Soler: *Derecho penal argentino*, 2ª ed., Bs. As., 1945, t. 2, págs. 141 y ss.

ricas de los contratantes, muchas veces oscuramente expuestas, le bastan para configurar esos "tipos jurídicos civiles" (1) que son la compraventa, el mandato, el préstamo, la sociedad.

La comparación entre el juez y el historiador (2) es también ilustrativa para comprender la función del escribano.

Como un memorialista que tuviera el cometido de ir presenciando los hechos históricos para percibirlos y dejarlos registrados para la posteridad, él examina los hechos, los investiga, los interpreta, separa los relevantes y los irrelevantes y luego los relata dándoles firmeza hacia el futuro.

El acierto en la interpretación y la excelencia del relato, constituyen el mérito de la profesión.

42. — Cuando las partes acuden al escribano, lo hacen en un propósito de dejar desde ya preconstituída la prueba del negocio jurídico para el futuro. En esa misión, el escribano actúa como un verdadero magistrado. Comienza por *percibir* mediante sus sentidos las palabras que se le dicen o los documentos que se le exhiben; continúa por *deducir* de ellos todo aquello que conviene a la función documental; y concluye por *representar* en la escritura lo que interesa al derecho.

La función notarial, es sucesivamente, como la función probatoria (3), percepción, deducción (interpretación) y representación.

En ese sentido, la actividad del escribano es una especie de anticipo de la función del juez en su menester de fijar previamente a su fallo los hechos que interesan al derecho.

(1) La adaptación de la teoría del delito tipo al derecho procesal civil, la hemos intentado en *Fundamentos del derecho procesal civil*, pág. 156.

(2) Esta comparación pertenece a Calamandrei: *Il giudice e lo storico*, publ. en: *Studi in onore di Enrico Besta*, Milán, 1939, t. 2.

(3) *Supra*: 38.

No han faltado opiniones que atribuyeran a este modo de ser del notariado el carácter de una verdadera policía civil (1).

La prueba que se produce ante el escribano, y que éste registra mediante la calidad especial de su atestación que es la fe pública, se viene a renovar, en una especie de segunda instancia, en la prueba del proceso. Las manifestaciones de las partes son una representación de su voluntad jurídica; el escribano percibió esa representación y la interpretó; interpretada, la representó en el instrumento notarial. Expedido éste, la voluntad jurídica entra en su segunda etapa. Ya no vale como voluntad jurídica, sino a través de lo que ha quedado fijado en el instrumento (2). Presentado el instrumento al juez como prueba, éste lo conoce por percepción, lo interpreta por deducción y lo establece en la sentencia mediante una nueva representación.

Esta es, en último término, la trayectoria de las distintas intancias de la prueba notarial.

43. — En qué medida el juez está obligado por la percepción, interpretación y representación del escribano, es una cuestión que no atañe al *contenido* de la fe pública, sino a su *eficacia* (3).

---

(1) PAZ: *La función notarial en las relaciones jurídicas*, publ. en: *Antología jurídica*, Bs. As., 1934, pág. 14. DE LOS REYES PENA: *Comunicado a la Comisión Codificadora...*, cit. pág. 356.

(2) El problema que en el campo del derecho civil se conoce con los nombres de doctrina de la voluntad real y de la voluntad declarada, desenvuelto en la doctrina alemana, fué límpidamente expuesto por SALEILLES: *La declaration de la volonté*, París, 1920. No ha sido, en cambio, plenamente aprehendido por DEMOGUE: *Traité*, t. 1, pág. 91. La consideración procesal del problema, vale decir, su implantación en la teoría del instrumento, lo hace claramente perceptible.

(3) *Infra*: 63 y ss.

CAPITULO IV

FUNCIÓN DE LA FE PÚBLICA

I. — Cometido de la fe pública en el orden jurídico

44. — Utilizamos el tema de la *función* de la fe pública para exponer algunas corrientes de pensamiento moderno que han tratado de interpretar en su conjunto el fenómeno del derecho notarial.

No se trata de ideas individuales, sino de líneas generales de orientación para hallar el significado de la atestación hecha por el escribano.

La exposición tendrá, además, alcance crítico, tratando de señalar en qué sentido esas interpretaciones corresponden al conjunto de ideas que inspiran este ensayo.

Hemos preferido ordenar las ideas de la doctrina acerca de esta materia, en torno a tres direcciones principales: la teoría del poder certificante; la teoría del negocio complementario; y la teoría de la presunción legal.

A continuación de ellas, trataremos de exponer nuestra manera de pensar, según la cual la función de la fe pública constituye, en sustancia, un criterio para la valoración de la prueba.

II. — Teoría del poder certificante

45. — Debe colocarse, en primer término, una concepción muy difundida según la cual la fe pública actúa en el orden jurídico como una emanación del poder certificante del Estado y con el propósito de validar en nombre de éste a ciertos actos jurídicos.

BLANCA A. CARRACEDO VIÑOLES
ABOGADA

De "poder certificante" o "poder legitimador" se ha hablado desde la forma difusa de Poggi que hablaba de él como de un gran poder ínsito de la autoridad suprema del Estado (1), hasta la forma rigurosamente estructurada de Romagnosi, que dividía la función pública del Estado en ocho poderes: determinante (legislativo), operante (administración), moderador (Senado), postulante (protector), judicial, coactivo (ejército), certificante (fe pública) y predominante (opinión pública) (2).

Contemporáneamente, esta división de funciones ha mantenido sus adeptos al señalarse en la actividad del Estado, la actividad legislativa, ejecutiva, social, judicial, fiscal y autorizante instrumental (3). No ha faltado quien la concibiera, ya con un lenguaje moderno, como un servicio público (4). La idea general de que existe en el Estado un poder de esta índole se halla muy difundida en escritores modernos (5).

El escribano, dentro de esta concepción, vendría a actuar a nombre y en representación del Poder Público. Esa actuación se realiza por delegación según los más (6), por

(1) Cit.: MENDES DE ALMEIDA: *Orgams da fe pública*, pág. 5.

(2) ROMAGNOSI: *Sciencia della costituzione;* POSADA: *Tratado de derecho político*, t. 1, pág. 351; CASTAN: *Función notarial y elaboración notarial del derecho, cit.*, pág. 18.

(3) OTERO VALENTIN: *Sistema de la función notarial*. Igualada, 1923, pág. 21.

MONTEJO, prólogo a la obra de SANCHEZ TELLO: *Redacción de instrumentos públicos*, Valencia, 1923, t. I, pág. 8; DE LOS REYES PENA:

(5) GERONA: Prólogo al *Curso de derecho notarial* de ORELLANO, *Comunicación a la Comisión Codificadora.....*, *cit.*, pág. 374.

cit., pág. 16; DE VELAZCO: *Derecho notarial*, Madrid, 1941, pág. 6; BELLVER CANO: *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, s/f., pág. 18; PAZ: *Derecho notarial argentino, cit.*, pág. 51; SAHANUJA Y SOLER: *Tratado de derecho notarial, cit.*, t. 1, pág. 237, para quien el instrumento notarial es "una orden dirigida a todo el mundo"; NAVARRO AZPEITIA: *Legislación notarial*, Madrid, 1932.

(6) Así, BIBILONI: Discurso en la Cámara de Diputados argentina, año 1907, cit.; SOARES: *El escribano y la fe pública*. Bs. As., 1915, pág. 25; AZPEITIA ESTEBAN: *Evolución mundial del notariado*, Bs. As., 1943; PAZ: *Derecho notarial argentino, cit.* pág. 51.

concesión según unos (1), y por monopolio según otros (2).

Pero como hablar de un poder certificante es, todavía, una idea muy vaga, y ha sido menester enlazar dicha idea con la función pública, se ha dicho que él integra la llamada jurisdicción voluntaria.

Por oposición a la jurisdicción propiamente dicha, a cargo de los órganos del poder judicial, la jurisdicción voluntaria, que actúa "inter volentes", se dice, se ha radicado en el notariado. Cuando el escribano autoriza un contrato, vendría a actuar desde este punto de vista, en sede de jurisdicción (o subjurisdicción) voluntaria (3). La fe pública ha sido, entonces, clasificada en legislativa, judicial, administrativa y notarial (4); o en administrativa, política y civil privada (5).

De tal manera se halla arraigada en ciertos países de formación española la idea de que el escribano actúa en función propia dentro de la jurisdicción voluntaria, que al establecerse en la Constitución de Cuba de 1940 el principio de que la justicia sólo es dispensada por los jueces del Estado, se ha llegado a poner en duda la posibilidad de que los escribanos pudieran seguir ejerciendo su profesión. Desde luego que la tesis ha sido resuelta en el sentido de la continuidad (6); pero la sola duda revela la intensidad de esta

(1) Así, DE VELAZCO: *Derecho notarial*, Madrid, 1941, pág. 7; VILLALBA: *El Estado y el escribano*, en *Revista del Notariado*, Bs. As., 1945, pág. 607.

(2) Así, SALVAT: *Tratado de derecho civil, parte general*, pág. 625.

(3) BELLVER CANO: *Principios de régimen notarial comparado*, pág. 27, habla de "facultades jurisdiccionales del notariado". Para este autor existe una verdadera fórmula concreta de la jurisdicción notarial como magistratura del Estado", *op. cit.*, pág. 29. DE LOS REYES PENA: *Comunicación a la Comisión Codificadora...*, *cit.*, la denomina "configuración subjurisdiccional de paz" (pág. 356).

(4) SAHANUJA Y SOLER: *Tratado de derecho notarial, cit.*, t. 1, pág. 15.

(5) DE VELAZCO: *Derecho notarial*, Madrid, 1941, pág. 7.

(6) CARMONA Y ROMAY: *La jurisdicción voluntaria y los notarios públicos*, La Habana, 1945.

asimilación de la función notarial a la jurisdicción voluntaria.

En lo que se refiere a sus afinidades profundas, nosotros mismo hemos creído del caso asociar la jurisdicción voluntaria a la función notarial (1), pero, por supuesto, sin admitir la tesis de que la fe pública o la función notarial en sí mismas sean jurisdicción voluntaria.

En resumen, pues, sobre esta concepción, puede decirse que para ella la función de la fe pública no es sino la función del poder certificante del Estado, cumplida por éste mediante los escribanos públicos. Ese poder certificante consiste, en términos generales, en la potestad de atestiguar la verdad de los hechos que han ocurrido en presencia del autorizante, en nombre del Estado.

46. — Una concepción de esa naturaleza reposa sobre un equívoco en su punto de partida. Ella confunde la autoridad *del Estado* con la autoridad *de la ley*.

No existe ninguna razón técnica para suponer la vigencia de un poder o potestad certificante en el Estado.

Será fácil, en cambio, hallar la consagración de un principio de esta índole, en el texto de la ley. El llamado poder certificante, que no es otra cosa que la posibilidad de dar validez o eficacia predominante a ciertas aseveraciones, se halla instituído en la ley, cuando ella establece que determinados instrumentos "hacen fe".

La aptitud certificante ha sido instituída en favor de los funcionarios públicos por un texto legal; pero esa aptitud no es una condición inherente a la calidad de funcionarios porque la propia ley establece casos en los cuales los particulares expiden documentos que hacen fe, y casos en los cuales

(1) *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, págs. 80 y 99 de la Exposición de Motivos y arts. 337 y 353 del texto. Sobre el alcance de esta solución, *El proceso sucesorio extrajudicial en el Proyecto uruguayo de Código de Procedimiento Civil*, en: *Revista Notarial*, La Plata, julio 1945, y en: *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, setiembre 1945.

los funcionarios públicos expiden documentos que no hacen fe. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1581: C. C. establece que el instrumento privado reconocido o dado por reconocido tiene la fuerza de la escritura pública, ha venido a crear una asimilación (técnicamente discutible, pero instituída en la ley), entre el instrumento público y el instrumento privado, que quita entidad a la suposición de un poder certificante como privilegio exclusivo de los funcionarios públicos. Y por otra parte, cuando el artículo 356: C. P. C. establece que de dos instrumentos contrarios (aún públicos) presentados por una misma parte sobre un mismo asunto, ninguno de ellos hará fe, está consagrando la posibilidad de que instrumentos emanados del Estado y de sus agentes carezcan de eficacia probatoria y, en consecuencia, del supuesto poder certificante.

47. — Lo que sucede es algo bien diferente. La ley instituye la medida *de eficacia* de los instrumentos, en consideración a razones de política social y jurídica. A ciertos documentos los carga de eficacia y les da predominio probatorio, así, p. ej., al billete de banco que ni siquiera contiene la firma manuscrita de los funcionarios públicos para tener poder cancelatorio; a otros documentos los rodea de una mayor solemnidad exigiendo; por ejemplo, el requisito de la firma autógrafa: tal el caso común de los instrumentos públicos; en otros casos exige el requisito de la doble firma, como sucede en las sentencias judiciales que, además de la firma del juez deben llevar la del secretario; o triple, cuando se asocian al juez de paz dos testigos que refrendan su actuación; etcétera.

El poder certificante no es, pues, una emanación de la condición del escribano público ni del funcionario público, ni siquiera la irradiación de una facultad propia del Poder Ejecutivo. La eficacia de determinadas atestaciones de los escribanos o funcionarios, es una creación de la ley. La delegación del poder público es, apenas, un lejano recuerdo

del régimen de enajenación de los oficios por parte de los reyes (1).

La ley crea esa medida de eficacia, ensanchándola en ciertos casos, limitándola en algunos y anulándola en otros.

Bastaría que un día una ley estableciera que los documentos públicos, para hacer fe, deberían ser reconocidos judicialmente por los funcionarios otorgantes (2), o que las escrituras autorizadas por los escribanos deberían ser sometidas a análogo tratamiento (3), para que la fe pública como institución desapareciera.

Los notarios, se ha dicho (4), se vinculan así a la ley, siendo instrumento de la misma, para satisfacer las normas que imponen exigencias sobre la forma de ciertos actos jurídicos.

---

(1) Conviene no perder de vista, en el estudio de todo este tema, que la primacía que en muchos países de formación española se reserva el Poder Ejecutivo sobre los notarios y registros, es una subsistencia histórica. La enajenación de los oficios de la fe pública en España llegó a tener contornos escandalosos. Relacionada la venta con las penurias del Erario, los reyes vendían al mejor postor tales oficios. En 1337 las Cortes de Valladolid exigieron la reducción; Felipe II y Carlos IV trataron también de corregir el abuso; pero Felipe IV, en sólo 6 años, llegó a enajenar unos 62.000 (De Velazco: *Derecho notarial, cit.*, pág. 9).

(2) En el Código de Justiniano, la prueba de instrumentos era asimilada a la prueba testimonial: "Item est charta, quase profertur ex archivo publico, testimonium publicum habet", *Cod.*, IV, 21, 20. Y en el mismo texto: iuramento tantum eius rei fidem faciat", IV, 21, 22. Esta noción subsiste en buena medida en Las Partidas: "Son (los notarios) como testigo público en los pleitos y en las posturas que los ommes facen entre sí", *Part.* III, Ley 3, Tit. 3.

(3) Este es el régimen inglés. En el documento notarial inglés, la fe pública no la otorga un funcionario especializado sino un "attorney". Esa atestación sólo rige para los documentos destinados al extranjero. En el país, la autenticidad de los documentos es análoga a la del instrumento privado y debe probarse por medio de testigos o del cotejo de instrumentos. "La eficacia de un documento —dice Blackstone: *Comentaires of the laws of England*, L. 2, Cap. XXI—, no depende solamente del acta misma, sino también del valor que le otorgue el Tribunal".

(4) Prunell: *Responsabilidad civil del escribano, cit.* nº 58.

III. — Teoría del negocio complementario

48. — Se debe a la doctrina alemana una original concepción de la función de la escritura pública, encarada como negocio complementario, reproductivo o de fijación, de un convenio principal anterior.

Esta doctrina parte de un hecho que nadie puede negar. Ese hecho es que el convenio entre las partes precede siempre al otorgamiento del instrumento. Cuando los interesados acuden al notario, su contrato ya ha sido establecido en el orden de la voluntad. La escritura pública se limita a reproducir el negocio ya producido. Su significado no es, pues, constitutivo, sino de fijación; no crea el derecho, sino que reproduce instrumentalmente el derecho preexistente. Se ha dicho que más que la constitución de una obligación, representa un pago; la satisfacción de la obligación de escriturar; el cumplimiento del "pactum de contrahendo".

Dada la naturaleza de esta construcción, trataremos de reproducir sus desarrollos fundamentales (1).

49. — Entre el convenio de las partes y la escritura pública, se dice, existe una relación *causal*. El convenio es la causa de la escritura (2).

Esta idea se apoya en la diferencia entre negocio causal (*Grundgeschaft*) y negocio de ayuda (*Hillgeschaft*).

---

(1) La indigencia de la bibliografía procesal alemana en América del Sur impide, frecuentemente, una fiel interpretación de sus ideas, las que deben ser a menudo reconstruidas a expensas de versiones indirectas. En esta oportunidad hemos debido servirnos de reproducciones de Nuñez Lagos: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1945, pág. 11, excelente exposición del tema elegido; Candian: *Documento e negozio giuridico*, publ. en: *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, pág. 1 y ss.; Carnelutti: *Prova civile*, Roma, 1915; el mismo: *Documento e negozio giuridico*, publ. en: *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, págs. 181 y ss.

(2) Stampe: *Das Causa. Problem des Civilrechts*, 1904, L. 26; Nuñez Lagos: *Estudios...*, *cit.*, pág. 26; Carnelutti: *Documento e negozio giuridico, cit.*, pág. 189.

El negocio causal constituye el punto de partida; su culminación es el cumplimiento; pero entre el punto de partida y la culminación, entre el origen de la obligación y su cumplimiento, se interpone un negocio de ayuda. Ese negocio de ayuda, la escritura, sirve para preparar el cumplimiento, poniendo en claro los términos del negocio causal.

Se puede hablar, entonces, de un negocio de fijación jurídica, cuyo único sentido es determinar con precisión (por esto es negocio de ayuda, o meramente auxiliar) los términos del negocio causal.

Su preciso sentido es el de asegurar las relaciones jurídicas contra posibles excepciones (1). El documento es, así, declarativo en una parte y constitutivo en otra. Su contenido es una declaración de firmeza (*Feststellungserkärung*).

El poder jurídico de otorgar un acto de esa índole corresponde a las partes, de la misma manera que el poder jurídico de contraer una obligación.

50. — La disociación entre negocio y documento asume, todavía, mayor nitidez en el pensamiento de Degenkolb (2).

La jurisprudencia alemana anterior al Código civil, apoyada, como es sabido, en el derecho romano común, posterior a la recepción, admitió siempre el carácter dispositivo de un documento reproductivo de un contrato. Ahora bien: ¿cuál es, se pregunta, la situación cuando se presenta una contradicción manifiesta entre el convenio preliminar y el contenido del documento de ejecución? ¿Es que la comprobación de aquella contradicción, es decir, la simple prueba en contra, anula el documento de ejecución? Los tribunales alemanes contestaron rotundamente que no. Las partes sólo quieren lo que se contiene en el documento definitivo. Para darle sobrevivencia será menester probar no sólo que el convenio prelimiar era discordante, sino también que

(1) SIEGEL: *Der privatrechtlichen Funktionen des Urkunde*, en: *Archiv fur die Civilistische Praxis*, 111, 1914, 1 a 134, pág. 61.

(2) *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*; NUÑEZ LAGOS, *cit.* pág. 16.

esa discordancia quiso mantenerse viva, conscientemente, en el momento del otorgamiento documentado, y que se quiso, además, que tuviera valor al lado de éste.

La práctica alemana se ve impulsada a ver en el documento un contrato reproductor o reproductivo (*reproduzierenden Verträge*). Pero si el otorgamiento es un contrato, el convenio preliminar es, entonces, un *pactum de contrahendo* y el convenio preliminar y el documento están en la misma situación que convenio y documento, que obligación y pago (1).

Esta concepción, y numerosas derivaciones y conexiones de la misma, pueden resumirse en la siguiente idea: siempre el contrato reproductivo implica, por voluntad de las partes, una fusión de los materiales del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimientos y una refundición de las declaraciones de voluntad. Hay una *renovatio contractus* integral. El contrato segundo o contrato reproductivo es un soporte de la completa voluntad contractual, en absoluto independiente del acuerdo primario.

Degenkolb hace derivar su construcción dogmática del contrato reproductivo de una imagen tomada del derecho público. El contrato reproductivo viene a ser, respecto de los acuerdos anteriores, como el texto refundido de una ley (2). "Lo que el documento legislativo prueba —se dice— es la orden incorporada en el mismo, como el documento reproductivo del contrato muestra la conclusión del contrato incorporado en él" (3).

Por supuesto que esta concepción no prescinde de la voluntad de las partes. Si el contrato reproductor reproduce o no con fidelidad la voluntad de las partes en el convenio preliminar, es una cuestión de hecho y no de derecho.

51. — Este modo de mirar las relaciones entre el convenio y el documento ha adquirido un singular desarrollo en

(1) *Op. cit.*, pág. 173.

(2) CANDIAN: *Nuove riflessioni...*, *cit.* pág. 9.

(3) *Op. cit.*, págs. 195 y 196; NUÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 18.

el pensamiento de Candian (1), el que ha insistido de manera muy particular entre el grave conflicto que surge cuando el documento no coincide con el convenio preliminar.

Pero su concepción —y su problemática— han sido netamente superadas por Carnelutti (2), mediante una lúcida distinción entre acto y documento.

Esta distinción que el propio autor había anticipado en uno de sus primeros libros (3), constituye uno de esos puntos ya admitidos en el derecho procesal moderno.

El conflicto entre voluntad y declaración no tiene sino estas cuatro suposiciones:

a) o la nueva declaración se hace para procurarse una prueba;
b) o para implantar en el tiempo el momento del contrato;
c) o para interpretar la declaración precedente;
d) o para modificarla.

En cualquiera de esas cuatro suposiciones, los problemas de orden dogmático quedan prácticamente dirimidos con la sola distinción entre voluntad y representación (4).

52. — Queda, todavía, en la teoría del negocio complementario, una suposición que reclama una particular consideración.

Se trata de aquellas situaciones en las cuales las partes pactan, en forma expresa, que su convenio preliminar será reducido a escritura pública.

(1) *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925.

(2) *Documento e negozio giuridico, cit.* CANDIAN ha vuelto, a su vez, sobre el tema, en: *Nuove riflezioni..., cit.*, aunque, a nuestro modo de ver, sin lograr abatir el planteo de *Documento e negozio giuridico* de CARNELUTTI.

(3) CARNELUTTI: *Prova civile, cit.*, págs. 131 y ss., 196 y ss.

(4) Conf. CARNELUTTI: *Documento e negozio giuridico, cit.*, págs. 191 y ss.

Esto puede ocurrir de dos maneras: o porque la ley lo reclama "ad substantia", o porque las partes así lo desean.

Esta situación en la cual existen netamente diferenciados dos actos jurídicos (uno preliminar y otro definitivo constituído por la obligación de *hacer escritura*) es lo que en doctrina se conoce con el nombre de "obligaciones de prestar declaración de voluntad" (1). En la promesa de venta de inmueble, la escritura pública definitiva constituye una necesidad insita en el contrato; en la hipoteca ocurre otro tanto con la escritura de cancelación; en la fianza se hace indispensable el documento de liberación una vez extinguida la obligación principal.

Pueden, asimismo, las partes convenir la escritura pública en aquellos casos en los cuales la ley no instituye ese requisito como indispensable. En este caso, por seguridad probatoria, las partes establecen en el convenio preliminar el compromiso de escriturar en forma definitiva: "quod ab initio voluntatis, est post factum necessitatis" (2).

En todas estas situaciones, la teoría del negocio reproductivo cumple una finalidad muy estimable.

El documento, en estos casos, excede de su mero contenido representativo, para transformarse en una nueva obligación complementaria. El convenio preliminar vale plenamente como contrato originario, y el documento en el cual él consta vale como representación plena de ese convenio. Surge, entonces, como hemos establecido más arriba, la obligación de hacer escritura, obligación susceptible de pago. La escritura es, aquí, el pago, o sea el cumplimiento

(1) Sobre el tema, ampliamente, VIDIGAL: *Da execução directa das obrigações de prestar declaração de vontade*, S. Paulo, 1940; recientemente, LIEBMAN: *Processo de execução*, S. Paulo, 1946, pág. 323. En la doctrina argentina, recientemente, SALVAT: *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Bs. As., 1946, pág. 78. En el derecho uruguayo el tema de la escrituración judicial tiene ya una copiosa literatura. Conf. últimamente, MUSSIO BARRETO: *La escrituración judicial y algunos de sus problemas*, Montevideo, 1942.

(2) NUÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial, cit.*, pág. 90.

BLANCA A. CARRACEDO VIROLE
ABOGADA

de la obligación de escriturar. Que esa escritura sea, a su vez, el documento representativo de una obligación (que bien puede ser la misma obligación anterior, como, por ejemplo, en la promesa de venta o en la promesa de hipoteca), nada significa para la autonomía de la obligación de hacer escritura. En todo caso, será necesario admitir que entre promesa de venta y escritura de venta existe la misma relación de obligación a pago, que entre venta y entrega de la cosa o pago del precio.

En las obligaciones de prestar declaración de voluntad, el otorgamiento de la escritura excede, decíamos, el mero sentido representativo del documento. El contenido de esas obligaciones supone, además, el deber de suministrar al acreedor *el título* necesario para el ejercicio de su derecho. La escritura no es un fin en sí, sino un medio. Lo que el acreedor de la obligación de escriturar persigue, y a lo que tiene derecho, no es solamente el papel escrito, sino el título que habrá de habilitarle para ejercer los derechos de propietario, de acreedor hipotecario, etcétera (1).

La teoría del negocio complementario, es en este punto, de notoria fecundidad.

53. — Pero fuera de estos casos, la teoría de la *renovatio contractus* o sus afines del contrato de fijación jurídica, etc., bien poca cosa aportan a la teoría del documento.

Ha bastado la simple distinción entre acto y representación, para esfumar el significado teórico de una concepción que no ha distinguido debidamente entre *obligación* y *documento* o entre negocio jurídico y documento.

Creemos que, salvo el caso arriba referido de la promesa de venta, de la cancelación de hipoteca, etc., el documento no puede ser en forma alguna asimilado a un negocio jurídico. Si por tal se entiende "una declaración de voluntad del individuo tendiente a un fin protegido por el ordenamiento jurídico" (2), el documento no es la declara-

(1) Conf. *Infra*: 86.
(2) De Ruggiero: *Istituzioni di diritto civile* § 25.

ción de voluntad, sino la representación de la declaración de voluntad. La declaración es un acto; el documento es un objeto (1).

En el contrato, la declaración de voluntad nace en el instante en que ambas partes se transmiten, recíprocamente, su consentimiento (2). En el documento, el valor de tal nace en el instante en que ambas partes, mediante su firma, culminan el proceso representativo de su voluntad.

Negocio jurídico y documento están, pues, en la misma relación que contrato y documento. La teoría que ve en el documento un negocio jurídico autónomo, un contrato auxiliar, un pacto de fijación jurídica, parte de un punto de partida erróneo. El documento nunca es negocio, ni contrato, ni pacto, sino representación.

Confundir el contrato o el pacto con el documento es confundir la persona con su retrato, la acción con el "film" que la reproduce.

IV. — Teoría de la presunción

54. — Una tercera corriente de ideas concibe la función de la fe pública como una presunción en favor del documento refrendado con ella.

El antiguo aforismo rezaba: "scripta publica probant se ipsa", con lo cual se denotaba, lo que es verdad, que lo que está probado por instrumento público no necesita probarse de otra manera (3).

En el derecho moderno esta tesis de la presunción o de la garantía pública que existe en favor de los documentos

(1) Carnelutti: *Documento e negozio giuridico*, *cit.*, pág. 182.
(2) Conf. los excelentes desarrollos que asigna a este tema Recaseng Siches: *El contrato y su fuerza de obligar*, en Rev. D. J. A., t. 44 (1946), pág. 321.
(3) Es, sin duda, exacta la afirmación de De Velazco: *Derecho notarial*, Madrid, 1941, pág. 5, de que la fe, como tal, excluye la investigación y la comprobación. Conf., en idéntico sentido, Morales Díaz: *Legislación notarial*, pág. 6.

BLANCA A. CARRACEDO VIÑOLES
ABOGADA

amparados por la fe pública, se mantiene en muchos escritores (1).

Ha llegado a proclamarse últimamente que es misión de la escritura pública "asegurar la premisa menor del silogismo judicial" (2), con lo cual quiere decirse, mediante un eufemismo, que es función de la misma hacer indiscutibles las premisas de hecho que están documentadas mediante instrumento o escritura pública.

Este concepto vendría, en resumen, a establecer la significación probatoria de la fe pública (y genéricamente del instrumento público) como un hecho admitido de antemano por la ley: la validez de la aseveración.

El instrumento vale, entonces, no ya como instrumento, sino como presunción.

55. — Comencemos por admitir que más que una teoría, esta corriente de ideas es una creencia general.

Reconozcamos, asimismo, que esta suposición general reposa sobre un hecho exacto, cual es el de que el instrumento tiene una medida de eficacia preestablecida en la ley y que esa medida de eficacia consiste, primordialmente, en la validez de la aseveración que hace en el documento el funcionario de fe pública.

Pero, a partir de este momento, la teoría de la presunción se detiene cuando en realidad es desde allí que debe comenzar a construir.

La presunción, ¿es una prueba o es una norma de eficacia del documento? Esa presunción, ¿es legal o judicial? Si fuera legal, ¿es absoluta o relativa?

---

(1) GONZALO DE LAS CASAS: *Diccionario general del notariado de España y Ultramar*, ref. PAZ: *Derecho notarial argentino*, *cit.*, pág. 46; NAVARRO AZPEITIA: *Teoría de la autenticación notarial*, en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942, pág. 687. Conf. CASTAN: *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, 1946, pág. 89.

(2) SAHANUJA Y SOLER: *Tratado de derecho notarial*, *cit.*, pág. 18.

56. — Constituye una tendencia muy difundida a partir del Código Napoleón, la de incluír las presunciones en el elenco de las pruebas.

Pero en realidad una presunción es, en cierto modo, todo lo contrario de una prueba.

Si se está en presencia de una presunción legal absoluta, nada hay de probatorio en juego. Cuando la ley dice que el derecho se presume conocido, no sólo no instituye una prueba, sino que consagra la prohibición de una prueba: se prohibe probar la ignorancia de la ley como modo de eludir el cumplimiento de las obligaciones. La presunción legal absoluta es, en sí misma, una imputación normativa en el sentido de Kelsen (1): "Dado A. debe ser B"; dada la ley, debe ser la suposición de su conocimiento; dada la cosa juzgada, debe ser su inmutabilidad. Esto no es una prueba. Es, como decíamos, una imputación, una cópula o nexo lógico entre dos términos de un juicio.

La norma de la presunción contiene en sí la previsión hipotética de que existiendo una ley *debe ser* supuesto su conocimiento y no su ignorancia. Como se ve, esto nada tiene que ver con la teoría de la prueba.

No puede decirse con fundamento, que la fe pública sea una presunción legal absoluta, porque ningún principio ha instituído la indiscutibilidad de los instrumentos dotados de fe pública; y en muchas normas se halla especialmente instituída la posibilidad de impugnación de los documentos revestidos de fe pública.

Si se dijera, en cambio, para eludir esta réplica, que la fe pública constituye una presunción relativa, entonces el término de imputación habría variado su estructura. El esquema "Dado A, debe ser B" se sustituye por el otro: "Dado A, debe ser B, a menos que se pruebe que es C". Da-

---

(1) KELSEN: *La teoría pura del derecho*, *trad. esp.*, Bs. As., 194[illegible] pág. 48. Conf. asimismo, SOLER: *Algunas consideraciones sobre la filosofía de Hans Kelsen*, en: *Anales de la Academia de Derecho y C. Sociales de Córdoba*, t. 1, pág. 53; últimamente, COSSIO: *Norma derecho y filosofía*, en: *La Ley*, 15, IX, 946 y ss.

do el instrumento público, debe ser su fe, hasta tanto se pruebe su falsedad.

Esta proposición es correcta. La fe pública constituye una suposición legal, cuya eficacia queda librada a las contingencias de la prueba en contrario. Dicha norma juega como una forma de presuposición que da validez al documento; pero esa presuposición legal no alcanza, sin embargo, a impedir que pueda demostrarse lo contrario de lo aseverado en el instrumento.

No son correctos, en cambio, los desenvolvimientos habituales de esta concepción.

57. — Por lo pronto, no existe razón alguna para seguir sosteniendo que en la sentencia judicial exista un silogismo del cual la cuestión de hecho constituye la premisa menor y la ley la premisa mayor.

Esa concepción se enlaza a la idea que de la sentencia se tuvo en el siglo XVIII, según la cual el fallo judicial era meramente declarativo de derechos y el juez "la bouche qui prononce les paroles de la loi", "un être inanimé", "un signe mathématique" (1).

En el estado actual de las ideas jurídicas, no subsiste una sola razón que autorice a afirmar que el juez es un ser inanimado, un signo matemático, o una simple boca que pronuncia las palabras de la ley. Tampoco subsiste ni una sola razón que autorice a pensar que la sentencia es meramente declarativa de derechos o que el juez decide el caso mediante un silogismo del cual la ley es la premisa mayor, los hechos la menor y el fallo la conclusión. Ni el juez es una máquina de razonar, ni la sentencia un aparato de lógica. El juez es un hombre, y su sentencia una operación humana, de carácter crítico, en la cual la lógica jurídica juega un papel muy importante; pero no es el único ingrediente que

(1) MONTESQUIEU: *Esprit des lois*, lib. XI, cap. VI. Conf. BOSCH: *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Bs. As., 1944 y la copiosa información doctrinaria allí recogida.

compone el fallo (1). La idea de que la sentencia es un silogismo (y en consecuencia la idea de que la fe pública asegura la premisa menor del silogismo) es una teoría del siglo XVIII, requerida por la política jurídica del siglo XVIII, que ya ha cumplido definitivamente su misión (2).

Debemos asimismo, destacar que la concepción de la fe pública como una presunción legal relativa, correcta en su base, aparece sin embargo, desconectada con el sistema general de las pruebas.

Su conexión, o mejor aún, su implantación dentro de la teoría general de la prueba es lo que intentaremos hacer a continuación, al exponer nuestros puntos de vista particulares al respecto.

58. — De cuanto hasta ahora ha sido admitido en este ensayo, resulta que la fe pública es una calidad particular de ciertos instrumentos; y que esa calidad consiste no sólo en la autoridad moral y técnica de quien los ha elaborado, sino también en la suposición admitida en la ley de que lo aseverado por el funcionario de fe pública es verdad.

Pero, ¿qué significado tiene esa suposición en el sistema del derecho? En otros términos, ¿de qué manera interfiere tal suposición en el mecanismo de las pruebas?

59. — La respuesta no puede darse si antes no existe acuerdo sobre la estructura legal del sistema probatorio civil y penal (3).

(1) *Fundamentos del derecho procesal civil*, págs. 167 y 249. Una notable argumentación en este sentido es la de CARDOZO: *The nature of judicial process*, 12ª ed., Yale (New Haven), 1945, pág. 169.

(2) Nos remitimos aquí, para evitar repeticiones, a lo que hemos expuesto en: *Las garantías constitucionales del proceso civil*, publ. en: *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Bs. As. 1946, ns. 24 y ss., bajo el rubro "Declaración y creación en la sentencia.

(3) La teoría de la prueba impone resolver varios órdenes de problemas que se ligan necesariamente al derecho positivo. El primero es el relativo a saber qué es prueba (concepto de prueba); luego el de saber qué se prueba (objeto de la prueba); luego el de saber quién

BLANCA A. CARRACEDO VIÑOLES
ABOGADA

La eficacia probatoria de los documentos se relaciona directamente con una distinción familiar a los países de legislación española, según la cual la valoración de la prueba se presenta bajo la forma de *pruebas legales, pruebas de sana crítica y pruebas de libre convicción.*

60. — Por *pruebas legales* (1) se entiende, en el lenguaje procesal común, aquellas pruebas cuya eficacia ha sido determinada en forma expresa por un precepto legal, sin posibilidad de apartamiento de tal criterio.

Cuando bien se medita acerca del alcance de las llamadas pruebas legales, se advierte de qué manera el orden jurídico ha procurado con ellas, más que una solución de justicia, una solución de paz. La regla de que la confesión contiene la verdad, puede no ser una solución justa, ya que bien puede tal confesión estar impulsada por un interés contrario a la justicia; no obstante, por razón de paz, el derecho quiere que la confesión (en materia en la que no esté prohibida la transacción), ponga fin al conflicto. La solución que anula la declaración del testigo singular, puede no coincidir con la solución justa, ya que bien puede ese testigo declarar la verdad; pero el orden jurídico ha reputado que no es posible someter la decisión judicial a los riesgos derivados de tan frágil medio de convicción. Las pruebas legales, en sí mismas, están más cerca de la paz que de la justicia.

A diferencia de las pruebas legales, las pruebas apoyadas en la *sana crítica* no constituyen imputaciones valorativas.

---

prueba (carga de la prueba); luego el de saber cómo se prueba (procedimiento de la prueba); y por último el de saber qué valor o eficacia tiene la prueba (valoración de la prueba). Conf.: *Fundamentos de derecho procesal civil*, págs. 99 y ss. El presente desarrollo se refiere exclusivamente, al último de los puntos mencionados, el de la valoración de la prueba. La fe pública es, en último término, un grado de valor del instrumento notarial.

(1) Omitimos aquí, por las razones ya reiteradamente expuestas, toda consideración general del tema, el que damos por conocido. *Fundamentos*, pág. 142 y *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, Montevideo, 1941.

Cuando la ley dice que las declaraciones de los testigos se deben valorar con arreglo a los principios de la sana crítica (1), no fija al magistrado, a diferencia de lo que hacía el derecho clásico (2), criterios anticipados de apreciación.

Frente a estas pruebas (testigos, confesión ficta, dictamen pericial, juramento estimatorio, etc.), el juez reacciona mediante juicios lógicos o máximas de experiencia de su propio entendimiento. Las valoraciones críticas del legislador son aquí reemplazadas por las valoraciones críticas del magistrado. Esas valoraciones son, a su vez, lógicas y empíricas; ellas guían la decisión del juez, sin ningún anticipado criterio determinativo de la eficacia particular del medio probatorio.

Por oposición a las pruebas legales o a las pruebas de sana crítica, las pruebas *de libre convicción* permiten al magistrado determinar la verdad sin ajustarse, ni siquiera a preceptos de lógica jurídica.

De libre convicción hemos hablado, apartándonos en este punto de la terminología europea (3) para referirnos

---

(1) C. P. C.: 403. Acerca de este concepto, nos remitimos también al estudio *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, cit.*

(2) Así, p. ej., en el Fuero Viejo de Castilla, el número de testigos variaba según la naturaleza del asunto, según fuera entre hombres del mismo o de diferente pueblo, con un número de hijosdalgos y otro de labradores (L. III, tít. II, párr. V). En el Fuero Real de España valía el testimonio del hombre pero no el de la mujer, salvo raras excepciones (L. II, tít. VII, ley VIII). En la Partida III, los testigos debían ser dos, cinco, siete u ocho según los casos. Conf., sobre todo este punto: *Las reglas de la sana crítica...*, cit., págs. 55 y ss.

(3) Nuestro punto de vista, anticipado en *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, cit.*, pág. 47 y más tarde en *Fundamentos del derecho procesal civil*, pág. 142, ha sido objeto de una reciente refutación por parte de LIEBMAN, en sus valiosas notas a la traducción portuguesa de las *Instituciones* de CHIOVENDA. (S. Paulo, 1945, t. 3, pág. 142). Creemos, sin embargo, que existe en esta materia un equívoco a disipar. Nuestra clasificación de pruebas legales, sana crítica y libre convicción, había sido anticipada ya por algunos escritores europeos y americanos de derecho procesal penal. Así, p. ej.: SALDAÑA: *La criminologie nouvelle*, París, 1919, pág. 45; VIDAL:

a este tipo particular de principios consagrados en la ley, según los cuales el magistrado extrae la verdad sin referirse a valoraciones previamente dadas, o a procesos de lógica jurídica.

61. — Expuesto cuanto precede, sólo nos queda afirmar que la fe pública, en cuanto calidad del documento y en cuanto medida de eficacia probatoria, se liga inseparablemente al primero de los criterios arriba mencionados: el de las pruebas legales (1).

Cuando el artículo 1574: C. C. dice que la escritura pública *hace plena fe* en determinados aspectos, sienta un principio de prueba legal, que excluye toda idea de sana crítica o de libre convicción.

Cours de droit criminel, París, 1928; VAZQUEZ ACEVEDO: *Proyecto de Código de procedimiento penal*, Montevideo, 1895, pág. 218; ALBANELL MAC COLL: *El delito de proxenetismo*, Montevideo, 1932, pág. 110. Nosotros, no hemos sostenido que en el proceso civil exista la posibilidad de que el juez falle fuera de las reglas de la sana crítica, o por convicción intuitiva, o mediante elementos de juicio ajenos al proceso. No conocemos ningún Código que consagre tal cosa. En el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* hemos eliminado tal solución (conf.: Exposición de motivos", pág. 93). Lo que hemos sostenido es que, en la teoría de la apreciación de la prueba, ya sea en el sistema civil, en el penal, con o sin jurado, en el administrativo, habíamos entrevisto tres posibilidades de apreciar la prueba. Los autores en cuya lectura nos habíamos formado, siguiendo la enseñanza europea, distinguían sólo dos: las pruebas legales y las pruebas racionales (GALLINAL: *Estudios sobre el Código de procedimiento civil*, Montevideo, 1916, n. 473 y 473 *bis*). Varios textos especiales de nuestro derecho (proxenitismo, jurados de alquileres, recusación, etc.) en nuestro país, brindaban un ejemplo vivo de apreciación de la prueba por un método que no era, sin duda, ni de sana crítica ni de fijación previa por la ley. Nuestra concepción ha sido aceptada, últimamente, por COSSIO: *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Santa Fe, 1941, pág. 16, aunque apartándose de ella en otros puntos y formulando algunas objeciones críticas que, en muy buena parte, nos han persuadido. Asimismo, ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE: *Derecho procesal penal*, t. 3, pág. 102; SARTORIO: *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, Bs. As., 1945, pág. 131; ARIAS BARBE: *La prueba*, Montevideo, 1943, pág. 59.

(1) DONA: *Elementi di diritto notarile*, Milán, 1933, pág. 62.

Así, por ejemplo, si al magistrado le consta que el día en que la escritura pública aparece como otorgada, el autorizante o las partes se hallaban en el extranjero, no podrá hacer prevalecer esa convicción personal, si la escritura no fuere impugnada de falsedad. Un principio de prueba legal tiene por verdad el otorgamiento y la fecha de la escritura. Aunque el hecho sea inverosímil, aunque la fecha sea sospechosa, aunque todo contribuya a quitar entidad a esos extremos, el juez nada puede hacer (1). Para él, no existe otra conclusión necesaria, como no sea tener por verdad los elementos cubiertos por la fe pública. Esa solución sólo podría ceder ante la prueba de la falsedad, de la simulación o del contradocumento, en los casos que se expondrán en el capítulo siguiente.

La cópula o nexo lógico de que arriba hablábamos (2), vendría a traducirse así: "Dada la fe pública del instrumento, debe ser la suposición de verdad de sus elementos". Y completándola en términos análogos a los ya admitidos, incluyendo la posibilidad de impugnación por falsedad, se diría: "Dada la fe pública del instrumento, debe ser la suposición de verdad de sus elementos; a menos que se demuestre la falsedad, en cuyo caso debe ser la verdad que surja del conjunto de las otras pruebas".

62. — Pero como el esquema que acaba de exponerse es sólo un simplismo, porque la suposición de verdad derivada de la fe pública se refiere a diferentes elementos del instrumento, con muy diversos grados de eficacia, debe concluir el presente ensayo analizando, ya en términos concretos, la medida de eficacia que contiene en sí misma la fe pública.

---

(1) Cfr. últimamente, FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova, 1940.

(2) *Supra*: 56.

BLANCA A. CARRACEDO VIRGILES
ABOGADA

Una consideración meramente *procesal* del tema nos llevaría a examinar la eficacia del instrumento notarial dentro del sistema de las pruebas. Pero como a lo largo de este estudio hemos venido sosteniendo que, además de su función procesal, la fe pública cumple un cometido *sustancial* ligado a la teoría del negocio jurídico, debemos dividir en dos partes la consideración de este desarrollo final.

En el primero, se analiza la eficacia *mediata* del documento: su valor en el proceso probatorio; en el segundo, su significación *inmediata*: su valor en la estabilidad del derecho y su contribución a la paz jurídica.

SERGIO ... 5º REGISTRADOR DE CAPITAL SP. PRIOR TEMPORE POTIOR JURE

CAPITULO V

EFICACIA PROCESAL DE LA FE PÚBLICA

I. — Alcance del precepto "instrumenta publica probant se ipsa"

63. — La fe pública, decíamos, es una calidad inherente al instrumento notarial. Pero esa calidad tiene, a su vez, una medida de eficacia probatoria. La fe pública vale tanto cuanto valga a los fines de la prueba y del nacimiento de un derecho.

La conclusión de todo este estudio ha de ser, en consecuencia, la determinación de esa eficacia, con la mayor precisión que nos sea posible.

Debemos aquí aclarar que esa medida de eficacia es un tema de riguroso derecho positivo. El instrumento notarial prueba lo que la ley dice que prueba. El aforismo clásico de Dumoulin: "instrumenta publica probant se ipsa" (1), es una generalización que sólo tiene vigencia si un texto especial de la ley así lo establece. La ley da y quita eficacia al instrumento notarial. En algunos países, como en el nuevo régimen español (2) esa medida es muy amplia; en otros, como en Inglaterra (3), esa medida es muy restringida.

---

(1) Ref. GABOLDE: *Obligations*, en el *Traité pratique de* PLANIOL-RIPERT, t. 7, pág. 786.

(2) Este régimen reglamenta el sistema de las llamadas "actas de notoriedad". Conf. BELLVER CANO: *Sobre la reciente reforma del reglamento de la organización y régimen del notariado en España*, en *Revista del Notariado*, Bs. As., reproducido en *La Justicia*, México, mayo 1946, pág. 8200.

(3) *Supra*: 47, en nota.

Las conclusiones que habremos de admitir a continuación no son, pues, conclusiones de doctrina, sino de derecho positivo uruguayo. La eficacia del instrumento notarial es, pues, su eficacia hoy y aquí. En nuestro país y en nuestro derecho actual.

64. — De *instrumento notarial* y en consecuencia, de instrumento dotado de fe pública, habremos de hablar para referirnos a tres clases de documentos que otorga el escribano en nuestro país.

a) La escritura pública; por tal se entiende, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1574: C. C. aquella que extiende un escribano público en su protocolo, con las formas requeridas por la ley;

b) Los documentos notariales que han sido objeto de especial previsión en la ley; la carátula del testamento cerrado; la póliza de fletamento; la carta poder; la protocolización de un documento; la notificación del concordato extrajudicial al acreedor; la certificación de firmas en la promesa de venta de inmuebles a plazo; el protesto; la notificación del artículo 24, ley 16 de diciembre de 1927; etcétera.

c) Los documentos notariales que no han sido objeto de especial previsión en la ley, y que el escribano puede autorizar en ejercicio de su facultad de dar fe de las aseveraciones que ante él formulen las partes y a pedido de las mismas.

La medida de eficacia de cada uno de estos tres tipos de documento notarial queda, decíamos, subordinada al régimen legal. Sólo sucede que los documentos señalados con la letra a) tienen una eficacia netamente definida en la ley; que los documentos señalados con la letra b) tienen un régimen legal no tan preciso; y que en cuanto a los documentos señalados con la letra c) el silencio de la ley es poco menos que absoluto y la teoría tiene que construir íntegramente su sistema interpretativo tomándolo de aquellos preceptos de la ley que, de una manera u otra, puedan servir para ilustrar el punto.

65. — Pero antes de entrar a ese estudio es menester establecer con exactitud cuáles son las medidas de eficacia probatoria existentes en nuestra ley.

Nos servimos, en ausencia de una doctrina ya admitida (1), de dos conceptos familiares al derecho procesal civil. Utilizaremos los conceptos de "límites objetivos" y "límites subjetivos, familiares a la teoría de la cosa juzgada (2) para establecer cuáles son los grados de eficacia del instrumento.

Hablaremos, pues, de "límites objetivos" de eficacia para referirnos a los diversos grados en que el instrumento prueba un hecho o un objeto jurídico. Y hablaremos de "límites subjetivos" de eficacia, para referirnos a la extensión del poder probatorio a las diversas personas (sujetos) a los que el documento pueda alcanzar.

II. — Límites objetivos de la eficacia probatoria

66. — Los grados de la eficacia probatoria, dentro de nuestro sistema legal, son tres: *la plena prueba; la semiplena prueba; el principio de prueba* (3).

Por *plena prueba* se entiende aquella prueba que por sí sola basta para decidir (4). Es la medida de eficacia probatoria que tiene un instrumento cuando por sí solo

(1) Nuestro derecho civil y procesal no tiene en esta materia más exégesis que la que le han destinado GALLINAL: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil. Instrumentos*, 2ª ed., Montevideo, 1928; y últimamente, ARIAS BARBE: *La prueba*, Montevideo, 1943. Digamos, no obstante, en honor a la verdad, que no es ésta una materia de bibliografía abundante. En el derecho probatorio los grados de eficacia de la prueba han sido suplantados, con suma frecuencia por la discrecionalidad judicial. Así, conf. WIGMORE: *The science of judicial proof*, 3ª ed., Boston, 1937, pág. 7. "In this field —dice el autor— no one can afford to let another do his thinking for him".

(2) Conf.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, pág. 254 y ss. y la bibliografía allí referida.

(3) Aceptamos la terminología legal por fidelidad a los textos en estudio, aun haciendo la salvedad de que no la consideramos científicamente aceptable.

(4) C. P. C.: 328.

acredita el hecho controvertido. El documento que hace plena prueba, o plena fe (1), no requiere complemento alguno. El hecho que se halla representado en él, se tiene por verdad dentro del sistema de las pruebas. La plena prueba es el 100% de la eficacia probatoria.

Pertenecen a este tipo: el instrumento público, la confesión lisa llana o simple, el juramento decisorio.

Por *semiplena prueba* se entiende, en el léxico legal, "aquella que por sí sola no instruye bastante para decidir" (2). Esta determinación es naturalmente imprecisa. Se refiere, notoriamente, a una prueba incompleta, insuficiente por sí misma para crear en el espíritu la persuación de la verdad o para fundar un juicio. Se podría hablar de semiplena prueba para referirse, por ejemplo, a la testimonial, a la confesión calificada, a la pericial. Cada uno de estos medios de prueba puede no brindar por sí solo todos los elementos de juicio suficientes como para dar por probado un hecho, pero en todo caso, varios medios de prueba semiplena complementados entre sí, reforzándose unos con otros, pueden conducir a la certidumbre. Utilizando aquí también el léxico familiar al proceso civil, podemos decir que más que la prueba de un derecho, la semiplena prueba es un "fumus bonis iuris" (3).

---

(1) A estar al texto de los artículos 1574 C. C. y 350 C. P. C., los conceptos de "plena prueba" y "plena fe" son sinónimos. GALLINAL: *Estudios*, cit., n. 659.

(2) C. P. C.: 328.

(3) La doctrina del derecho procesal civil no ha tenido, hasta ahora, necesidad de precisar con mayor exactitud el concepto de semiplena prueba; en cambio, la del derecho procesal penal ha realizado la tarea de construcción, requerida por el artículo 15 de la Constitución, en cuanto exige la existencia de semiplena prueba para poderse decretar un procesamiento. Conf. MORETTI: *Apuntes de derecho procesal (penal)*, Montevideo, 1945, t. 4, pág. 331. Asimismo, JIMENEZ DE ARECHAGA: *La Constitución nacional*, Montevideo, 1946, t. 2, pág. 49. La doctrina del proceso penal ha definido la semiplena prueba en términos análogos a los que aquí se consignan, aunque no ha sido siempre posible determinar la diferencia entre semiplena prueba y principio de prueba. Una interesante referencia a la semiplena prueba en la prueba

Por *principio de prueba* se entiende aquel que no puede *nunca*, por sí solo servir de prueba de un hecho. El principio de prueba es, apenas, un punto de apoyo. Sobre él puede apoyarse otra prueba; pero no otro principio de prueba. La ley ha dado el carácter de principio de prueba a la declaración de un solo testigo de probidad; a la confesión extrajudicial (principios de prueba oral); a la confrontación de caracteres (1); a las copias de escrituras públicas expedidas sin los requisitos legales (2); a lo enunciativo del instrumento cuando no tiene relación directa con lo dispositivo (3); al documento firmado a ruego ante dos testigos (4); al documento emanado del adversario que haga verosímil el hecho litigioso (5).

67. — Cuando se reflexiona sobre estos tres grados de eficacia probatoria, se advierte que ellos se relacionan en forma directa con los criterios de prueba arriba referidos.

El grado de plena prueba configura una prueba legal: el juez no puede desconocer la existencia del hecho representado en un documento que hace plena fe.

---

del estado civil, se hallaba en el artículo 281 del Proyecto Acevedo; que daba tal carácter, para probar la filiación a "los documentos de familia, los apuntes y papeles privados del padre y de la madre...".

(1) C. P. C.: 458.

(2) C. C.: 1593.

(3) C. C.: 1577.

(4) C. C.: 1585. En el derecho romano se exigían cinco; ACEVEDO en su *Proyecto* puso tres; el Dr. PEREIRA en sus observaciones exigió que estuvieran "simultáneamente presentes" (nota al margen del artículo 1562 de la edición de Acevedo de 1852); NARVAJA sólo requirió dos simultáneamente presentes (en bastardilla en el Código) por lo menos, los que deberán saber firmar.

(5) C. C.: 1598. Por un grueso error de técnica este artículo define el principio de prueba por escrito como aquel que "emana del demandado", cuando en realidad el documento puede emanar también del actor. El punto ha quedado ya suficientemente aclarado en nuestra doctrina; BAYLEY: *Concepto de principio de prueba por escrito*, en Rev. D. J. A., t. 38, pág. 77; PARRY: *El principio de prueba por escrito*, en Rev. D. J. A., t. 39, pág. 257.

El grado de semiplena prueba se liga con el criterio de la sana crítica. Ante una prueba semiplena, el magistrado tiene libertad para decidir en un sentido o en otro, admitiendo o rechazando, según lo deduzca de sus procesos críticos, el hecho controvertido.

El principio de prueba es, por su parte, otro precepto de prueba legal. Sólo que en este caso, a diferencia de la prueba plena, que es *positivo*, en el principio de prueba es *negativo*. En la prueba plena el juez debe admitir; en el principio de prueba, el juez debe abstenerse. En el mejor de los casos, como decíamos, el principio de prueba sólo sirve de punto de partida para una prueba mejor.

III. — Límites subjetivos de la eficacia probatoria

68. — Los límites o grados de la eficacia probatoria pueden, todavía, ser referidos en consideración a las personas.

Cabe distinguir, en esta materia, la eficacia entre los otorgantes; entre sus sucesores a título universal; sus sucesores a título singular; y los terceros.

Estas diferentes zonas de influencia del documento surgen de los arts. 1575 y ss. C. C.

69. — *Entre los otorgantes* el instrumento prueba plenamente las obligaciones y los descargos (1).

Las representaciones contenidas en el documento, constitutivas o extintivas de obligación, no requieren otra prueba, ya que la demostración escrita constituye el máximo de la eficacia probatoria.

Pero esa plenitud de eficacia probatoria abarca tan sólo el círculo de los otorgantes.

Los terceros no resultan, en ningún caso, afectados por lo que surja de las declaraciones constitutivas o extintivas de obligación contenidas en un instrumento.

(1) C. C.: 1576.

70. — *Los sucesores a título universal* se asimilan en todos los casos a las partes.

El documento que hace fe contra el causante, lo hace contra el heredero (1).

Conviene aclarar que a este efecto, tanto los otorgantes como los herederos están ligados a la eficacia probatoria del documento, en cuanto a probar las obligaciones y sus descargos, ya sea en lo que se refiere a lo dispositivo del documento, ya sea en lo que se refiere a lo enunciativo que tiene relación directa con lo dispositivo (2).

71. — *Los sucesores a título singular* tienen en el artículo 1576 una completa asimilación a los sucesores a título universal. Pero en el artículo 1580 se hace una clara distinción entre unos y otros.

A estar al primero de dichos textos, la eficacia probatoria del documento es indistinta para toda clase de sucesores, sean a título universal como el heredero, sean a título singular, como el comprador. Pero a estar al segundo de ellos, como un homenaje a la buena fe (3), los contradocumentos, que obligan a los sucesores universales no obligan a los sucesores singulares, los cuales son asimilados a los terceros (4),

72. — *Los terceros*, vale decir, los que no son ni partes ni sucesores de las partes a título universal o singular (5),

(1) C. C.: 1576. Debe, sin embargo, hacerse una salvedad para el caso del documento simulado. La doctrina y la jurisprudencia han debido admitir que el heredero forzoso, aquel que no puede ser privado de su legítima, debe ser considerado tercero a los efectos de poder impugnar el documento simulado. Así, SECCO ILLA: *Curso de sucesiones*, Montevideo, 1929, pág. 282; RICCI: *Diritto civile*, t. 4, pág. 121. En contra: ALMADA: *La simulación*. Montevideo, 1937, y en su respuesta a nuestros reparos publ. en Rev. *D. J. A.*, t. 36, pág. 31, en la misma Revista, t. 36, pág. 160.

(2) C. C.: 1577.

(3) Esta es la idea clásica: DEMOLOMBE, t. 29, n. 345; ZACHARIE: I, n. 128.

(4) ACEVEDO: *Proyecto*, art. 1556.

(5) Dice BAYLEY: *Eficacia de los contradocumentos*, en Rev.

resultan alcanzados por dos elementos del instrumento: el hecho de haberse otorgado y su fecha.

En esta materia es necesario hacer una distinción entre los documentos públicos y los privados.

El instrumento público hace plena fe, aun frente a los terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha (1). Nadie, ni las partes, ni los sucesores, ni los terceros, pueden desconocer la realidad del otorgamiento y la fecha del instrumento público, salvo pruebas de falsedad.

En el instrumento privado, en cambio, el hecho de haberse otorgado y su fecha, lo mismo que la representación de las obligaciones y sus descargos, sólo afectan a las partes y a sus sucesores; no alcanzan, en cambio, a los terceros (2).

La fecha del instrumento privado sólo es cierta para los otorgantes y sus sucesores; es, en cambio, incierta para los terceros.

El concepto legal de "fecha cierta" a que se refiere el artículo 1587: C. C., no configura sino un derecho de oponibilidad frente a los terceros, del documento privado. Este es *inoponible* antes de su incorporación a un registro, a su exhibición en juicio o a la muerte de los otorgantes; es *oponible* luego de cualquiera de esas circunstancias, a los efectos de acreditar el hecho de su otogamiento (3).

D. J. A., t. 27, pág. 126: "Tercero, en el sentido empleado en el artículo 1580 de nuestro Código civil, es aquel que ni por sí mismo, ni por una persona cuya personalidad jurídica él continúe, ni por nadie que lo represente o ejercite sus derechos, ha intervenido en la confección material el documento privado, y que, sin embargo, invoca sobre el objeto del acto privado un derecho, al cual el acto en el que él no ha intervenido, podría causar perjuicio" (BRAAS: *Theorie légale des actes sous seing privé*). En sentido análogo, MUÑOZ XIMENEZ: *Situación de los acreedores quirografarios frente a los actos simulados*, en: Rev. *D. J. A.*, t. 27, pág. 385.

(1) C. C.: 1575: Chileno, 1700.

(2) C. C.: 1581; Chileno, 1702. Sin embargo, en nuestro Código la asimilación del instrumento privado a la escritura pública es errónea. Está contradicha, en cuanto a la fecha se refiere, por el artículo 1587.

(3) Sobre el concepto de "inoponibilidad", conf. FERRARA - SANTAMARIA: *Inefficacia e inopponibilitá*, Nápoli, 1939.

Pero esta circunstancia no debe, en ningún caso, hacernos perder de vista que, aún en el caso en que el documento ha adquirido fecha cierta respecto de terceros, esa circunstancia no acredita otra cosa que el otorgamiento; nunca tiene la consecuencia de acreditar frente a terceros los hechos representados en el documento: las obligaciones, su liberación o los hechos jurídicos en general (1).

En último término, en su dato final, la fecha cierta no representa otra cosa que la privación a los terceros de negar válidamente la existencia del documento al día de su incorporación al registro, al juicio o a la muerte de uno de los otorgantes.

IV. — Eficacia probatoria de la escritura pública

73. — Admitido cuanto precede relativo a las diversas medidas (objetivas y subjetivas) de eficacia probatoria de los instrumentos en general, tales grados o medidas deben ser aplicados a los instrumentos dotados de fe pública.

Analizaremos por separado los tres tipos de instrumentos notariales oportunamente mencionados: la escritura pública; el instrumento previsto en la ley; y el instrumento que no ha sido objeto de especial previsión.

Escritura	*Eficacia*
1. — Fecha	Plena fe para todos.
2. — Dispositivo	Plena fe para las partes y sucesores a título universal y singular.
3. — Enunciativo en relación directa con lo dispositivo.	Plena fe para las partes y sucesores a título universal y singular.
4. — Enunciativo sin relación directa con lo dispositivo.	Principio de prueba por escrito, para las partes, etc.
5. — Otorgamiento	Plena fe para todos.

---

(1) Conf.: ALONSO: *El registro de protocolizaciones*, en *Rev. D. J. A.*, t. 24, pág. 161.

Dentro de este esquema, caben, aún, algunas puntualizaciones.

La eficacia que se menciona en este esquema se refiere a la escritura pública perfecta. Pero la ley ha previsto algunas imperfecciones que disminuyen la fe probatoria de la escritura, sin destruirla totalmente.

Así, por ejemplo, la escritura defectuosa en su forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmada por las partes (1); las segundas y ulteriores copias de la matriz, con menos de veinte años luego del otorgamiento o por escribano que no sea el autorizante, valen como principio de prueba por escrito (2); las copias de copias valen como principio de prueba por escrito o de indicios, según las circunstancias (3); la primera copia de escritura pública expedida por el escribano sin su signo, no vale si mediara objeción; pero si se formulara tal objeción, podrá ser subsanada la omisión, en cuyo caso tiene valor (4); la escritura pública rota o cancelada en parte sustancial, como en los nombres de los contratantes, testigos o escribano, en la fecha o en lo que pertenece al pleito, no hace fe (5); la escritura enmendada en esas mismas partes, no vale si no estuviesen salvadas las erratas por el escribano y también por las partes y testigos, si estas enmiendas hubiesen sido hechas en el instrumento matriz (6).

Como es de suponer, cada una de estas modificaciones al cuadro general de la eficacia probatoria, se halla tan llena de problemas y de dificultades interpretativas, que demandaría un capítulo especial. Pero, dada la índole de este estudio, no es posible abordarlas aquí.

---

(1) C. C.: 1578. Véase la opinión de De María en: *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruuay*, t. 3 (1907), pág. 293.

(2) C. C.: 1593. "In antiquis enuntiativa probant", Garcia Goyena: *Concordancias*, t. 3, pág. 220.

(3) C. C.: 1593; C. P. C.: 458. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 5 (1912), pág. 4.

(4) C. P. C.: 358.

(5) C. P. C.: 359.

(6) C. P. C.: 359.

V. — Eficacia probatoria del instrumento notarial especialmente previsto en la ley

75. — Debe ser objeto de exámen el *instrumento notarial especialmente previsto en la ley.*

Utilizaremos como instrumento típico de esta índole las actuaciones de protocolización de un documento. Preferimos este tipo de actuación y no el protesto o la carátula del testamento cerrado, porque tanto uno como otro de esos documentos han adquirido en la ley significados especiales (1).

El esquema de la eficacia probatoria de las actuaciones de protocolización de un documento es el siguiente:

Instrumento	*Eficacia*
1. — Fecha	Plena fe para todos, sólo a partir de la incorporación al Registro de Protocolizaciones.
2. — Dispositivo	Plena fe para las partes y sus sucesores.
3. — Enunciativo	Plena fe para partes y sucesores como en la escritura pública.
4. — Otorgamiento	El documento protocolizado no adquiere autenticidad; las actuaciones de la protocolización son auténticas.

76. — La diferencia entre este esquema de eficacia probatoria y el de la escritura pública resalta al primer examen.

La escritura tiene fecha cierta desde el día de su otorgamiento, en tanto que el instrumento protocolizado (salvo,

---

(1) Acerca de tales valores, S. Riestra: *¿Qué actos autorizados por el escribano fuera del protocolo producen el efecto de instrumento público?*, en: *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 2 (1906), pág. 287; F. Carambula, en la misma, t. 3 (1928), pág. 10; E. Gimenez: *Misión notarial del protocolo*, en la misma Revista, t. 14 (1928), pág. 19, se inclina decididamente por la plena validez de los mismos, dada la elevada significación de la fe pública. Esta tesis contiene una petición de principio, pues es eso, justamente, lo que se trata de demostrar.

por supuesto, que sea ya por sí un instrumento público), sólo adquiere fecha cierta a partir del día de la protocolización.

La escritura hace plena fe en cuanto al otorgamiento. De este hecho fluye la circunstancia de su autenticidad. Tal como expresábamos, ella es "probatio probata"; no es necesario su reconocimiento ulterior por el escribano autorizante ni por los otorgantes, ni por los testigos de actuación. La escritura es auténtica, porque tiene "autor cierto" (1). El instrumento protocolizado, en cambio, no adquiere autenticidad por el hecho de su protocolización. Deberá ser reconocido por sus otorgantes, pues no pierde su originaria condición de instrumento privado. La protocolización sólo afecta a la fecha, pero no al otorgamiento. Las actuaciones de protocolización, en cambio, son auténticas, ya que ellas son autorizadas por el escribano dentro del límite de sus atribuciones y con las formas requeridas por la ley.

VI. — Eficacia probatoria del instrumento notarial no especialmente previsto en la ley

77. — El artículo 1º del decreto-ley del 31 de diciembre de 1878 instituye la profesión de escribano público para "extender y autorizar bajo *su fe* y firma, todos los actos y contratos que deben celebrarse con su intervención..."

Por su parte, el artículo 60 del mismo cuerpo de leyes establece que "es deber de los escribanos autorizar *todos los actos y contratos para que fuesen llamados*, a no ser que tengan legítimo impedimento".

Determinando la calidad propia de los instrumentos públicos establece el artículo 1574: C. C. los siguientes principios: que todo instrumento público es un título auténtico; que como tal hace plena fe (2); y que puede ser otorgado ante Escribano.

(1) GALLINAL: *Estudios, cit.*, 651.

(2) Esta aseveración se debe, sin embargo, subordinar a lo dispuesto en el artículo 1575, incisos 6 y 7.

Sobre estos tan leves puntos de sostén debe construirse la solución que fije la exacta medida de eficacia probatoria de instrumento notarial, que no ha sido objeto de especial previsión en la ley (1).

78. — Comencemos por examinar si el instrumento notarial es un documento auténtico.

Nuestra suposición es afirmativa.

El documento autorizado por escribano ha sido incluído entre los instrumentos públicos en el artículo 1574: C. C.; el deber funcional del notario es autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, según el artículo 60; y esa autorización se produce bajo su fe y firma, según el artículo 1º.

Sería una antinomia que el profesional legalmente habilitado para autorizar un acto bajo su fe y firma, con deber profesional de prestar colaboración para esa autorización, no tuviera más facultades que un simple particular (2). El acto del escribano es auténtico en razón de la certeza que tiene la firma de su autor. El deber de autorizar

(1) Estos documentos son extraordinariamente frecuentes en el comercio jurídico. Muchas veces por razón de comodidad, se comete a un escribano expedir una copia certificada de instrumentos que constan en un proceso civil, en un expediente administrativo o en un archivo; otras veces, se realizan ante escribanos diligencias de inspección, o inventarios, o trámites que habitualmente se hacen ante los jueces o ante los oficiales de justicia; otras veces, para rodear a ciertos actos de especial solemnidad y darles garantía de seriedad, se realizan ante escribano: es el caso tan corriente de los sorteos públicos. Ni la propia ley ha escapado a este deseo de que los actos que requieren real solemnidad y responsabilidad se realicen ante escribano. Baste, para tal fin, referir que el Presupuesto General de Gastos, en la planilla del Ministerio de Salud Pública, prevé para la realización de los sorteos de la lotería oficial, un escribano que refrende el acto. Si la fe pública fuera lo mismo que la plena fe, la presencia del escribano sería innecesaria; cualquier funcionario público que certificara el hecho dentro del límite de su competencia y con las formas requeridas en la ley, otorgaría un instrumento que haría plena fe del sorteo.

(2) Conf. D'ALESSANDRO SAULLO: *De las certificaciones notariales*, en: *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 9, pág. 151.

es un deber público; y la fe y firma son atributos propios de la función notarial. El artículo 1º del decreto-ley de 1878 da al vocablo *fe* el mismo significado que le dan el artículo 1574: C. C. y el artículo 350: C. C., vale decir, "plena prueba". La idea de fe en materia probatoria, no se liga a la idea de creencia, sino a la idea de plenitud en la eficacia (1).

El instrumento notarial tiene, en consecuencia, en razón de la investidura y de la índole de la aseveración, la suposición de verdad en cuanto al otorgamiento.

Es éste un primer punto que debe darse por admitido. Al hacer fe en cuanto al hecho de su otorgamiento por ante el escribano autorizante, el instrumento notarial tiene sobre sí la suposición de autenticidad. Autenticidad de los otorgantes, si son de conocimiento del escribano; y autenticidad del autorizante (2).

Para dejar este punto claramente fijado, debemos recordar, todavía, que este primer punto de eficacia del documento notarial no va más allá del sólo hecho de su otorgamiento. Para nada alcanza, por ahora, a la fecha y al contenido. Lo que significa la fe del otorgamiento es que no será menester llamar a los otorgantes a que reconozcan sus firmas, como si fuese un instrumento privado común, ni tampoco a que comparezca a reconocerlas el escribano autorizante.

79. — No es tan claro, en cambio, el punto relativo a si el instrumento notarial tiene de por sí fecha cierta.

La ley ha creado dos registros notariales, uno llamado protocolo, para asentar en él las escrituras; y otro llamado de protocolizaciones, para dar fecha cierta a los documentos que a él se incorporen. No parece, pues, que pueda

(1) *Supra*: 24.

(2) En el estudio de SEQUERA: *En pro del restablecimiento del documento público en Venezuela*, Caracas, 1944, se plantea el problema de saber si la autenticidad emanada del conocimiento personal de los testigos puede suplirse por un documento de identidad, contestándose en forma negativa.

considerarse que las formas requeridas por la ley para la adquisición de fecha cierta, queden completas hasta tanto el documento notarial no haya sido incorporado al protocolo o al registro de protocolizaciones.

El instrumento notarial no adquiere fecha cierta hasta tanto todas las formas de la ley no sean cumplidas; y, en especial, la forma que consiste en la incorporación al registro.

Pero hecha la incorporación, el documento autorizado por el escribano está completo. Entonces es auténtico en razón de su autor y tiene fecha cierta en razón de su registro.

80. — A partir de este punto, la eficacia del instrumento notarial queda sometida a la suerte de todos los demás instrumentos, en los mismos términos que ya han sido expuestos (1).

Si el instrumento notarial ha sido suscrito por las dos partes cuyos intereses aparecen en conflicto en un proceso ulterior, su valor estará determinado por los principios arriba consignados. Cabrán, entonces, todas las distinciones que se ha formulado. Principalmente las siguientes:

a) Si el documento era, originariamente, un documento privado que se ha incorporado al registro de protocolizaciones, no adquirirá por ese hecho, autenticidad, sino fecha cierta; deberá, en consecunecia, ser sometido a reconocimiento como todo instrumento privado;

b) si, en cambio, el acto pasó ante el escribano, y éste dió fe del conocimiento de los otorgantes y la actuación fué refrendada por la participación de los testigos de actuación, el acto, aún cuando no haya sido extendido en el protocolo es auténtico, toda vez que la aseveración del escribano consiste, justamente, en dar fe del otorgamiento;

c) del documento valdrá, solamente, lo dispositivo y lo enunciativo que tenga relación directa con lo dispositivo;

(1) *Supra*, 66 y ss.

d) lo enunciativo que no tenga relación directa con lo dispositivo, sólo tiene el valor de principio de prueba por escrito;

e) tales valores solo comprenden a las partes y a sus sucesores a título universal o singular; fuera de la fecha y del otorgamiento, el documento no tiene efecto frente a terceros.

81. — Una dilucidación especial debe merecer el instrumento notarial en el cual sólo ha comparecido una de las partes que intervienen en el conflicto ulterior.

Este caso se halla totalmente dominado por la idea de que nadie puede hacerse una prueba en su favor (1).

Si mediante el instrumento de la fe pública se pudiera cambiar el sentido de dicho precepto, que es elemental en el sistema de la prueba, se habría llegado a una conclusión muy diferente de la que hemos venido admitiendo a lo largo de este trabajo. Cuando hemos sostenido que la fe pública es *una calidad*, lo hemos hecho teniendo en cuenta que la aseveración notarial no tiene la virtud de alterar el contenido de los documentos; virtualmente nada les agrega, como no sean las dos virtudes excepcionales de su autenticidad y de su fecha cierta. En manera alguna podría llegarse a la conclusión de que mediante la atestación notarial, un documento cuyo contenido es, originariamente, "inter partes" y no "erga ommes", podría alterar su contenido intrínseco.

Un documento unilateral sigue siendo unilateral, aunque lo refrende un escribano. Tal documento debe ser situado dentro del sistema general de la prueba, en su sentido procesal. Y la prueba, en su sentido procesal, no es sino el conjunto de previsiones instituídas en la ley, tendiente a asegurar la plena eficacia de la incorporación de los medios de la prueba al proceso civil o penal. El sentido del procedimiento probatorio es el de asegurar, mediante una participación de los dos litigantes, el valor y eficiencia de los medios de prueba. Ese contralor recíproco, el contradictorio en la prueba, se realiza en todos los instantes del proceso: en la proposición de la prueba; en el diligenciamiento de la prueba; en la contraprueba; y en la crítica de la prueba (1).

El instrumento notarial, elaborado sin la ingerencia del adversario, no tiene el cúmulo de garantías que la ley procesal ha instituído para asegurar su validez dentro del proceso.

Pero la circunstancia que acaba de referirse no significa que la ineficacia del instrumento sea absoluta.

Si en razón de la urgencia o de la distancia, es menester que la inspección ocular a que se refieren los artículos 431 y siguientes —C. P. C.— se realice por un escribano y no por un juez, es evidente que las formas procesales no han sido cumplidas, y que las garantías del contradictorio no brindan a la prueba su eficacia plena. Pero de ello no se infiere la ineficacia total del procedimiento utilizado. En este punto, la suerte del instrumento notarial vuelve a ligarse con su antecedente histórico de la jurisdicción voluntaria.

En el proceso civil, no todas las pruebas son controvertidas y tramitadas mediante las formas del contradictorio. Con suma frecuencia se habla en la ley de *justificación* (2); de *información sumaria* (3); de *información ad perpetuam* (4); etc.

En los casos de prueba unilateral, sin las garantías del contradictorio, se está en presencia de un mecanismo probatorio que se relaciona directamente con las presunciones judiciales.

---

(1) Este principio tiene su consagración en el art. 1331 del C. C. francés. Por interpretación sistemática puede configurarse en todas las legislaciones aunque no tengan texto expreso. Directa o indirectamente, la idea de que cada uno puede producir la prueba de documentos que desee, con las limitaciones que expresamente se establezcan, aparece en todos los textos legales. Conf. IRELAND: *Obligatoriedad de la presentación de documentos por las partes. Estudio de derecho comparado*, en *Revista de Derecho Procesal*, t. 1, I, pág. 404.

(1) *Fundamentos del derecho procesal civil*, págs. 125 y ss.
(2) C. P. C.: 374, 724, 857, 1061, 1155.
(3) C. P. C.: 830, 831, 832, 1161.
(4) C. P. C.: 1275, 1285, 1286, 1288.

Las vías de justificación, las informaciones, etc.; son procedimientos probatorios "prima facie", dotados de cierto carácter de provisoriedad. Ellos quedan siempre abiertos a la impugnación de la parte contra quien se pretenden oponer y que no ha tenido ingerencia en su producción. En todo caso la parte contra la cual tales pruebas se esgrimen, tendrá a su alcance los medios de impugnación. La información será destruída mediante procedimientos tendientes a demostrar su inexactitud. Nunca estas pruebas unilaterales hacen prueba en contra del que no ha tenido ingerencia en ellas.

Pero nadie podrá negar que en el sistema de las pruebas, tales procedimientos valen, en cuanto instrumentos, como tales; y en cuanto a su contenido demostrativo o representativo, valen como una presunción. Las pruebas unilaterales valen, se dice desde antiguo, como "presumptio hominis" (1).

La "presumptio hominis" es, a su vez, un mecanismo del sistema probatorio que reclama un análisis particular.

82. — Como ya hemos tratado de demostrar (2), la presunción no es una prueba: ni cuando se trata de una presunción legal, ni cuando se está en presencia de una presunción judicial.

La llamada "presumptio hominis" no es, por supuesto una presunción legal, sino judicial. Y como tal, a estar al texto del artículo 454: C. P. C., "queda confiada a las luces y a la prudencia del magistrado, el que no debe admitir sino las que sean graves".

Este instituto constituye una verdadera remisión a las reglas de la sana crítica del artículo 302: C. P. C. y al concepto de semiplena prueba del artículo 328: C. P. C.

(1) Se reputan tales ("presuptio hominis, aut indicis aut facti") aquellas "en las cuales el cálculo de probabilidades está librado al razonamiento de quien debe decidir la controversia". "Las "presumptio hominis" quedan libradas a la prudencia del juez". (*Nuovo Digesto Italiano*, t. 10, pág. 338).

(2) *Supra*: 56.

El magistrado utiliza los hechos debidamente probados para inferir aquellos que no han sido plenamente probados. Mediante procesos críticos, de lógica jurídica y de experiencia jurídica, el juez reconstruye los hechos tomando los materiales de información de que puede disponer. Las pruebas defectuosas las complementa con pruebas eficaces y mediante unas y otras reconstruye en su mente el hecho, de manera análoga a aquella por virtud de la cual el médico infiere de los diversos síntomas la naturaleza de la enfermedad (1).

Un instrumento notarial acreditando, por ejemplo, que en determinado día el notario presenció, ante testigos, y consignó en un acta, que el fundo de Tizio estaba sin cultivar y abandonado, permitirá al magistrado inferior la suposición de que no existía por ese tiempo un poseedor que aprovechara el fundo. Esa suposición no habrá de bastar por sí sola para dar por probado el hecho; pero nadie vacilaría, en ausencia absoluta de prueba en sentido contrario, en admitir la verosimilitud del hecho. El juez, en el cumplimiento de su cometido, presume o supone que los sucesos han ocurrido como habitualmente ocurren en la vida, hasta tanto se le persuada que han ocurrido de diferente manera.

Para quitar todo valor de convicción al instrumento notarial del tipo que venimos analizando, sería menester suponer que el escribano desafía impunemente el precepto que le castiga con una pena de tres a diez años de penitenciaría, consignado en los artículos 236, 238, 241 y 245 del Código Penal; habría que admitir que los testigos han deseado, por interés o por inclinación a la mentira, incurrir en la pena del artículo 239 del mismo Código; etcétera. Pero no es esto lo que normalmente sucede en la vida. Si el escribano ha faltado a la verdad, su falsedad podrá ser demostrada; si los testigos han sido cómplices, se podrá demostrar su culpa. Nunca sería imposible, al dueño de un

(1) IHERING: *L'esprit du droit romain*, t. 3, pág. 7; CALAMANDREI: *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, t. 1, pág. 23; asimismo, nuestro estudio *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932, pág. 66.

fundo cultivado, demostrar con otras pruebas el hecho de la posesión. Pero hasta tanto no se pruebe esa posesión, hasta tanto no se demuestre la falsedad del escribano y la mentira de los testigos, será prudente admitir como verdadero el hecho consignado en el documento; y si el hecho no tiene tanta gravedad como para exigir otra prueba más rigurosa, será justo y razonable tener por probado el hecho, en ausencia de todo otro elemento de convicción.

83. — El instrumento notarial protocolizado es, en resumen, una prueba plena en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha. En tal sentido es una prueba legal. En cuanto a su contenido, es una semiplena prueba, que el juez apreciará con arreglo a las reglas de la sana crítica (1).

Esta tesis conduce, en realidad, a una inversión de la carga de la prueba, punto éste que viene a constituir, en último término, el sentido propio de toda presunción. Quien tiene una presunción a su favor, se halla relevado de acreditar por otros elementos de juicio el hecho objeto de la presunción (2). Si la prueba en contra de la presunción

(1) La tesis de la "*presuntio facti*" como *semiplena prueba* se halla ya registrada entre los antecedentes de derecho histórico y comparado que aporta HEDEMANN: *Las presunciones en el derecho*, trad. esp., Madrid, 1931, pág. 112. Ultimamente, BARRANE: *Théorie generale des présomptions en droit privé*, París, 1942.

(2) En su libro *El hecho notorio*, Bs. As., 1944, pág. 136, CARNELLI discute algunas proposiciones nuestras, análogas a las que en el texto quedan expuestas. Su conclusión, luego de un erudito desarrollo, es la de que "los grados de normalidad representan máximas que valen por sí mismas, no como prueba, aunque sirven por comparación, para estimarla, sobre todo cuando se trata de presunciones. Tal la misión que viene a desempeñar, precisamente, la normalidad, auxiliando al juez para saber si la conclusión es más o menos probable. Toda presunción implica una deducción a través de una inducción. Esta aplicación es la única que, a mi juicio, puede consentírsele a la normalidad en la materia". (CHIOVENDA: *Instituciones*, t. 3, pág. 260; BETTI: *Diritto processuale civile*). Debemos aclarar que, si bien no compartimos todas sus aseveraciones, éstas, que son el resumen de su pensamiento, cuentan con nuestra completa adhesión. Acaso los desarrollos del presente estudio contribuyan a precisar de alguna manera nuestro modo de pensar.

se produjere con el mismo sentido de intensidad que la presunción que emana del documento notarial, una y otra suposición se destruirán recíprocamente; si la prueba contraria al hecho documentado en el instrumento notarial refleja mucha mayor evidencia que el contenido de éste, predominará la prueba contraria.

El instrumento valdrá, entonces, lo que valdría para un hombre prudente y reposado; lo que un hombre cauteloso y de experiencia, apto para comprender la dificultad o facilidad de probar ciertos hechos, creería que realmente vale.

Ninguna sentencia podría apoyarse exclusivamente en este documento; pero sin buenas razones, sin un serio razonamiento que demuestre su error, o inexactitud, o el riesgo de su admisión, no podría ser rechazado de la prueba.

84. — Para rechazar esta tesis, no alcanza la disposición del artículo 226: C. P. C., según la cual "fuera de los actos y diligencias judiciales que el escribano autorice conforme a las leyes, su atestación no tiene más valor que la de cualquier otra persona".

No alcanza tal texto, por que para hacer jugar esa disposición sería menester demostrar que una atestación de esa índole no es conforme a las leyes (1). Además, esa disposición se refiere a los escribanos que autorizan "actos y diligencias judiciales", las que no son objeto de nuestra tesis.

La ausencia de una previsión especial acerca de la eficacia probatoria, no significa la ausencia de una previsión especial acerca de la posibilidad de realizar el acto y de sus formas. La posibilidad de expedir un documento de esa

(1) LAGARMILLA: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, pág. 345, pone como ejemplo la declaración del escribano llamado a deponer como testigo. Agrega que una declaración de esa índole debe interpretarse con arreglo a la sana crítica y no como manifestación de fe pública. El ejemplo, aunque obvio, es ilustrativo. La eficacia probatoria del instrumento notarial no emana tanto de la persona cuanto de la función.

índole surge de las disposiciones de los artículos 1º y 60 del decreto-ley de 31 de diciembre de 1878, en cuanto habilitan al escribano "para autorizar bajo su fe y firma todos los actos que deben celebrarse con su intervención", y para "autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan impedimento legítimo". Como la norma es la permisión y no la prohibición de actuar dentro del orden jurídico (1), sería menester un texto que prohibiera una semejante actuación, para colegir de ella que, el instrumento no se halla conforme a las leyes.

Por otra parte, lo único que podría inferirse de la norma del artículo 226 es que la atestación notarial no tiene el carácter de una declaración privilegiada.

Pero según la conclusión sustentada, no se trata de dar al documento notarial el carácter de una prueba privilegiada. Se trata apenas, de no negarle en absoluto eficacia por la circunstancia de que no haya hecho llegar al proceso la prueba a través de todas las formalidades y requisitos del contradictorio. El instrumento no tiene, dentro del ejemplo propuesto, el valor de una inspección judicial; pero en ausencia de otra prueba en sentido contrario, su fuerza de convicción queda librada "a las luces del magistrado" que la admitirá o la rechazará según infiera del documento que se le exhibe una representación suficientemente fiel del hecho que se discute (2).

---

(1) Este criterio surge directamente del artículo 10 de la Constitución. Es siempre posible concebir, dice SOLER, además de los comportamientos conformes y contrarios a la norma, "comportamientos neutrales, indiferentes, extraños al contenido regulado por ella y que siempre debemos concebir como posibles manifestaciones de la libertad creadora". "La sola idea de que lo no previsto está prohibido, o de que todo lo que no está prohibido es obligatorio, constituye una utopía al revés de las usuales: una utopía de pesadilla" (*Ley, historia y libertad*, Bs. As., 1943, pág. 37). Ya en el campo filosófico, este problema ha sido ampliamente debatido, en el pensamiento hispanoamericano por GARCIA MAYNEZ: *La libertad como derecho y como poder*, México, 1943, y COSSIO: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Bs. As., 1944.

(2) Posteriormente a la primera edición de este libro, la jurisprudencia ha comenzado a acoger en términos expresos la tesis de que el documento notarial produce prueba en determinadas circunstancias. He-

85. — A título meramente ilustrativo, deseamos aquí añadir que en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil para nuestro país (1) hemos tratado de reglamentar de la mejor manera que nos ha parecido conveniente, esta potestad jurídica de los escribanos de aseverar bajo su fe y firma, la existencia o inexistencia de hechos jurídicos que sean motivo de prueba civil.

Así, p. ej., el escrito refrendado por el analfabeto vale si es certificado por escribano (art. 40); todo documento que se presente en juicio, ya sea público o privado, puede presentarse en su original o en testimonio expedido por escribano (art. 46); cualquier testimonio o certificado, ya sea de expedientes judiciales o administrativos, puede ser expedido por escribano (art. 66); etc.

En este orden de soluciones de fortalecimiento de la fe pública y determinación precisa de sus funciones, hemos llegado a la solución del proceso sucesorio extrajudicial, susceptible de ser tramitado ante el escribano (2).

---

mos dedicado a este tema la nota de jurisprudencia publicada en: "Rev. D. J. A., t. 50, p. 127. Asimismo, MONESTIER Y MAESTRONE, *Situación jurídica del acta notarial*", en Rev. de la Asociación de Escribanos, t. 39, (1953), pág. 159.

(1) *Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República Oriental del Uruguay*, con Exposición de Motivos. Montevideo - Buenos Aires, 1945. Como funciones facultativas, a requerimiento de parte, pueden asimismo verse las del *Anteproyecto* de la Comisión de la Fe Pública Notarial, integrada por los doctores Rafael E. DE LOS REYES PENA y Santiago DE BRUN y escribanos Luis GENLE y Alberto C. ARECO, en: Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 23 (1937), pág. 323, art. 1º.

(2) Sobre este particular, cónf.: *Revista Notarial*, La Plata, 1945, pág. 441 y *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 1945, pág. 368.

CAPITULO VI

EFICACIA SUSTANCIAL DE LA FE PÚBLICA

I. — Significado de esta eficacia

86. — Cuando distinguimos entre eficacia *procesal* y *sustancial* de la fe pública (1) partimos de la base de que el documento notarial está llamado a cumplir en el comercio jurídico una doble función: una primera, inmediata, destinada a crear en torno del derecho la misma sensación de pacífica certidumbre que en el derecho de los bienes apareja, según las ideas ya expuestas, la posesión; una segunda, inmediata, derivada del hecho de que si llegara a producirse un conflicto acerca del derecho documentado en el instrumento notarial, él será decidido sobre la base de la verdad de los hechos representados en el documento.

Este mismo hecho ha venido a crear en torno a la palabra *título* un doble juego de significaciones que atañen tanto al derecho como al instrumento.

La idea de *título* pertenece al derecho civil y denota entre muchas otras cosas, el medio idóneo para la circulación de la propiedad; el hecho generador del derecho. Pero la idea de *título* pertenece también al derecho instrumental, notarial, y se refiere a aquella documentación suficiente como para poder gozar de la propiedad en forma pacífica al abrigo de las acechanzas de terceros (2). Cuando los contratantes pactan la cláusula "título perfecto", le dan a esas

(1) *Supra*: 62.

(2) PICARD: *Le droit pur, cit.*, pág. 117; BUFNOIR: *Propriété et contrat*, París 1924, pág. 5; LEGÓN: *Tratado de los derechos reales en el Código y en la reforma*, Bs. As.. 1946, t. 9, pág. 52; AMÉZAGA: *La cláusula título perfecto*, en Rev. *D. J. A.*, t. 35, pág. 1.

palabras no sólo su significado civil, sino también su significado notarial. Lo que esa cláusula reclama no es sólo que el título (derecho) sea perfecto, sino que los títulos (documentos) lo sean (1).

El derecho notarial sirve así a las necesidades del derecho sustancial. La pacífica posesión del bien vendido se apoya no sólo en la legitimidad del derecho transmitido, sino también en la reguralidad de los documentos que lo justifican. Uno de los más graves contrastes del derecho inmobiliario lo depara aquella situación en la cual el que ha adquirido el dominio por usurpación, luego de treinta años de ejercicio idóneo de la posesión, carece de los documentos que acreditan su derecho. La propiedad existe; la documentación de la propiedad, no (2).

Cuando se reflexiona atentamente acerca de estos dos fenómenos del título (derecho) y del título (documento), se advierte de qué manera la suerte del derecho sustancial se liga al derecho procesal. De la misma manera que el comprador requiere una documentación que le ponga al abrigo de cualquier proceso futuro sobre su derecho de propiedad, el poseedor halla en la sentencia declarativa de la prescripción una documentación que le pone a él y a sus sucesores a título universal o singular al amparo de futuras reivindicaciones. En el primer caso, la seguridad la da la escritura pública; en el segundo, la da la cosa juzgada. Documento y sentencia vienen, así, a servir a los mismos fines.

Lo que sucede, en verdad, es que en el sistema del derecho, documentado y sentencia han corrido siempre insepa-

(1) Conf. nuestro estudio *Todavía en torno a la noción de título perfecto*, en Rev. *D. J. A.*, t. 42, pág. 109.

(2) Sobre todo este problema, también debemos remitirnos a diversos estudios ya publicados cuyo contenido omitimos. Conf.: *La acción declarativa de prescripción. Bases para un estudio*, publ. en: *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideo, 1933; *La acción declarativa de la prescripción*, en: *La Ley*, Bs. As., t. 1, pág. 62; *La usucapión y su declaración judicial en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil uruguayo*, publ. en el volumen de *Homenaje al Dr. Zenón Martínez*, Santa Fe, 1945, pág. 401.

rablemente unidos. Lo estuvieron en el momento histórico inicial de la escritura pública y lo están aún hoy cuando se trata de asegurar la paz jurídica.

87. — Podemos decir, como consecuencia de lo expuesto, que la eficacia sustancial de la fe pública es, en último término consolidar el derecho poniéndolo fuera de la incertidumbre. Es una forma de la llamada "realización espontánea del derecho" (1). El derecho se cumple por la adhesión natural de la conducta humana a sus previsiones hipotéticas.

Sustancia y forma aparecen en este fenómeno ligadas en un propósito de estabilidad y de firmeza. Por ello, la función notarial viene a cumplir una verdadera magistratura de paz jurídica. El derecho se realiza espontáneamente en la paz.

Un pasaje clásico no suficientemente difundido recuerda el común origen del pacto y la paz: "Pactum autem a paccione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est" (2). La documentación del contrato se liga, así, a algo que en la escala de los valores ha marchado siempre paralelamente con la justicia. Justicia sin paz es algo tan grave como paz sin justicia.

"El orden jurídico —se ha dicho recientemente— pretende establecer una situación de paz; una paz externa de las conexiones colectivas; la paz exterior de la sociedad; la paz que deriva de una regulación cierta y justa" (3).

Forma, documento y paz son significaciones tan íntimamente ligadas al derecho, que difícilmente podrán ser separadas. La fe pública sirve a ellas de manera directa. A la forma jurídica, le dispensa la seguridad de una envoltura privilegiada; al documento, la certidumbre de una redac-

(1) Conf., entre una vasta literatura, Del Vecchio: *L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, Roma, 1936. Trad. esp., México, 1943.

(2) *Digesto*, L. II, 14, 1.

(3) Recasens Siches: *Vida humana, sociedad y derecho*, 2ª ed., México, 1945, pág. 155.

ción idónea y de una interpretación correcta de la voluntad jurídica; a la paz le depara el cumplimiento de sus fines, que son, como hemos dicho, fines del derecho.

88. — La máxima extensión de esa eficacia sustancial del documento está consignada en el artículo 1560: C. C., que consagra la nulidad "por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza".

La fe pública, y más específicamente, la escritura pública, cumplen en este orden sustancial su más extenso cometido. En ese tipo de actos, la fe pública propone un elemento inherente a la existencia del acto mismo. La forma ha traspasado la envoltura y trascendido a las esencias. Es aquí cuando el precepto "in sollemnibus forma dat esse rei" adquiere su auténtica aplicación.

En estas situaciones, cuando los elementos formales del negocio jurídico han traspasado la simple envoltura de la exteriorización de la voluntad y penetrado en sus propias esencias, ya no nos hallamos en el campo del derecho procesal. El acto depende, no ya con relación a un proceso posterior, sino con relación a su propio nacimiento, de la forma misma (1). Las formas del derecho inmobiliario se han colocado, por virtud de un largo proceso de experiencia histórica, sobre la frontera misma del derecho de propiedad. La máxima "caveat emptor" es, se ha dicho (2), la regla de conducta jurídica más rudimentaria de todas, la que satisface a los hombres de moralidad menos exigente.

Bastaría una simple confrontación. En tanto durante los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia han podido salvar la enorme distancia que debe ser cubierta para proteger la buena fe de aquel que adquiere los bienes del

(1) Conf., sobre todo este aspecto de la función notarial, las ilustrativas referencias de MUSTAPICH: *El principio de autenticidad en el derecho inmobiliario*, Bs. As., 1944.

(2) CARDOZO: *The nature of judicial process*, *cit.*, pág. 109.

dueño aparente (1), no ha podido, sin embargo, salvar la distancia necesaria para proteger a quien ha adquirido sin escritura pública. La comparación insta a buscar la razón sustancial del hecho. Quien no es dueño vende, y si el comprador es de buena fe la venta vale aún en perjuicio del verdadero dueño; quien es dueño vende, y aun cuando haya buena fe de ambos, la omisión de la forma necesaria no puede ser salvada por la equidad.

Es que la equidad constituye una forma de justicia; pero la solemnidad constituye una forma de paz. Y la verdad es que con mucha frecuencia el derecho prefiere la paz a la justicia. Como en la prescripción, como en la conciliación, como en la transación, como en la perención, como en la cosa juzgada, como en la inexigibilidad de las obligaciones naturales, y en tantos otros casos, el derecho debe subordinar las exigencias de la justicia a las necesidades de la paz.

La fe pública es, en resumen, uno de los más preciosos instrumentos de la convivencia humana en el orden pacífico.

II. — Fe pública y responsabilidad

89. — Deseamos concluir esta exposición situando nuestras observaciones en un terreno que no es extrictamente técnico sino sociológico.

Nos proponemos dar respuesta a la pregunta que consiste en saber qué razón profunda puede existir para que el orden jurídico deposite en un simple particular el privilegio de una aseveración tan cargada de consecuencias jurídicas.

En otras palabras, ¿en nombre de qué razones el orden jurídico confiere al escribano tan notable investidura?

(1) Sobre todo este problema, ALSINA ATIENZA: *Efectos jurídicos de la buena fe*, *cit.*, págs. 33 y ss.

90. — Nuestra respuesta es que tal privilegio emana directamente del régimen de responsabilidad al cual el escribano se halla sometido.

La responsabilidad es administrativa, civil y penal. El escribano debe actuar en su servicio, bajo el peso de tales responsabilidades, porque ellas configuran la consecuencia necesaria de su investidura (1).

Pero debemos agregar, todavía, que para que tal función se cumpla en la medida necesaria, esos órdenes de responsabilidad deben sustentarse en una profunda responsabilidad moral.

El notariado disfruta de un privilegio de carácter histórico. En sociedades rudimentarias se cuidaba su virtud y su discreción como una virtud del Estado (2). En la excepcional complejidad y dificultad de nuestro tiempo, esa tradición se ha venido sosteniendo. El fundamento del notariado y de sus privilegios, debe buscarse hoy, fuera de ciertas exigencias técnicas elementales, pura y exclusivamente en el campo de la responsabilidad moral. El privilegio de su atestación se apoya en el sutil sustento de la magistratura moral que el escribano está llamado a desempeñar.

Búsquesele por cualquier otro lado y casi seguramente, no se le hallará. El protocolo y su fiscalización por la Suprema Corte, constituyen, ciertamente, una garantía; pero esa garantía deriva de la responsabilidad que comporta su manejo. El título profesional significa, sin duda, una seguridad; pero muchos otros profesionales universitarios, y especialmente los abogados, podrían brindar esa seguridad. Y sin embargo, la ley no les atribuye la misión de dar fe. El régimen de admisión al cargo, el juramento, la vigilancia de los órganos técnicos sobre la profesión, son, es exacto, una

(1) PRUNELL: *Responsabilidad civil del escribano, cit.*; MUSTAPICH: *Principios generales de la responsabilidad civil de los escribanos*, Bs. As., 1936; ambas obras con copiosa bibliografía sobre el tema.

(2) *Supra*: 20.

seguridad. Pero muchas otras profesiones tienen régimen de admisión, juramento y contralor; y sin embargo no tienen un poder semejante.

Con la fe pública ocurre algo análogo a lo que sucede con las armas del soldado. El pueblo las entrega a un hombre, bajo la sola fe de su palabra y sin más garantía que su virtud. El orden jurídico hace un depósito necesario de una y de otras. Hasta en su común sentido de asegurar la paz, la imaginación asocia una y otra manera de defenderse.

91. — Todo esto no puede refutarse diciendo que existen escribanos deshonestos y hasta delincuentes.

Esa refutación serviría para demostrar que ciertos individuos, sean la mayoría o la minoría de un país y en un momento determinado, no están a la altura de su función. Pero eso no afecta a la esencia del cometido. Lo más que habrá que hacer es reformar el régimen de admisión o de vigilancia. Pero el hecho no cambia la esencia de la institución.

También existen militares infieles a su promesa de poner sus armas al servicio de la República; pero eso no significa que no se sigan entregando armas a simples individuos, bajo la fe de su promesa y de su honor.

Si al notario se le quitara ese sutil elemento moral, íntima pero profundamente adscrito a su servicio, quedaría reducido a una función cualquiera. Pero como institución, habría perdido su sentido propio. La "instrumentorum incorrupta fide" del texto clásico no es sino la incorrupta fe de quien la otorga en la plena responsabilidad moral de su misión.

BLANCA A. CARRACEDO VIÑOLES
ABOGADA

INDICE

INTRODUCCION

I. — *La fe pública como concepto jurídico.* — 1. Conceptos comunes acerca de la fe pública.

II. — *Propósito de este estudio.* — 2. Necesidad de delimitar y precisar el concepto. — 3. La delimitación del concepto de fe pública como introducción la derecho notarial 11

CAPÍTULO I

LA IDEA DE FE PUBLICA

I. — *La fe pública y la fe notarial.* — 4. La etimología de las palabras "fe" y "pública". — 5. La fe pública en su concepto limitado a la fe notarial. Sus primeras extensiones.

II. — *La fe pública de ciertos objetos públicos.* — 6. La fe pública referida en el Código penal respecto de la moneda y del papel moneda. — 7. La fe pública en otros objetos o bienes incorporales. — 8. Otras formas de quebrantamiento de la fe pública en la doctrina penal.

III. — *La fe pública como estado de convicción colectiva.* — 9. La concepción de la fe pública como un estado de creencia común. — 10. Suposición de las leyes penales en esta materia. — 11. La fe pública como convicción impuesta por la autoridad.

IV. — *Necesidad de delimitar el concepto.* — 12. Las ideas de fe pública-creencia y fe pública-autoridad 17

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE FE PUBLICA

I. — *La fe pública y la buena fe.* — 13. Diferencias entre ambos conceptos. — 14. Los delitos contra la fe pública como delitos contra la buena fe.

II. — *La fe pública y la verdad.* — 15. Idea común acerca de la verdad como contenido necesario de la fe pública. — 16. Representación de la verdad y verdad de la representación. — 17. La

fe pública como suposición de verdad en la representación. — 18. Carácter provisorio de la suposición de verdad en la fe pública.

III. — *La fe pública y la plena fe.* — 19. La plena fe como medida de eficacia probatoria. — 20. La plena fe de los instrumentos públicos. — 21. Significado de la plena fe. — 22. Plena fe y función notarial. — 23. Carácter oficial en los instrumentos públicos y en la escritura pública. — 24. La plena fe como eficacia y la fe pública como autoridad de un documento. — 25. Resumen.

IV. — *La fe pública y la función notarial.* — 26. Planteo del tema. — 27. La autenticidad de los documentos y su origen histórico. — 28. Los comienzos de la función notarial en su misión de dar autenticidad a los documentos. — 29. El escribano y su concepción como funcionario público. — 30. La función notarial como función pública a cargo de un particular.

V. — *Delimitación del concepto de fe pública.* — 31. Resumen de las ideas expuestas. — 32. Definición de la fe pública 23

CAPÍTULO III

CONTENIDO DE LA FE PUBLICA

I. — *Solemnidad y prueba en los actos jurídicos.* — 33. La fe pública como aseveración. — 34. La forma de los actos jurídicos. — 35. Significación de la forma en el derecho. — 36. Forma y sustancia. Formas solemnes y formas probatorias. — 37. La forma de los actos como una "quasi possession". Su significado.

II. — *Representación y prueba de los hechos jurídicos.* — 38. Percepción, representación y deducción en el sistema de la prueba.

III. — *Representación e interpretación en el documento notarial.* — 39. Representación de ciencia y de voluntad. — 40. Representación en el documento notarial. — 41. El documento notarial como representación interpretativa de las manifestaciones de la voluntad jurídica. — 42. Percepción, representación y deducción en el instrumento notarial. — 43. Contenido y eficacia en la fe pública 37

CAPÍTULO IV

FUNCION DE LA FE PUBLICA

I. — *Cometido de la fe pública en el orden jurídico.* — 44. Distinción entre la función y el contenido de la fe pública.

II. — *Teoría del poder certificante.* — 45. La potestad certificante o legitimadora como un atributo propio del Estado. — 46. Error de este concepto. — La función probatoria de los documentos como una creación legal.

III. — *Teoría del negocio complementario.* — 48. Interés de esta teoría. — 49. La declaración de firmeza como función del documento. — 50. La idea de la "renovatio contractus". — 51. Distinción entre acto y documento. — 52. El otorgamiento de escritura como obligación autónoma. — 53. Crítica de la teoría.

IV. — *Teoría de la presunción.* — 54. El significado de la escritura como una presunción. — 55. Alcance de esta suposición. — 56. La presunción y la prueba. — 57. La presunción y la labor intelectual del juez en la sentencia.

V. — *La fe pública como un criterio de prueba legal.* — 58. Alcance de esta posición. — 59. Su implantación dentro de la estructura jurídica de las pruebas. — 60. Concepto de las pruebas legales, la sana crítica y la libre convicción. — 61. La idea de prueba legal como una limitación de los poderes de investigación del magistrado. — 62. Función sustancial y procesal de la fe pública 49

CAPÍTULO V

EFICACIA PROCESAL DE LA FE PUBLICA

I. — *Alcance del precepto "instrumenta publica probant se ipsa".* — 63. La eficacia de la fe pública como un tema de derecho positivo. — 64. La eficacia de los diversos tipos de documento notarial. — 65. Límites objetivos y subjetivos de eficacia del instrumento.

II. — *Límites objetivos de la eficacia probatoria.* — 66. La prueba plena, la semiplena prueba y el principio de prueba, como medidas de eficacia probatoria. — 67. Su relación con las pruebas legales.

III. — *Límites subjetivos de la eficacia probatoria.* — 68. Los otorgantes, sus sucesores y los terceros. — 69. Eficacia entre los otorgantes. — 70. Eficacia entre los sucesores a título universal. — 71. Eficacia entre los sucesores a título singular. — 72. Eficacia entre los terceros.

VI. — *Eficacia probatoria de la escritura pública.* — 73. Planteo del tema. — 74. Esquema de las diversas medidas de eficacia.

V. — *Eficacia probatoria del instrumento notarial especialmente previsto en la ley.* — 75. Esquema de las medidas de eficacia. 76. Diferencias con la escritura pública.

VI. — *Eficacia del instrumento notarial no especialmente previsto en la ley.* — 77. Disposiciones legales que pueden contribuir a dar solución a este problema en nuestro derecho. — 78. El instrumento notarial como documento auténtico. — 79. El instrumento notarial y la fecha. — 80. Eficacia de los demás documentos. — 81. El instrumento notarial y las pruebas dadas "inaudita altera pars". — 82. El instrumento notarial no especialmente determinado como presunción judicial. — 83. Su significado ante la sana crítica y como inversión de la carga de la prueba. — 84. Posible refutación de esta tesis y su rechazo. — 85. Eficacia de los documentos notariales en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil 71

CAPÍTULO VI

EFICACIA SUSTANCIAL DE LA FE PUBLICA

I. — *Significado de esta eficacia.* — 86. La eficacia sustancial y el goce pacífico de derecho. — 87. La fe pública como contribución a la realización espontánea del derecho. — 88. Garantía de la forma mediante la sanción de nulidad.

II. — *Fe pública y responsabilidad.* — 89. Fundamento de la fe pública. — 90. La responsabilidad moral del escribano como fundamento de la fe pública. — 91. Conclusión 95