

EL DOCUMENTO NOTARIAL.-

Introducción.-

Cuando nos referimos al documento notarial, necesariamente debemos colocarlo dentro de la actividad propia de la función notarial. Esto quiere decir que nos encontramos frente a la 2º de las etapas del ejercicio de la actividad notarial, la que debe estar precedida del preciso asesoramiento a las partes intervinientes, el que debe ser dado de manera imparcial y objetiva, donde se debe hacer recogido en la audiencia o audiencias preliminares la voluntad sobre lo que se quiere celebrar y sobre todo, en obtener el efecto esperado.

Lo expresado no hace mas que referir a un proceso de creación que como especial, necesita de una técnica particular que lo logre o posibilite alcanzar aquel fin querido, buscado, válido y eficaz ante todos y para todos.

Núñez Lagos señala determinadas etapas que se deben cumplir antes de la redacción de un documento notarial:

- Examinar la competencia en razón de la materia, territorialidad en cuanto al alcance de su circunscripción y la licitud del acto a celebrarse
- Audiencia preliminar con las partes donde pueda escuchar lo que las partes se proponen hacer, y el carácter de las voluntades para hacerlo. O sea, calificar si es una expresión libre y no condicionada de uno y cada de los partícipes.
- Fiel al principio de legalidad, analizar capacidad, legitimación, la identidad y su forma de acreditación
- Evaluar si procede o no procede la autorización producto de su propia convección profesional objetiva.

Estas fases determinan asimismo el contenido de lo que Vallet de Goytisolo llamara dentro del proceso de la función notarial “la primera audiencia” y la “audiencia del otorgamiento”.

LA FORMA Y EL DERECHO

Aquí entramos a definir la vinculación de la forma con el derecho.

El Derecho al ser una ciencia jurídica enmarcada dentro de lo social, necesita para su exteriorización contar con determinadas manifestaciones jurídicas que las hagan reconocibles en medio y por lo tanto, la doten de trascendencia jurídica.

Esa exteriorización de hechos jurídicos contenidos o plasmados en una forma determinada, admitida y por todos aceptadas, es el primer paso del “factum”. O sea hace que ese hecho sea socialmente perceptible.

No todos los hechos son objeto de modelación jurídica.

Los hechos naturales dependen de su propia índole así como su manera de exteriorizarse. No cabe imponer “exteriormente” ninguna forma porque la misma está determinada.

Otros hechos, como los propios del hombre (respirar, estornudar, toser, parpadear, etc) se cumplen aun sin forma expresa que suceda, o los hechos psíquicos como lo es el pensamiento puede revestir cierta lógica pero la misma puede ser alterada y no responder a aquella forma que el pensamiento supuestamente debe observar de acuerdo los estudios científicos.

Habiendo despejado algunos hechos nos estarían quedando aquellos que podemos clasificar como declaraciones y comportamientos, donde se pretende comunicar algo a otro seguido por una “forma” que exprese lo que se quiere transmitir. Si tengo una persona enfrente y necesito transmitirle un pensamiento, comunicarle algo, será el lenguaje fonético, gestual el que utilice para lograr llegar a su comprensión de mi mensaje y que este sea valorado.

Frente a la fugacidad temporal de los “factums”, el Derecho impone cierta forma que dota a ese hecho de perpetuidad (puede ser reproducido) y de certeza (el hecho ocurrió).

Estas formas pueden revestir el carácter de formas de validez y formas de publicidad. O sea la primeras serían aquellas formas de solemnidad, que hacen valer un negocio, mientras las segundas serían el anuncio a los que intervinieron que el hecho sucedió.

La nueva doctrina notarialista ha dividido las funciones de la forma jurídica en la siguiente clasificación:

- Forma para ser: aquí la forma se transforma en un requisito de existencia del “factum”, similar a lo que en el Derecho Romano se llamaba “dat esse rei”.
- Formas para valer: Gonzalez Palomino expresa que en este tipo de forma “ es un añadido al negocio mismo, algo que es sumando al negocio, posterior al negocio.....negocio perfecto y forma superpuesta de eficacia”
- Formas de trascender: Esta categoría deviene de la observancia de las prescripciones al elemento formal de la declaración misma. O sea el “factum” existe, es válido y a su vez eficaz.

- Formas para la eficacia conversiva: Puede resultar controvertido este punto, en cuanto su análisis apunta a la falta de forma determinada, pero se apunta a la salvaguarda del negocio que se quiso celebrar. Es el caso en que por ignorancia de los involucrados en la celebración de un negocio, se pacte una forma diferente a la legalmente admitida, pero se pretenda perpetuar ese hecho pese a que la forma elegida no da la certeza jurídica suficiente.
- Forma para aparecer: refiere a pantetizar un algo de modo jurídicamente perceptible, para lo cual ese “algo debe tener determinada apariencia.

Emilio Betti señala que “El criterio que distingue la declaración de la respectiva documentación se funda en el diverso carácter del resultado de al cual uno y otra concurren: lo psíquico para la declaración; lo físico para la documentación”, A su vez Carnelutti, refiriéndose al hecho documentado, o mejor dicho representado en el documento notarial dice “El mecanismo de la representación estriba en la substitución de un hecho por otro como objeto de percepción para la determinación de la misma idea: la representación supone dos hechos: el hecho representativo, que es el hecho subrogante, y el hecho representado, que el hecho subrogado”.

De todo el análisis del tema de la forma, podemos concluir en que lo “formal” pasa a ser un adjetivo de esta etapa de la función, donde lo que prima es dar a conocer algo por lo que no corresponde sustantivizar de “formalismo” a una cualidad propia del actuar del notarial, aun cuando en sentido jurídico estricto la “forma” sea impuesta por el ordenamiento.

Si tomamos como ejemplo el caso de la venta de bienes inmuebles y su imposición de que la misma se instrumente en escritura pública como requisito de solemnidad y por lo tanto, de validez del contrato, la forma impuesta por la norma es lo que acompaña y complementa un acto de trascendencia jurídica.

La forma y el Notariado.

De todo lo antedicho se desprende el carácter preventivo que inviste la función notarial, alejando del conflicto a las partes y brindando información de manera imparcial a quienes componen el negocio jurídico o a aquel que se acerca a solicitarle su actuar para actos no negociales, brindando seguridad al tráfico jurídico.

Es oportuno acá recordar a Lecaz y Lacambra cuando pondera a la creación notarial del derecho, permitiendo a las personas prever soluciones jurídicas a situaciones vitales, patrimoniales y de familia, dando paso a la intervención de la autonomía de la voluntad con los límites del orden público, la moral y las buenas costumbres.

Esta creación estará dada por la función formativa del escribano como profesional de derecho. Díaz-Picardo establecía respecto a esto: “La exigencia del cumplimiento de determinados requisitos formales para la plena validez y eficacia jurídica de las declaraciones de voluntad contractual se establece para conseguir unas determinadas finalidades de orden empírico. Puede hablarse desde este punto de vista, de una función social de las formas”

La significación de la importancia de la forma reviste dos posiciones:

- 1) **“Efecto psicológico de la forma”**. Implica un adicional de la formalidad del negocio, que en los contratantes producirá la sensación de estar especialmente obligados; y por otro lado el saber que el Estado atribuye al documento que autoriza el notario total eficacia colocando al otorgante en pie de igualdad, con un servicio homogéneo. Por esto mismo, el Prof. Dr. Jorge Gamarra sostiene en su “Tratado sobre las obligaciones” con referencia a la solemnidad como requisito de validez de los contratos enunciado en el Código Civil, que cuando el legislador la estableció en la norma, fue con el cometido de dotar de la trascendencia al acto que las partes celebran y por consiguiente, la toma conciencia de la importancia de esa celebración.
- 2) **“Función de certidumbre de la forma”**. La manera documental dota al negocio de certidumbres respecto a quien lo otorgó, identifica a las partes, nos informa sobre su capacidad y la fecha de perfeccionamiento del negocio, establece quien declara quien asume obligaciones, y regula el incumplimiento. También es garante contra terceros.

Ihering decía que la forma es enemiga declarada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad. Es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados.

El valor probatorio de los documentos notariales se basa en primer lugar en la procedencia del que da fe sobre lo actuado, en el límite de sus atribuciones que ejerce y por ser investido por el Estado.

Frente a esto, el Notario en su actuar debe evaluar los diferentes riesgos jurídicos que deben soportar sus requirentes:

- A) Impugnación de los derechos
- B) Impugnación de lo consignado en el documento antecedente
- C) La inexistencia del derecho del que pretende ejercerlo
- D) La nulidad del contrato por cuestiones conformes a derecho.
- E) La Ineficacia del contrato en caso de incumplimiento.

Más allá de todo lo expuesto, la forma dada por el notario a la voluntad de su requirente, da una cobertura que no es mera seguridad, sino que involucra a otro tipo de valores quizás mas altos, como es el valor de la justicia.

La confección del documento es actividad privativa del Notariado y resulta ser una de sus principales actividades de donde resultará la exteriorización formal de los hechos.

El documento público emitido por un Notario es una Institución relevante dentro del hacer de éste.

Se lo ha definido a través de la expresión “administración pública del Derecho Privado” acuñado por la Escuela iuspublicistica italiana. (Zanobini 1952)

Por eso la presencia del escribano es relevante porque su intervención representa un control público del tráfico jurídico privado y porque es un magnifico nexo de unión entre la actividad administrativa y judicial del Estado y el Derecho Privado.

Concluyendo:

En todo acto notariado, volviendo un poco a lo enunciado en al principio, el Escribano está obligado a:

- Identificar y asesorar a las partes, de manera imparcial
- Conformer la voluntad de éstas.
- Controlar la regularidad del negocio en cuanto a la capacidad, legitimación, titulación y custodia.
- Controlar la legalidad del acto a contrato
- Instruir a las partes en las reuniones previas y sobre todo en la audiencia, donde dará lectura del acto, recabará su otorgamiento de manera formal y material, y autorizará finalmente el documento.
- Autorizar el documento
- Ocuparse la conservación del documento mientras esté a cargo de su servicio.

El “producto” de su actuar será brindar la seguridad jurídica y el valor del documento público como garante de derechos aún si el mismo debe ser presentado en el ámbito litigioso.

EL DOCUMENTO NOTARIAL

¿Qué es un documento? Es una cosa que enseña algo, que lo da a conocer.

Atento a la doctrina germánica, documento es una cosa material por la cual se exterioriza el pensamiento y es perceptible por la vista.

En la obra de Carlos Pelosi titulada “El documento notarial”, este autor referencia a Guidi quien define al documento como “el objeto corporal producto de la actividad humana, de la cual conserva sus caracteres, y que a través de la percepción de la grafía sobre él impresa, de la luz o del sonido que puede procurar, es capaz de representar de modo permanente quien lo examina, un hecho que ésta fuera de él”.

De esta definición se desprende que el documento es el resultado de una elaboración, que lo dota de cierta corporalidad (soporte) que contiene una simbología especial que puede ser traducida y comprendida por el interlocutor con el efecto de reproducir un contenido, con el fin de rescatar y de que permanezca en el tiempo.

El documento notarial cumple con estos requisitos sumados a aquellos que específicos que refieren a la propia actividad jurídica que lleva el Escribano y a la cual se debe ceñir.

En su elaboración tiene mucha relación con la técnica notarial, en como se debe adaptar ese lenguaje común a un lenguaje jurídico para que produzca los efectos esperados, enlazado con el principio de legalidad. Muchas veces se ha instalado en el coloquio popular la figura del escribano como un simple “completador de formularios”, un burócrata de los papeles, ignorando que cada acto o negocio que se le presenta es diferente de otro y por lo tanto hay una actividad creadora por parte del profesional que tiene mucho que ver con la técnica documentaria del negocio jurídico.

Muchas definiciones sobre el documento nos lleva a afirmar que documento es aquel pensamiento relevante que elabora el hombre, que la materializarse permite el reconocimiento de su autoría , así como también lo manifestado. De esta manera se perpetúa en el tiempo, siendo posible de ser reproducido de manera integra o parcial,

diferenciando a su autor de los hechos o estableciendo la calidad de relacionamiento entre su emisor con éstos.

El documento tiene la virtud de detener el hecho en el tiempo y fijarlo de esa manera.

¿Cuáles son los principios con los que debe cumplir el documento notarial?

Su enunciación puede resultar taxativa y de allí la relevancia de los consignados:

- Principio de inmediación: El Prof Esc Bardallo siempre en sus clases y en sus trabajos sostuvo que nada debe ser dejado a la memoria del Escribano. Por lo tanto la presencia simultanea de otorgantes, eventuales auxiliares y autorizante se transforma en una garantía de veracidad en cuanto coloca al hecho en el tiempo de manera indubitable. A su vez Núñez Lagos señalaba que el Escribano *“...puede dar fe de lo que le dicen, de lo que escucha, siempre que vea al que se lo dice; no puede, por lo tanto, recibir declaraciones de voluntad, ni de verdad por teléfono, por el Notario da fe de visu ET auditu suis sesibus; no de visu VEL auditu suis sensibus. Podrá faltar en algún supuesto el de auditu, pero nunca el de visu.”*
- Principio de imparcialidad: La balanza sobre la que se coloca el negocio a celebrarse no puede sopesar un plato mas que otro. O sea, debe estar contemplada de igual manera los intereses de uno y de otro porque el autorizante no es el Escribano sólo de una parte, sino que es el Escribano del negocio y ese es el aval de la certeza de que se celebra en un pie de igualdad.
- Principio de legalidad: Sobre este principio ya hemos hablado anteriormente, Es el verdadero control de que todo está conforme a Derecho.
- Principio de veracidad: Con la autorización del documento, el Escribano imprime un “sello” de seguridad en cuanto a la fecha de la celebración del acto, quienes fueron los que participaron y que fue lo que se declaró allí, haciendo inoponible frente a todos.
- Principio de Independencia: el Escribano actuara libremente con la única limitación de los deberes impuestos por su investidura y por la propia ley.
- Principio de rogación: el Escribano nunca debe actuar de oficio. Debe mediar un pedido para que su actuación sea válida, un pedido basado en la confianza profesional-cliente.
- Principio de secreto profesional: El escribano está a cargo de una función pública de ejercicio privado y por lo tanto lo declarado por los particulares que acuden a él, debe estar resguardado del resto de la sociedad.

- Principio de libre elección del Escribano: Al ser una relación de confianza, la elección para su intervención no debe estar sometida a restricción alguna. El conocimiento personal y profesional será lo que determinara a que profesional elige el particular para custodia de sus derechos.
- Principio de autoría del documento: Cuando el Escribano autoriza un documento, se hace autor del mismo. No existe la posibilidad de que otro profesional sea el redactor de un documento autorizado por otro. Carnelutti señala en forma particular en su estudio de la “firma”, señalando que la primera función que cumple la firma es la de demostrar la paternidad en relación al documento redactado conforme a lo que le fue declarado, mas allá que luego complementa su pensamiento con su posición sobre la función declarativa de firma.
- Principio de responsabilidad: A lo largo del curso se analizarán los grados de responsabilidad que asumen los Escribanos desde el momento de su investidura. Es el profesional que mayor cúmulo de responsabilidades tiene y su funcionamiento no depende de quien se siente damnificado por el actuar, sino que hay mecanismos que de manera podía llamarse “oficiosa” se ponen en movimiento ante una irregularidad. (Por ejemplo: visita de registros notariales por la Inspección General de Registros Notariales)

Lla norma legal y reglamentaria, coloca al documento notarial como un elemento destacado dentro del ordenamiento jurídico llamándolo *instrumento público*:

“Art. 1574 Código Civil: “Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del limite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título autentico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

Otorgado ante Escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

Se tiene también escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto por las leyes y con los requisitos que ellas prescriban.”

De la misma manera lo hace el Reglamento Notarial:

Art 123 Acordada Reglamentaria 7533 “Escritura Pública es el instrumento público que registra un negocio jurídico, ha sido extendido en el Protocolo según las formas requeridas y autorizado por Escribano.”

De la lectura de ambos artículos, se desprende que éstos refieren, a no sólo una representación material, sino a la trascendencia jurídica que asegura a quien lo otorga la fijación indubitable de su voluntad, con el fin de certeza y perpetuidad.

Señala al documento notarial como instrumento público.

Al decir de Aguiar en su tratado sobre “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Martínez Paz” señala que la significación de instrumento es mas circunscripta que la común. Ya Ciceron establecía “Instruire sead iudicim” o sea “hacer sus preparativo” o “tomar las medidas del juicio” dando de esta manera una significación mas jurídica.

Quizás Paulo se acercaba un poco mas a una conceptualización más acorde con el propósito que se persigue: “todo aquello con que puede ser aprobada una causa y por eso tanto personas como testimonios son considerados instrumentos”

Con Justiniano se llegó un poco mas allá: **protocollum** referido a aquel papiro que tuviera pegado un sello.

Si se realiza un estudio mas contemporáneo del concepto llegamos a afirmar que instrumento público es todo aquel documento que cuenta con la intervención de un oficial público, en cumplimiento de solemnidades que incluyen la atribución de potestad fedante.

Reseñando a Núñez Lagos, el documento notarial cumple una doble función: la función de ser (solemnidad) en cuanto a su existencia y la función de valer (prueba) en cuanto a su eficacia.

A toda esta actividad se le debe agregar, la actuación dentro de los limites de la fe publica (Legalidad, Legitimidad, Sinceridad) de la cual está investido, que dota al documento de credibilidad en cuanto al ámbito de la legalidad y atribución del agente.

El propio ordenamiento jurídico divide el actuar del hombre en dos grandes sectores: autonomía privada y autonomía del Estado. Cada uno de esos sectores proyecta y pone en funcionamiento “estructuras de actos” (José M R Orelle, “Actos e instrumentos notariales”).

La puesta en funcionamiento del acto privado es una consecuencia del principio de autonomía privada, pero atento a lo que el ordenamiento señala para determinados tipos de actos (Ej. Para la venta de bienes inmuebles se establece la solemnidad de la escritura pública).

Esto nos lleva al tema de la oponibilidad y de allí debemos trasladarnos al plano de la prueba.

Carnelutti señala que pruebas son los objetos que mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar.

Sobre esto Núñez Lagos destaca que no es mas que juicio de valor hecho de antemano por el legislador y retenido por la norma de derecho material . Señala que los valores que la ley da a ciertos documentos han de ser respetados como “*moneda acuñada*”

¿Cuál es el criterio del legislador para establecer esta codificación en cuanto al documento?

- Se debe tomar en cuenta la trascendencia e importancia del acto.
- La idoneidad del relator del documento, tomando en cuenta su idoneidad, habiendo brindado el debido asesoramiento y la configuración técnica de lo pretendido por las partes para darle trascendencia jurídica.
- El resguardo y conservación de la voluntad consignada mediante su registro en calidad de público y accesible a la información.
- La plena confianza en la circulación documental. O sea, el recibo dentro del tráfico jurídico dando por verdadero lo consignado.
- La seguridad y la certeza de los actos, las cuales se proyecta y trasciende a toda la sociedad.

Este instrumento es originado en un acto público, o sea en la audiencia notarial donde todos los intervinientes están presentes ante un agente que cumple una función pública entre los particulares, donde se tiene la evidencia de que se cumplió con las máximas garantías y donde la actividad está amparada en el ordenamiento jurídico.

La forma puede ser atacada por no haberse cumplido con la unidad de acto (Art 168 de la Acordada Reglamentaria/ Recopilación Castellana, Ley 13, titulo 25, Libro 4) como principio general, con la salvedad de que el acto se debe cumplir siempre que sea dentro del mismo día y hubiera pluralidad de otorgantes. Cabe señalar en este momento la imprecisión que hay en el artículo del Reglamento cuando menciona de manera equivocada que “se podrá dividir” ya que el acto notariado es uno y lo que se permite esta norma , es que ese acto se cumpla de manera completa en otro momento.

También puede ser atacada por sufrir un defecto en la realización con diferentes efectos: Si nos encontramos con que el documento ya está redactado y se procede a su lectura, puede suceder que alguno de los otorgantes no estuviera de acuerdo con lo consignado y así lo hará saber al autorizante. En la propia audiencia el Escribano evaluará la situación, buscará la manera de subsanarla si esto es posible (enmendados. Interlineados, testados,

cláusulas aditivas) o dejará sin efecto el documento por no corresponde a la realidad y al deseo del usuario.

Quizás el escribano advierta un clima hostil que le haga presumir cierto condicionamiento en la voluntad de alguno de los otorgantes. En ese caso, deberá parar la audiencia pudiendo postergarla hasta que tenga un dialogo con quien él estima que no es libre de expresar su consentimiento y por el cual llegue a la convicción de que es su real voluntad la que expresará en el momento del otorgamiento.

Tambien la forma puede se atacada por la acción al documentar. La narración debe ser exacta, integra y coetánea. Cuando esta narración se convierte en oscura, imprecisa o confusa por falta de idoneidad del agente vinculada a la buena o mala fe del agente.

EL AUTOR DEL DOCUMENTO NOTARIAL. TEORIAS.

Frente a éste tema, en su obra sobre “Estudios sobre la suscripción” la primera apreciación que realiza Carnelutti es afirmar que el documento es creado por el hombre, ya que no existen documentos naturales. Según este autor, la firma tiene una doble función:

- Indicativa señalando a su autor
- Declarativa como declaración de conformidad
-

La doctrina es conteste en afirmar que la paternidad o autoría del documento se convierte en un elementos esencial al momento de su valoración. De las declaraciones en el contenidas, de la redacción de esas declaraciones, de la forma que se le da a esas declaraciones, será la consecuencia que tendrá en la vida jurídica, si es que allí se lo quiere hacer valer para que se reconozca un hecho en el que se involucran derechos.

Tomando en cuenta lo que contiene el documento, quienes suscriben ese documento, quien lo confecciona y de quien es el interes de la representatividad del hecho es que se han formulado diferentes teorías:

a.- Teoría de la firma:

En su mayoría, se entiende que el autor es el que firma el documento, pero pueden aparecer ciertos documentos que no llevan firman, por ejemplo los libros contables.

Frente a esto tenemos el articulo 1588 del Código Civil que habla de “Los asientos, registros y papeles domésticos” estableciendo que sólo hacen fe “contra el que los ha escrito o firmado” imponiendo que quien se valga de ellos, lo tendrá que tomar

íntegramente y no por parte. Es curioso la diferencia que marca entre “escrito o firmado”. Entiendo que no se está dando el mismo significado a uno y a otro, pero sí que el medio que se utilice para demostrar la autoría y autenticidad será la pericia caligráfica sobre quien se quiere atribuir. Al documento escrito pero no firmado, Gonzalez Palomino le asigna la carga de ser completados. “A los documentos no firmados se aproximan en más o en menos, en realidad o en apariencia, los firmados por terceros, los autorizados por firmas no autógrafas, los escritos de conversación y recuerdo, los firmados en blanco y los firmados en barbecho” (*“Negocio jurídico y documento.” Valencia 1951*).

b.- Teoría Corporal o formal de la efectiva redacción.

Refiere a que su autor es aquel que lo escribe, no aquel que lo ideó intelectualmente. Esta teoría tuvo muy pocos adeptos. No hay más que pensar en los Protocolistas, aquellos empleados de escribanía, que por tener una caligrafía destacada, eran los que pasaban al Protocolo la escritura que el Notario autorizaría por acto posterior, una vez que realizara el control documental necesario.

c.- Teoría de la compilación.

Tiene mucha relación con la teoría corporal, marcando quizás en forma más enfática la existencia de un autor “inaparente”

d.- Teoría de la causa

Esta teoría sostiene que el autor del documento es el causante de su formación, ya sea por sí o por mandato de otro

e.- Teoría de la imputación

El autor del documento es aquel a quien le es imputable, dejando de lado el estado filosófico de la teoría de la causa.

f.- Teoría de la ley

Un defensor de esta teoría es Paolo Guidi, quien afirma que el “autor del documento es siempre aquel en cuyo interés y por cuenta del cual el documento se ha formado. Si el interesado no ejecuta directamente..” la confección del documento en cuanto a su fondo y a su forma, ese documento tendrá una persona que actúa como mandatario de la otra. O

sea los efectos de "...la acción del mandatario se producen directamente a favor del mandante, que así deberá considerarse autor del documento"

g.- Teoría del autor del pensamiento.

El documento tiene que expresar el pensamiento del autor, pudiendo contener dos partes: por un lado una declaración de una persona extraña a su formación y el propio autor.

Las reglas para probar la paternidad del documento son varias. Desde la suscripción, hasta la puesta en marcha de circunstancias particulares y múltiples como puede ser la olografía, la cualidad del objeto, o por la simple relación entre la sede de la escritura y la persona a la cual se le atribuye la paternidad.

CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS.

En una clasificación muy general podemos clasificar a los documentos gráficos en los siguientes grupos:

a.- Por la calidad que revisten:

Esta clasificación tiene clara referencia a quien fue el autor o los autores del mismo.

- Documentos Privados: emanados de particulares, no poseen exigencias legales y contienen declaraciones o manifestaciones de voluntad de manera unilateral o plurilateral.
- Documentos Públicos: que son aquellos que revisten un carácter oficial por el carácter de su autor. Cabe una subclasificación:
 - Constitucionales
 - Legislativos
 - Jurisdiccionales
 - Administrativos, los que son unilaterales (decretos/resoluciones, etc) con la salvedad de los Documentos Notariales. El hecho en el consignado se tiene por cierto siempre que el mismo se haya expedido con las formalidades exigidas y sea autorizado por Escribano investido.

b.- Por sus efectos probatorios:

Los documentos privados serán admitidos en juicio pero con carácter limitado, mientras que los documentos públicos hacen plena fe de y se presumen auténticos. (Art 170.1 CGP).

c.- Por su sistema de Guarda y conservación.

El sistema de conservación de los documentos públicos ha tomado mas relevancia desde la aprobación de la Ley que impone la obligatoriedad de contar los organismos públicos con archivos que contengan su documentación.

Hasta el momento, sólo algunos de ellos contaban con matricidad para su gestión. Como ejemplos basta citar a los Registro de Estado Civil donde se asientan las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, o los Registros Notariales a cargo de Personas Públicas como puede ser el Registro de la Escribanía de Marina, o de la Intendencia. Así, la mayoría de los documentos públicos notariales cuentan con un sistema de conservación que permiten su reproducción en cualquier momento, siempre que el hecho que se quiera reproducir estuviera contenido en algunos de los Registros Notariales (Registro de Protocolo/Registro de Protocolizaciones)

d.- Por su difusión.

Todo documento público debe contar con un nivel de difusión adecuado y al alcance de todo aquel que quiere consultar. La ley de acceso a la información impone a la autoridad pública organizar sistemas que permitan esa consulta a sus ciudadanos.

Los documentos notariales si bien son públicos, su acceso se encuentra restringido ya que consigna voluntad de particulares custodiada por el secreto profesional que impone la investidura de Escribano. Sólo tendrán derecho a su acceso los empleados de la Caja Notarial a los sólo efectos de fiscalización de los aportes, los asesores de la Inspección General de Registros Notariales para su control y los otorgantes o familiares.

CLASIFICACION DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES DE ACUERDO A SU ORIGEN

- a. Matrices: son aquellos que se encuentran contenidos en alguno de los registros notariales, por ejemplo la Escritura Pública, Actas Notariales.
- b. Originales: son aquellos “únicos” singulares y primarios, o sea aquellos que el principio de intermediación esta presente entre la declaración y lo representado. Ejemplos: Escritura Pública, Actas, Certificados.

- c. Derivados: son todos aquellos que su existencia depende de la reproducción del matriz: Ejemplo: 1º copia de escritura pública, 1º Testimonio de Protocolización, Testimonio por exhibición.

Ya el Maestro Doctor Eduardo J. Couture en su Vocabulario Jurídico expresa lo siguiente: “Instrumento: objeto normalmente escrito , en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos”.

Tal como lo señalaba la Esc. Lilian Rica, de esta definición se desprenden dos elementos: el soporte y el elemento intelectual.

Cuando ese pensamiento materializado, toma relevancia desde el ordenamiento jurídico le adjudicó un cierto valor cierto a las expresiones que en él se recogen, sean personales o sean de terceros, siempre que se formulen en el marco de las solemnidades requeridas y que su autor actúe dentro del límite de las atribuciones que se le otorgaron.

En la elaboración del documento notarial entran en juego dos elementos esenciales: la certeza e integridad. Sometido a este procedimiento, su resultado final será la seguridad jurídica gracias al principio de inmediación, rector del actual notarial y atento al logro final señalado por el requiriente. Esto último no transforma al escribano en un mero transcriptor de lo manifestado, sino artífice en la formación jurídica dirigida a obtener las consecuencias consecuentes con la voluntad del requiriente o sea logra la conservación del hecho sometido a un principio de objetivación respetando el principio de coetaneidad. El documento notarial debe reflejar con precisión y en su totalidad lo manifestado por las partes. Es aquí donde se pone de manifiesto la trascendencia del principio de inmediación, rector del actual notarial, y base sólida de la fe pública, junto con el de autonomía del hecho representado.

Así tenemos que el documento notarial se crea fuera del ámbito litigioso, tiene carácter anti procesal por ser garantía de la forma válida para el tráfico jurídico en cuanto a su autenticidad externa (autor) y al autenticidad interna (hechos).

El Esc. Julio Bardallo ya definía la función notarial como aquella tarea de concebir, ordenar y redactar instrumentos de su competencia; y Carnelutti resaltaba la cualidad de su autor en relación a la verdad que se registra.

El artículo 1574 del Código Civil expresa:

“Art. 1574.- Instrumentos Públicos son todos aquellos que revestidos de su carácter oficial, han sido redactados por funcionarios competentes, según las formas requeridas y

dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es título auténtico y como tal hace plena fe.

Otorgado ante Escribano Público e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

Se tiene también por escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto de las leyes y con los requisitos que ellas prescriben”.

Del análisis del artículo se desprende:

- 1) La escritura pública es instrumento público
- 2) Por lo tanto es título auténtico y hace plena fe
- 3) Para que esa valoración entre en juego en el tráfico jurídico, debe emanar de escribano, el que debe actuar dentro del límite de sus atribuciones (Art 1 del Decreto-ley 1421)

De igual manera el artículo 123 del actual Reglamento Notarial (Acordada 7533 de 22 de octubre de 2004), complementa de alguna manera a lo referido en el “Código Civil, agregando “autorizado por escribano” estableciendo aquí en forma indubitable, la autoría del documento.

El documento notarial se prueba a si mismo. Hace plena fe en lo que refiere a su otorgamiento y su fecha, y dejando consignado de manera indubitable los derechos y las obligaciones.

Esto lo convierte en eficaz, ya que viene acompañado de una calidad jurídica como lo es la fe pública que transforma a su contenido en “creencia impuesta” sostenido por las ideas de lo genuino y lo verdadero.

Con respecto a esto, Núñez Lagos relaciona la eficacia del documento con la permanencia, diferenciando lo que tiene que ver con la fijación legal con la fijación judicial.

Cuando el documento notarial no recoge la verdad se transforma en falso ya sea que no corresponde a lo real, a lo ideológica, cuando se produjo un ocultamiento o aprovechamiento. Lo primero refiere a lo corporal, lo que hace al documento desde su exterior. Lo ideológico tiene que ver con el contenido de las declaraciones o manifestaciones en él vertidas, tanto sea de su autor, como de sus declarantes o de las

partes intervinientes. Y lo oculto refiere a lo “no dicho” no por omisión, pero si con la intención, donde estaría la buena o mala fe.

Denti entiende que la verdad o falsedad de un documento solamente existe en el proceso, cuando se lo somete a verificación y no antes.

Queda por diferenciar las escrituras públicas de las actas.

Se ha dicho mucho sobre este tema. Sin embargo lo que toma mayor relevancia es el referente al contenido: las escritas contienen negocios jurídicos y las actas contienen actos no negociales.

Queriendo avanzar hacia una diferencia mas profunda, tenemos que en la escritura la lectura, el otorgamiento, la firma y la autorización son cuestiones esenciales del acto formal. En cambio en el Acta es un documento representativo o probatorio: el hecho sucede, se presencia durante que transcurre y luego se narra, no es constitutivo sino que simplemente plasma en lo escrito la fugacidad de un hecho que de acuerdo a la voluntad del solicitante lo beneficia o perjudica. Esos serán sus efectos: brindar elementos para defensa de derechos.

LAS FASES DE CREACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL

En este capítulo nos estaremos refiriendo, de acuerdo a lo ya consignado, a la etapa previa, contemporánea y posterior de la documentación, entendiéndose por ésta, todas aquellas que contribuyen de manera directa o indirecta a la creación del instrumento público:

Cada una de las fases que aquí se señalan tiene en común el objetivo final. Esto no quiere decir que se logre llegar o cumplir todas ellas, las que pueden quedar inconclusas por diferentes motivos ajenos a la misma función (arrepentimiento, voluntades contrapuestas en los objetivos alcanzar por parte de los involucrados, etc.)

A continuación se expondrán 12 puntos que en algunas oportunidades resultaran superpuestos unos con otros, pero de un análisis metodológico estaran presentes en el proceso total, con el resultado final esperado: la creación de una forma documental querida, válida y eficaz.-

- Requirimiento: siempre la actuación notarial debe ser a petición de parte. Nunca de oficio.
- Calificación: legalidad, legitimación, legitimidad de la propuesta

- Asesoramiento, información y consejo
- Realización documental: consignar las declaraciones del acto
- Revisión documental: correcciones, modificaciones y agregados,
- Audiencia Notarial: Lectura del documento en presencia de todos, otorgantes y sujetos auxiliares.
- Otorgamiento por parte de las partes
- Otorgamiento material: firmas
- Autorización: signo, firma y rubrica del Escribano
- Expedición de copias
- Diligencias posteriores necesarias: inscripción del acto
- Guarda, conservación y archivo.

El señalamiento de cada uno de estos puntos, impone al autorizante el cumplimiento estricto para que el efecto propuesto se cumpla: las partes obtener seguridad jurídica en su manifestación de voluntad y que la misma valga ante todos, y la del Escribano en haber cumplido bien y fielmente con lo que las partes le solicitaron, conforme al principio de legalidad y de acuerdo a las reglas deontológicas que rigen la profesión.

DIFERENTES TIPOS DE DOCUMENTOS NOTARIALES

Escritura Pública.

Para ser valida y eficaz, toda escritura pública debe bastarse a si misma y ser autorizada por Escribano Público con las solemnidades de la ley.

Dentro de la estructura de la Escritura Pública se debe distinguir entre el autor del documento y el autor (o los autores) de las declaraciones, correspondiendo éstas últimas a los usuarios del servicio notarial. Estas manifestaciones son lo que se conoce como enunciaciones dispositivas o “cláusulas dispositivas/expositivas”, que constituyen el objeto del negocio jurídico instrumentado.

En otra parte de la escritura, luego que las partes ya declararon, el Escribano dejará constancia de determinados hechos o sucesos que la ley le impone su control como ser la comprobación de la identidad de las partes que intervienen, la legitimidad de los representantes, o controles fiscales, así como aquellas propias de la función que son las llamadas de “hecho y de mención” como la lectura de la escritura, recabar el otorgamiento y la suscripción, así como la ligazón con la escritura anterior.

Referente a esto el gran notarialista Argentino Neri expresa “ la otorgación de la escritura pública está regulada por preceptos expresos, y su cumplimiento no puede eludirse, pues son de rigurosa imposición tanto los relativos a la obligatoriedad de llenar extremos legales, como cuanto los que atañen al aspecto puramente intervencionista del Notario”. Nuestro ordenamiento jurídico (Art 1574 CC) hace mención a ella, definiéndola como aquella que incorporada a un Protocolo o a un registro Público.

Actas Notariales.

Se encuentran contenidas en el Registro de protocolizaciones.

La realización del acta será procedente cuando se desea constatar la formulación de declaraciones, notificaciones, diligencias, así como la concervación mediante la incorporación al Registro de determinados documentos previamente calificados por el autorizante.

O sea, el Escribano dará fe de que un conjunto de hechos sucedieron ante él.

Estos documentos pueden contener solicitudes de diferente tipo: incorporación de documentos, comprobaciones, notificaciones, intimaciones, o su instrumentación puede estar dada por imperio de la ley.

Son documentos matrices ya que están contenidos en un registro y son originales.

Su reproducción debe ser total y no parcial de la actuación, El documento derivado se denomina PRIMER TESTIMONIO DE PROTOCOLIZACION.

Tanto la comparecencia de los solicitantes o requirente, así como lo solicitado, las declaraciones vertidas tanto por terceros como por el propio Escribano, los hechos pro él percibidos sensorialmente, la lectura, la firma y la autorización son todos elementos que quedan amparados por la fe publica. Es por ese motivo que se dice que la actuación en lo relativo a actas notariales es el acto fedatario por excelencia. Su fin es dar matricidad y pre constituir prueba.

Se procura retener un hecho y que por su documentación, permanezca en el tiempo.

El Escribano Bardallo decía que la narración debe ser una foto del suceso.

Del mismo modo, nada debía quedar librado a la memoria del Escribano, la redacción debe ser coetenea para evitar olvidos e ambigüedades

1º copias o 1º testimonios de Protocolización.

Son transcripciones literales e integrales de los documentos notariales matrices que el Escribano autorizó en sus registros.

Si hablamos de 1º copia estaremos hablando del traslado de una escritura publica asentada en el Registro de Protocolo, y si hablábamos de 1º testimonio nos estaremos refiriendo a un traslado de una Protocolización incorporada al Registro de Protocolizaciones.

Al tratarse de reproducciones deben ser totales del documento reproducido, pues esa copia o ese testimonio está subrogando al original

“Artículo 1591 del Código Civil: Las copias en debida forma, sacadas de la matriz, hacen plena fe de su contenido, en juicio o fuera de él.

Artículo 1592 del Código Civil: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando resultare alguna variante entre la matriz y la copias, se estará a lo que contenga la matriz”

Certificados:

Su fuente normativa está en el Reglamento Notarial, artículos 248 y siguientes

Es el documento notarial que tiene por objeto acreditar la existencia de situaciones jurídicas subjetivas, de actos, o de hechos jurídicos conocidos ciertamente por el Escribano o que le justifiquen con indicación de su fuente material para que pueda realizar tal afirmación., así como la certificación de otorgamientos y firmas de actos que presencie y para los cuales fuera llamado.

Es un documento extraregistro. Una vez que se expide no queda matricidad del mismo, salvo un simple control de su expedición en el Acta de intervención extraregistro (art 204 de la Acordada Reglamentaria)

Testimonios por exhibición.

Son los llamados comúnmente “fotocopias autenticadas”.

Son documentos de valor limitado.

En este tipo de documentos continúan existiendo el cumplimiento de solemnidades y no tan solo de “formalismos”. La diferencia entre uno y otro es que el primero cuando es autorizado por un agente a cargo de una función pública dota al mismo de fe pública, por lo tanto lo convierte en instrumento público de acuerdo al artículo 1574 del Código Civil el que sólo es atacable por tacha de falsedad sea esta material o ideológica. En cambio si se entra considerar tan sólo “formalismos”, hacen disminuir su eficacia.

El requerimiento en estos casos refiere sólo al texto que se pretende trasladar.

Su redacción es escueta, con afirmaciones sintéticas y certeras. No tienen matricidad, aunque su origen pueda ser un documento matriz

De acuerdo al artículo 241 del Reglamento Notarial (Acordada 7533 de 22 de octubre de 2004), se define al testimonio por exhibición como

“El testimonio por exhibición es el instrumento público, traslado de uno o varios documentos públicos o privados, que acredita la existencia, naturaleza y contenido del documento reproducido, sin que ello implique subrogarlo en su valor y efectos”.

De la definición se desprende que ese testimonio no sule al original, sólo hace fe de existencia material, y por lo tanto no se puede invocar para hacer valer derechos. Es sólo una prueba de la existencia de un hecho que quedó consignado por la forma de otro documento, al cual hoy es reproducido con un alcance limitado en su eficacia.

Para mejor ilustrar al lector, si se quisiera ejercer el derecho de propietario

Esta reproducción podrá ser total o parcial del original quedando a criterio del Escribano que lo expide y deberá cumplir otra serie de formalidades establecidas en el artículo 243 de la misma acordada referenciada que denota ciertas

VALIDEZ DEL DOCUMENTO NOTARIAL

Normas jurídicas aplicables.

La Enciclopedia Jurídica Básica, define al documento como aquel pensamiento relevante que elabora el hombre, que al materializarse permite el reconocimiento de su autoría, así como también de lo manifestado.

El documento tiene la virtud de detener un hecho en el tiempo y de esa forma fijarlo a perpetuidad, y de reproducirlo cada vez que se crea necesario o conveniente.

En el Derecho, ese documento tendrá relevancia desde que el ordenamiento jurídico le adjudique un cierto valor a las expresiones en él contenidas, siempre que se realice dentro de un plano de solemnidad requerida y dentro de las atribuciones otorgadas a su redactor.

Vallet de Goytisolo decía que el documento notarial se transforma en “el producto del ejercicio de la función notarial”.

Este tipo de documento, nace fuera de un ámbito litigioso, tiene carácter antiprocesal por ser la garantía de la forma válida para el tráfico jurídico

Carnelutti señalaba: “La cualidad del sujeto (autor) del documento tiene esencial importancia en cuanto a la verdad” que el documento contiene.

Veremos a continuación la calificación que da la norma al documento notarial y el concepto de “plena fe” que está dirigido a la búsqueda de su eficacia plena.

¿Cuándo pierde su eficacia?

Cuando se transforma en falso, o sea no recoge la verdad de lo manifestado, cuando no hay correspondencia con lo sucedido, cuando se produjo ocultamiento o aprovechamiento en cuanto a la voluntad de uno por sobre la del otro. Aquí es cuando comenzamos a manejar la terminología “buena fe” o “mala fe”.

Entrando en la patología del tema se hace necesario para continuar con el estudio del tema, analizar la normativa vigente, a la luz del Código General del Proceso de las normas del Código Civil, para brindar claridad en lo que refiere al valor procesal probatorio.

Código General del Proceso

SECCION IV

DE LOS DOCUMENTOS

Este Código en su artículo 170.1 establece:

Artículo 170. - Autenticidad de los documentos

*170.1 El documento público **se presume** auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad; igual regla se aplicará al documento privado cuyas firmas se encuentren autenticadas por notario o autoridad competente.*

170.2 Los documentos privados emanados de las partes, se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma, si están suscriptos o la autoría, si no lo están, en las oportunidades que se indican en el artículo siguiente o se impugnen mediante

Código Civil.

1574. Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

Otorgado ante Escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

Se tiene también por escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto por las leyes y con los requisitos que ellas prescriban.

NOTA: *El texto del inciso 1º responde a una adecuación al artículo 170-1 del Código General del Proceso (Ley N° 15.982), hecha por Ley N° 16.603, de 19/10/94.*

1575. *El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. En este sentido, la fuerza probatoria del instrumento público será la misma para todos.*

1576. *El instrumento público produce el efecto de probar plenamente las obligaciones y descargos en él contenidos respecto de los otorgantes y de las personas a quienes dichas obligaciones y descargos se transfieran por título universal o singular.*

1577. *Para el efecto indicado en el artículo anterior, la fuerza probatoria del instrumento público se extiende aun respecto de lo que no se haya expresado sino en términos enunciativos, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; en otro caso, no puede servir la enunciación más que de un principio de prueba por escrito.*

En ningún caso la enunciación produce efecto contra tercero.

1578. *La falta de instrumento público, no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa formalidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno (artículos 2147 y 1599 número 4).*

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.

De la lectura de los artículos transcritos se puede señalar que mientras en el Código General del Proceso se refiere a la cualidad del documento público como “..se presume auténtico..”, el Código Civil utiliza una terminología mas precisa “..es título auténtico..”, frente a lo cual tanto civilistas como procesalistas han sido coincidentes en cuanto a la interpretación y adecuación de ambas expresiones: las toman como equivalentes.

Mas allá de estas afirmaciones, no hay que olvidar que el documento notarial al ser instrumento público, se convierte en título ejecutivo en tanto la ley le asigna ese carácter.(art 353 y art 373 del CGP).

Para nuestro ordenamiento , el documento notarial es documento auténtico, goza de fecha cierta y hace plena fe del hecho de haberse otorgado frente a todos, cesando esa eficacia sólo mediante declaración judicial en el procedimiento de tacha de falsedad, la cual procede siempre que se cuestione la falsedad material del mismo.

Esa falsedad material del documento, refiere a que el propio documento adolece de defectos o “irregularidades” que tienen que ver con su propia esencia corporal, pero no refiere a su contenido intelectual o se “altera” uno preexistente.

Vescovi entiende como falsedad ideológica aquella que guarda relación directa con el contenido intelectual o representativo del documento, por lo que considera que la simulación entraría dentro de este tipo de falsificación, porque se produce una afección a la fe pública, y va por mas. Sostiene que comprende también todo lo relativo a las nulidades tales como las determinadas por la incapacidad , ilicitud causal o negocial. Se refiere a ideas falsas que se quieren expresar como verdaderas en el documento. La verdadera intención se mantiene oculta, bajo una formalidad aparente. Este documento caerá cuando se demuestre la no correspondencia entre lo verdadero y lo consignado. Hay una mutación de la verdad.

Un ejemplo ilustra mejor la situación: puede suceder que una escritura de compraventa se haya celebrado salvaguardando todos aquellos aspectos formales del documento. Su otorgamiento puede ser cierto y verdadero con respecto al hecho de haberse otorgado y también a su lugar y fecha. Se extendió en un Registro habilitado (Protocolo) y fue autorizado por “funcionario competente”. Pero puede resultar que la voluntad de las partes haya sido la de vender, ni la de comprar, por lo que el contenido de ese documento es falso por no coincidir con la realidad manifestada por las partes. El documento sería falso ideológicamente.

Aquí no se podría estar hablando de falsedad material del documento, pero si con respecto a su sustancia, por lo que cabría falsedad ideológica.

Sosteniendo lo contrario, Núñez Lagos afirma que “la declaración de voluntad no pertenece a la esfera de los hechos, sino a la del derecho”, por lo que maneja el término “insinceridad” por discordancia entre la voluntad y la declaración, sosteniendo que todo pertenece al ámbito de la nulidad.

La doctrina nacional prefiere manejar la terminología de falsedad, diferenciando tal cual lo veníamos explicitando.

Procedimiento de tacha de falsedad.

Artículo 172. - Tacha de falsedad

172.1 *La parte que impugne de falsedad material un documento público o un documento privado auténtico o tenido por auténtico, presentado por su adversario, deberá hacerlo en las oportunidades a que alude el artículo anterior, promoviendo demanda incidental con la que se formará pieza por separado, en cuyo procedimiento, además de la parte contraria, será oído el Ministerio Público.*

La falsedad ideológica o la nulidad del documento se argüirá como defensa en el propio proceso.

172.2 *Si de la tramitación del incidente surgiere la posibilidad de la existencia de un delito, se dará cuenta al tribunal competente en lo Penal; el proceso penal por falsedad no detiene la tramitación del proceso civil, ni su sentencia modificará las conclusiones de este último, salvo lo dispuesto en el artículo 283.2.*

Este artículo ilustra sobre el procedimiento de tacha de falsedad y refiere únicamente a la falsedad material del documento.

Constituye un incidente nominado de trámite especial, el que se puede resumir de la siguiente manera:

- a) si el documento se presentó con la demanda o la reconvenición, ha de ser promovida al evacuar el traslado en escrito adjunto.
- b) Si el documento impugnado se acompañó con la contestación de la demanda o en cualquier otro escrito no comprendido en el punto a), se deberá establecer dentro de los 6 días perentorios desde la notificación del decreto que ordenó la agregación del documento.
- c) Si se presenta en cualquier audiencia, se promueve de manera inmediata, de manera verbal.

El procedimiento sigue la estructura de los incidentes innominados con la sola previsión de que se forme pieza por separado. Se convocará a una audiencia incidental donde se dispondrá del diligenciamiento de la prueba. Se dará intervención al Ministerio Público, el que no se limitará a intervenir al final de la tramitación sino que puede incluir proposición de probanzas. Existe posibilidad de oír alegatos finales de las partes y oír al Ministerio Público, si éste concurrió al acto. La sentencia tiene naturaleza de interlocutoria y se podrá interponer recursos de reposición y apelación, si el trámite fue escrito.

La incidencia de esta sentencia interlocutoria en el juicio civil principal incide de la siguiente manera:

- 1) Si no se admite el documento como prueba, o sea la tacha de falsedad se resuelve favorable y luego se dicta sentencia definitiva que no lo toma en cuenta, no podrá ser revisada por más que en vía penal se declare que no hubo delito porque ella sólo procede cuando hubo delito (Art 283.2 del CGP)
- 2) Si se admite el documento por desestimarse la tacha de falsedad siendo este decisivo para la sentencia definitiva, ésta podrá ser objeto de revisión si se declara la existencia del delito.

IMPUGNACION DEL DOCUMENTO PUBLICO.

Siguiendo el concepto de “impugnación” propuesto por la Real Academia Española entendemos el acto “combatir, contradecir, refutar”.

Este acto impugnativo procurará disminuir o eliminar la eficacia convictiva, o sea se pondrá en marcha un mecanismo de ataque o de rechazo con el objetivo de que ese documento quede fuera del campo de convencimiento del Juez.

Las razones de la impugnación pueden ser carácter general como las relativas a la admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad de la prueba.

También pueden referirse a aquellas cuya omisión en el documento hace que el mismo sea dejado de lado y no pase a formar parte de la prueba.

Allí estaremos frente a la falsedad del documento que puede ser tanto material o ideológica. La primera de ellas es la que refiere a la conformación física documental, a su esencialidad como elemento materializado representativo. En cambio la segunda, responde a la insinceridad que no afecta la materialidad, pero sí a su contenido representativo.

Toda vez que se impugne un documento por falsedad, el contenido del ataque consiste en atribuirle falta de veracidad, insinceridad de algún tipo, ausencia o carencias de conformidad entre el continente y el contenido y la realidad de las cosas.

Atento a la normativa y a lo expresado anteriormente, y recordando que uno de los objetivos primordiales de las actas es la pre constitución de prueba, hay que ser cuidadoso en el tema.

El Reglamento Notarial (Acordada Reglamentaria 7533) establece para el tipo de actas de diligencia la posibilidad de que éstas puedan ser redactadas de manera mecanografiada o de manera manuscrita con la salvedad en este último caso que el papel notarial que se utilice sea de tipo rayado.

Muchas veces la premura y la fugacidad del hecho impide que uno esté cómodamente sentado en su escritorio, buscando el lenguaje mas adecuado y teniendo todos los medios que permitan una actuación prolija.

En ese caso, uno debe actuar de manera ágil, procurando no retrasar la tarea que le fue encomendada y lo redacta de su puño y letra.

El mencionado Reglamento, da también la posibilidad de que el escribano concurra al lugar, cumpla con lo solicitado y luego en la comodidad de su estudio redacte el acta correspondiente, pudiendo en este caso datarla en un lugar y cerrarla en otro.

El documentar un hecho sin demostrar cierta simultaneidad entre lo ocurrido y lo narrado, a llevado a cuestionar la veracidad o la sinceridad del relato. Muchos entienden que no debería distinguirse en base a cuestiones materiales sino que se tendría que ir sobre el fondo o sea sobre lo comprobado, mientras que otros entienden que la forma contribuye a una mayor y mas exacta representación de los hechos.

Atento a la norma legal y reglamentaria, actuando de cualquiera de las dos maneras, el documento en su continente y en su contenido debería de tomarse de igual manera, sin objetar sobre modismos que sólo contribuyen a la estética documental.

Para la Teoría General del Derecho, el acto es el hecho o acontecimiento, positivo o negativo, voluntario que el derecho toma como presupuesto sus normas.

Se exceptúan otros actos que contengan otras competencias legales y los actos ilícitos.

EL DOCUMENTO INFORMÁTICO.

Para comprender este fenómeno ya instalado y aceptado es preciso determinar algunas cuestiones que tienen que ver con los comportamientos que las nuevas tecnologías proyectan en el hombre.

Desde su advenimiento se ha producido una revolución en las relaciones sociales. La aparición de las redes sociales, el libre acceso a la información, fluidez en la comunicación, y sobre el interactuar con diferentes con diferentes personas a modificado comportamientos así como el tiempo real en que se realizan las comunicaciones, transformando todo en un mundo inmaterial.

También ha llevado a realizar transformaciones en el plano jurídico y en el modo de relacionarse, con sus causas y consecuencias.

Todo nos ha colocado en una nueva sociedad, la llamada “cibersociedad” basada principalmente en:

- la multimedia
- la realidad virtual
- Internet

Esta realidad ha permitido democratizar el acceso al conocimiento y a la información, ha colocado el comercio en la red o en la “nube”, y el tiempo se aprovecha más. Si algo se tiene que señalar de negativo de este proceso es la pérdida de la intermediación entre emisor y destinatario, se puede llegar a perder la intimidad, puede suplantarse usuarios por la aparición de “delincuentes cibernéticos”, así como la aparición de la “adicción informática”.

El tema de la seguridad y su concepto también cambia.

La Esc. Dra. Beatriz Ramos Acosta expresa respecto de esta nueva conceptualización del término: “básicamente se trata de implementar los mecanismos necesarios para que al realizar una operación a través de un medio electrónico, se asegure la integridad del contenido y se autentique al remitente y receptor. Para dar esa seguridad se necesita que

exista una infraestructura que sea simple, pero que aporte a todos aquellos que la utilizan la tranquilidad de saber quien es ese tercero que se presenta ante ellos”

CARACTERÍSTICAS DEL DOCUMENTO INFORMÁTICO.

1. Invisible
2. No pasible al tacto
3. Incorporeo
4. Su conservación y su guarda se realizada mediante soportes informáticos (software)
5. Quedan dudas respecto a su original
6. Su circulación puede quedar sometida a alternaciones imperceptibles en la cadena de envío.
7. Se requiere de la implementación de sistemas y programas universables, de fácil acceso, que provoquen una pronta conectividad.
8. Su puesta en funcionamiento implica la puesta en común tanto nacional e internacional para la firma de acuerdos.
9. Esta firmado digitalmente.

Al día de hoy no es posible afirmar que ese documento no sea alterado, no existe en estos momento un programa que lo pueda indicar. Lo que si existe es un sistema mediante el cual, con mediana precisión, se puede llegar a saber si ese documento fue alterado después de ser firmado digitalmente por el emisor, o sino llegó en forma integra a quien debía llegar.

Todo texto legal debe contener los principios generales de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, libre competencia, compatibilidad internacional y buena fe.

Asi lo recoge la ley 18600 de 21 de setiembre de 2009, publicada en el Diario Oficial el 5 de noviembre de 2009, y reglamentada por medio del decreto de 8 de diciembre de 2011.

¿Qué es la firma electrónica?

El termino “firma” para muchos resulta equivoco y prefieren que se lo denomine de otra manera.

Tal es asi que la ley alemana define a este tipo de firma de la que venimos hablando como un “sello de datos digitales”. Además sostienen que la “identidad del signatario” no se puede presumir por la “identidad de la clave” ya que pueden ser personas diferentes

que la utilice. Es mas, teniendo presente esta apreciación Miccoli estima que esto lleva a una revisión, una reformulación y un estudio del instituto de la representación en lo que tiene que ver con a quien atribuirle los vicios del consentimiento: al que utilizó el sello de datos digitales o a su titular.

Vallet de Goytisolo reflexionaba al respecto:

“...El Instrumento público constituiría la finalidad de un servicio público administrativo de contenidos estereotipados, que las tendencias actuales hacia la cibernética, reducirían bien pronto a formulas esquemáticas en las que el servidor de esa misión administrativa (que ya no sería un órgano de la sociedad, sino de la administración pública) tendría que subsumir en los moldes de esas fórmulas –forzándolas en lo necesario para ello- las manifestaciones de la creatividad vital, propias de la iniciativa personal”

El Derecho uruguayo la divide en dos:

1. Firma Electrónica Simple

Esta definida en el artículo 2 inc J de la mencionada ley.

Son “datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociado de manera lógica con e mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación”

2. Firma Electrónica Avanzada

Ast 2 inc K

“Firma creada por un sistema técnico de creación de firmas emitido por un prestador de Servicios de Certificación acreditado ante la Unidad de Certificación Electrónica”

Mas allá de lo que la norma establece, ¿cómo se puede definir en su genesis la firma electrónica simple y la firma electrónica avanzada?

Todo se basa en un conjunto de algoritmos matemáticos, únicos e irrepetibles, mediante el uso la criptografía como medio de protección, mediante el uso de la clave pública y de la clave privada, relacionadas entre si. La primera de ellas se da a conocer públicamente, en cambio la segunda se mantiene sólo en poder del titular del Certificado Electrónico. Es personal y no se transfiere.

Para que todo el sistema funcione se debe contar con una Autoridad certificante o sea quien emite el certificado electrónico. Es aquel que tiene el rol de “verificador” entre las claves públicas y las claves privadas atribuibles a un usuario.

Nuestra legislación lo define como

“Certificado Electrónico: documento electrónico firmado electrónicamente que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica”

También se habla de “Certificado Reconocido: certificado electrónico emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado” (art 2º literal B y C de la ley 18600)

En nuestro país la Autoridad Certificadora Raíz Nacional, corresponde a AGESIC por expresa designación legal.

¿Cuál es el procedimiento para la puesta en marcha de la firma electrónica avanzada?

- El usuario genera su par de claves.
- Prepara el mensaje
- Enlaza su clave pública con su texto
- Codifica el mensaje con clave privada
- Se envía al receptor
- El receptor utiliza la clave pública del remitente para verificar la firma digital de éste.
- El receptor compara el compendio
- El receptor obtiene un certificado de la autoridad certificante.

Rodríguez Adrados estima que es un sello improntado en un documento con un significado que trasciende todo el texto sellado y lo encripta, logrando la integridad del documento.

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA RELACION SOLEMNIDAD Y DOCUMENTO.-

Una de las patologías sobre las cuales se ha profundizado en los últimos tiempos es la falta de solemnidad en la compraventa de bienes inmuebles.

Lamentablemente, estas irregularidades se han presentado y la doctrina ha tenido que dar respuesta y solución a esta problemática.

¿Qué significa no cumplir con la solemnidad?

El artículo 17xx del Código Civil establece que la validez del negocio de compraventa de bienes inmuebles es necesario el otorgamiento y la autorización de escritura pública.

Puede ocurrir que circule una primera copia de escritura de compraventa pero que por alguna circunstancia atribuida al agente de la función, esa copia no tenga matriz.

Por lo tanto al no tener su origen en un registro protocolo, esa copia no es reproducción íntegra y literal de una escritura.

Erróneamente se le denomina “primera copia de escritura sin matriz”, pero en verdad encierra una contracción: no puede haber escritura sino hay matriz.

Sobre este tema se han dado diversas versiones doctrinarias. Todas son coincidentes en señalar la inexistencia del negocio y en la necesidad de proteger a quien actúo de buena fe con un antecedente en esas condiciones, dos cuestiones opuestas desde lo fáctico, pero donde es difícil de acordar una solución que las contemple.

Seguidamente, para mejor ilustrar al estudiante y brindar un apoyo que permita su comprensión se comentará el trabajo titulado “De la situación derivada de la compraventa de bienes raíces nula por falta de solemnidad” del Esc Raúl Anido Bonilla.

El autor comienza con una primera aproximación al tema, exponiendo sobre la nulidad absoluta y la obligación natural. Expresa que conforme a lo establecido en el Artículo 1560 del CC la falta de solemnidad en el contrato en estudio, configura un caso de obligación natural. A partir de allí, comienza a analizar el Art 1441 inc 2 del CC, destacando el concepto de “equidad” volcado por el legislador en esta norma.

Cita a Moscatt quien afirma que “el momento del encuentro entre derecho positivo y realidad “social” se da en ocasión del cumplimiento de la obligación natural”. Sería un “reconocimiento indirecto” de este tipo de obligaciones y además el origen de la causa de la atribución patrimonial.

Distingue en este caso si el bien fue transferido aún faltando la solemnidad, cual sería la consecuencia y desarrolla una serie de precisiones que abarcan desde la teoría de la *causa solvendi*, así como la paga de la obligación natural como *cause suffisante* hasta el estudio de la posesión o la adquisición *A NON DOMINO*, pasando también por los estudios de diferentes legislaciones y posturas de codificadores.

El Esc Anido señala que el término “equidad” dado por nuestro CC en lo que refiere a las obligaciones naturales, se ve acompañado del término “sola”, interpretando que la voluntad del codificador fue entender a esa equidad como única posible.

Si el pago se realizó por una persona capaz para ese acto, da origen a una obligación natural y por lo tanto la posesión en que se encuentra es irreivindicable, tomando el pago como válido (Pothier).

Palabras finales:

El hacer notarial impone al escribano una doble calidad: capacidad científica y técnica, y por otro lado, una conducta y un proceder acotado a una rectitud ética que permita renovar sus votos como auténtico depositario de la fe pública.

Una no puede prescindir de la otra.

La dinámica de la propia ciencia jurídica obliga al escribano a tener que actualizarse constantemente, para brindar un servicio al usuario de excelencia. La etapa preliminar de la función notarial del asesoramiento, de la información y como dice el Prof. Esc. Hugo Perez Montero del “aconsejamiento” es primordial, ya que cada situación se debe analizar desde su individualidad y no someterse a modelos estandarizados. La interpretación de la voluntad de las partes, debe verse reflejada en la etapa documental y la autorización por parte del profesional escribano debe conferir seguridad jurídica.

La parte ética del escribano, debe acompañar todas estas etapas, ya que el notario no es profesional de una de las partes del contrato o de la negociación. Es la balanza, es quien debe velar por preservar los derechos de uno y de otro, de manera imparcial, equitativa, no favoreciendo a uno sino favoreciendo a todos los participantes en el logro de un buen resultado acorde a la legalidad, a la voluntad de las partes, a la verdad, con un sello de certeza.

La patología del documento notarial es el rompimiento de esta dualidad.

La conjunción de voluntades individuales implicada en las transacciones económicas se manifiesta a través del lenguaje y frecuentemente se fija por escrito.

La expresión escrita indica la necesidad de estabilidad y seguridad para dichas transacciones.

La seguridad es provista en última instancia por el Estado, directamente o por medio de agentes en quienes delega determinadas potestades.

La necesidad de un dispositivo de seguridad es particularmente importante para las actividades de inversión, que son condición necesaria para crecimiento y desarrollo.

El dispositivo debe adecuarse a las restricciones del ordenamiento jurídico y proporcionar una estructura de protección a las transacciones.

En los países en los que rige la institución del Notariado de tipo latino, ese dispositivo se resume en el documento notarial, cuyo autor, el notario reúne formación jurídica especializada y está investido de la fe pública que le delega el Estado.

Ese documento conjuga las voluntades individuales y las conduce a un esquema lingüística y jurídicamente ordenado, funcional al desempeño económico