

REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE INSTRUMENTO PUBLICO

*José Carlos Carminio Castagno**

Si concebimos a todo sistema jurídico vigente como un orden coactivo de la vida social, integrado por un conjunto de preceptos que mientan conducta humana en interferencia intersubjetiva¹, lógico es que encontremos su “substrato real” en un haz de relaciones entre múltiples sujetos, respecto de variados intereses (u “objetos”).

242

Ello implica la necesaria existencia de ciertas potestades² estatales³ –constitutivas de verdaderas “funciones públicas” –, a saber.

- a) la de dictar las normas⁴ reguladoras de esas relaciones⁵;
- b) la de declarar cuál es el Derecho, en un caso concreto⁶;
- c) la de aplicar la coacción ante la renuncia al cumplimiento espontáneo⁷;

* Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado de la República Argentina. Notario Público de Paraná, Argentina

1 Tal la concepción del jusfilósofo argentino CARLOS COSSIO, autor de la teoría “egológica” del Derecho.

2 En tanto se ejerce un *iussum super partes*.

3 Dado que dimanar del *imperium* del Estado.

4 De cualquier naturaleza y rango (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.).

5 Ello no obsta a la existencia de un sector normativo generado por los “particulares”, a través de la máxima expresión de la “autonomía privada”: el negocio jurídico.

6 Precisamente, la *juris dictio*. Ello tampoco excluye la posibilidad de su ejercicio en el ámbito privado (v. gr.: a cargo de “árbitros”).

7 De normas originadas en cualquier fuente (legislativa, judicial, administrativa, de autonomía privada, etc.). También aquí es dable su ejercicio por un particular, en casos excepcionales (v. gr.: aprehensión de delincuente *in fraganti*).

d) la de declarar los hechos jurídicamente relevantes, con valor de certeza⁸.

Creemos que el desarrollo del tema sub – examen debe hacerse a partir del “hecho”⁹. Y esto no es una herejía: sin hechos no hay vida jurídica, dado que la Eficacia “en potencia” de la norma se convierte en “acto gracias al hecho (que es su “reactivo” y la fecunda)¹⁰.

Además: el Derecho es un hecho (social); hay sectores normativos que son hechos¹¹; el Derecho extranjero es un hecho¹²; existen casos en que el hecho constituye un Derecho¹³; el Derecho – deber ser “en esencia” – en tanto existen (deber ser “en existencia”) es.

En síntesis: el hecho es un necesario componente de la vida jurídica (y social).

Pero, ¿qué es “hecho”? ¿Cuál es su ser?¹⁴.

Hacer es tanto dar el primer ser o formar¹⁵; cuanto crecer, transformarse o suceder¹⁶; es accionar¹⁷. Y ese “Algo”, fruto del hacer¹⁸, es el producto. 243

Y bien: el concepto de “hecho” abarca ambos aspectos: la acción¹⁹ y la obra²⁰.

8 Función llamada “fedante” o “autenticadora”. Nuevamente debemos señalar su existencia en el ámbito privado, de lo que los “testigos” son elocuente ejemplo.

9 Hemos desarrollado extensamente el tema en la conferencia “El Derecho y los hechos”, que pronunciamos en la sesión pública de nuestra incorporación académica (Buenos Aires, 30 de julio de 1976).

10 Ex facto oritur ius, reza una antigua máxima. “No hay Derecho que no provenga de un hecho”, afirma Vélez Sarsfield en la larga nota a la Sección II del Libro II del Código civil argentino. En su “Teoría General del Derecho”, enseña CARNELUTTI: “El hecho es la figura suprema de la teoría mecánica del Derecho.”

11 Así, el “Derecho consuetudinario”.

12 Artículo 13, Código civil argentino.

13 Por ejemplo: la “posesión”, en el pensamiento de SAVIGNY (confrontar la nota al art. 2351 del Código de Vélez)

14 Se trata de una indagación “ontológica”.

15 O sea: producir.

16 Es decir: desarrollarse.

17 En tanto la acción es el hacer en acto.

18 “producido” o “desarrollado”.

19 El efecto del hacer.

20 O sea: lo hecho.

Hecho” en síntesis, es lo que acaece²¹.

¿Cómo se introducen los hechos en el mundo del Derecho?

Al analizar la estructura lógica de las normas jurídicas, se advierte que todas exhiben la forma de un juicio “hipotético”²², en que a un elemento antecedente²³ se enlaza una consecuencia²⁴ por una relación de “debe ser”²⁵.

Ese elemento antecedente – o previsión²⁶ – constituye, precisamente, el “supuesto de hecho” o hecho jurídico.

¿Qué clases de hechos son hechos “jurídicos”? ¿Cuál es su soporte real?

El análisis pone al descubierto una infinita variedad²⁷.

Así: una materialidad²⁸, la actividad humana²⁹, una circunstancia jurídica³⁰, estados de hecho o de Derecho.

Pero, ¿es el hecho “en bruto” un hecho jurídico?

244 De ninguna manera. El hecho es “recortado” por el Derecho, que desintegra y recompone – en su mundo – la realidad. De allí que hechos similares en el plano “real” no lo sean en el “jurídico” (y viceversa)³¹. Y, a veces, el Derecho hasta prescinde de la realidad³².

En conclusión: el Derecho califica al hecho, y así – sólo así – éste es “jurídico”.

21 Todo lo que “acaece”. Preferimos este vocablo por poseer un sentido neutro, alejado de las connotaciones de otros sinónimos (cuales “sucede” o “acontece”).

22 “Dado A debe ser P” (norma secundaria o “endonorma”, en las concepciones de KELSEN y COSSIO, respectivamente); “Dado no P debe ser S” (norma primaria o “perinorma”).

23 O “previsión”.

24 O “disposición”.

25 Se trata de una causalidad jurídica – y no “naturalista”–, computado que e l hombre es *albedrío*.

26 Fattispecie o tabbestand.

27 Puros o combinados.

28 Un fenómeno de la naturaleza, por ejemplo.

29 Quedan comprendidos aquí los conocimientos, las omisiones, el silencio mismo y las intenciones del hombre.

30 La “disposición” de una norma puede constituirse en la “previsión” de otra.

31 Medítese acerca del hecho de la “entrada de un hombre a una casa”: muy diversa calificación jurídica tene según el sujeto sea un morador, un policía sin orden judicial de allanamiento, o un ladrón.

32 V.gr.: considera muerto al “presunto fallecido”, que está vivo.

En tal calificación, en ocasiones el Derecho impone determinada “forma” al hecho, para considerarlo jurídicamente relevante³³.

Es obvio que esa imposición formal está condicionada por la clase de hecho (en punto o su “materia”). Así, los “naturales” tienen una forma propia e inmodificable³⁴; y los hechos “psíquicos” del hombre no son pasibles de comprobación directa, lo que obsta a cualquier imposición formal a su respecto³⁵.

Por ende, el mundo de la forma jurídica está constituido por los demás hechos “humanos”, pasibles de una fundamental división: “comportamientos” y “declaraciones”.

Mientras los primeros³⁶ se limitan a una modificación objetiva del mundo exterior³⁷, las segundas apuntan a trascender a otra mente, por lo que – siempre – tienen un destinatario³⁸.

Y éste – el de las “declaraciones” – es el principal campo de formalismo jurídico, que puede presentar diversos grados de intensidad creciente:

245

- a) a veces, el Derecho impone el lenguaje, descalificando la gética³⁹;
- b) en otras oportunidades, lo impuesto es un escrito⁴⁰;

33 Para que exista en el plano jurídico. Nos hemos ocupado de este importante y controvertido asunto en nuestro ensayo “En torno a la teoría de la inexistencia” (en el Libro de Oro del Colegio de Escribanos de Entre Ríos; Paraná, 1995).

34 Sería absurdo que se intentara imponer determinada forma a los terremotos. Lo propio ocurre con los hechos humanos naturales (v.gr.: a pesar de las normas referidas a la higiene en los partos, el nacimiento será tal aun cuando ellas no se observen).

35 Por ejemplo: las intenciones, los motivos y los sentimientos se infieren de otros datos de cada situación, ya que carecen de apariencia sensible.

36 También denominados “operaciones”.

37 Sin colaboración de la psiquis ajena (v. gr.: la especificación).

38 Determinado o no, actual o futuro. Se declara diciendo “acepto” o con un gesto afirmativo (inclinación de cabeza, por ejemplo). El silencio – que posee, jurídicamente, un sentido diverso al de su acepción “acústica” (falta de ruido) – puede significar en Derecho declaración o ausencia de ella, según los casos.

39 Por ejemplo, al prestar juramento. El saludo militar, por el contrario, en ocasiones debe efectuarse sólo gestualmente.

40 No admitiéndose, en consecuencia, las manifestaciones orales ni gestuales. Existen hipótesis de mayor rigor formal: La presencia de testigos, por ejemplo.

c) en ocasiones, un escrito “calificado”: el instrumento público⁴¹;

d) en ciertos casos, un escrito “calificadísimo”⁴².

Es el momento de responder a otros interrogantes.

¿Cómo conoce el Derecho los hechos?⁴³.

Es, precisamente, el tema de la prueba (o de la “forma” de la prueba)⁴⁴.

En principio, los hechos se justifican con su propio ser (la forma de su “ser” es – al mismo tiempo – la forma de su “prueba”).

Pero existen casos en que la forma del ser no es probatoria (o sea, en los que no basta, ya que el Derecho impone un mayor rigor formal para la prueba)⁴⁵.

¿Cómo son valorados los hechos por el Derecho?⁴⁶.

246 En principio, acorde a su trascendencia socio – económica, según peculiares criterios de cada ordenamiento.

Generalmente, la apreciación es hecha a priori por el legislador; en ocasiones, la efectúa a posteriori el Juez (discrecionalmente, dentro de los marcos legales)⁴⁷.

41 La expresión es usada con el significado genérico que tiene en la dogmática argentina. En España, por el contrario, se emplea como especie del género “documento público”.

42 En tanto, especie de un escrito “calificado”, o sea, una clase de “instrumento público” (la escritura pública, verbigracia). En tales casos, “la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente”, dispone el artículo 977 de nuestro Código civil. Pueden darse, asimismo, supuestos de un mayor rigorismo formal, mediante la imposición de la presencia de testigos (primordialmente, en materia testamentaria).

43 Se trata de un enfoque “gnoseológico” y de “conocer” en sentido jurídico, respondiendo a estos interrogantes acerca del “hecho”: ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿cómo?, ¿quién?.

44 Se discurre con torpeza en gran parte de la doctrina nacional en torno a las categorías de formas ad solemnitatem y ad probationem, de las que se proponen como ejemplos los casos aprehendidos por los artículos 1810 y 1184, respectivamente, del Código civil. La forma impuesta por este último es igualmente “negocial” (no “probatoria”, atento a la conversión substancial dispuesta en el artículo siguiente).

45 Sirven de elocuentes ejemplos las disposiciones de los artículos 2246 y 2006 de nuestro Código civil, en materia de “fianza” y “mutuo”, respectivamente.

46 No todos son estimados por igual en la esfera jurídica.

47 En caso de conflicto, la valoración normativa del legislador debe prevalecer sobre la apreciación discrecional del Juez.

Y bien: para el ser y la prueba de los hechos, el Derecho ha dispuesto el instrumento público.

¿Qué es un “instrumento público”?

Estamos convencidos de la necesidad de un replanteo de la temática, en pos de la aprehensión esencial de su concepto.

En nuestro Derecho, el asunto se halla normado en el Libro II, sección II, Título III del Código civil (arts. 979 a 996), a pesar de que – por proyectarse en todo el ordenamiento – se trata de materia que reviste jerarquía cuasi constitucional⁴⁸.

Por ello, quizá, su estudio ha estado a cargo especialmente de civilistas⁴⁹ y cultores de la disciplina notarial⁵⁰.

E invariablemente – ante la falta de una definición legal de la figura⁵¹ – el análisis se ha focalizado en artículo 979⁵².

48 También lo es la preceptiva de sus dos “Título Preliminares”: “De las leyes” y “Del modo de contar los intervalos del Derecho”. Y es que el Código civil constituye un cuerpo normativo de carácter general, cuyas disposiciones repercuten en todo el ordenamiento. En punto a los “instrumentos públicos”, debe señalarse que el codificador de ellos se ocupa “respecto de los actos jurídicos” (como textualmente reza el encabezamiento del art. 979).

49 Como que integra el curso de “Parte General” del programa de Derecho civil. Excepcionalmente, algún administrativista le ha dispensado especial atención (como BARTOLOME FIORINI, que ha hecho una importante contribución en “Acto administrativo e instrumento público: el método constitucional”; La Ley, tomo 146, págs. 1017 y ss..

50 Para la gran mayoría – a la que no pertenecemos – constituye el punto central de la disciplina.

51 La contienen, entre otros, los códigos civiles de Francia (art. 1317) y de España (art. 1216).

52 Ubicado a continuación del capítulo “De las formas de los actos jurídicos”. Su texto es el siguiente: “son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:

- 1° Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la Ley.
- 2° Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.
- 3° Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de comercio.
- 4° Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de estas actas se sacasen por orden del Juez ante quien pasaron.
- 5° Las letras aceptadas por el Gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el Tesoro Público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas.
- 6° Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro Público.
- 7° Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales.
- 8° Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos.
- 9° Los billetes, libretas y toda cédula emitida por los bancos autorizados para tales emisiones.
- 10° Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros”.

Los resultados han sido magros: ante todo, porque el precepto sólo enumera sus presuntas especies⁵³, sin explicar qué es un instrumento público. Asimismo, en razón de que la labor correctora de los intérpretes ha pecado por defecto y por exceso⁵⁴.

Además, escaso auxilio prestan a la indagación las definiciones tradicionales, estructuradas sobre la trilogía funcionario – competencia – *forma*⁵⁵.

Por ende, preferimos transitar otro camino, partiendo de la ya señalada importancia de los “hechos jurídicos”.

248

Y es precisamente que valorando la trascendencia socioeconómica de algunos – y habida cuenta de su fugacidad temporal -. El Derecho requiere la perdurable certidumbre de su acaecimiento. Por y para ello, el Estado inviste a determinados funcionarios⁵⁶ de una atribución específica⁵⁷: la de declararlos por escrito, luego de haberlos percibido. Se estructura así una “secuencia” en la conducta del oficial público: a) percepción sensorial de los hechos; b) declaración coetánea y por escrito de lo percibido⁵⁸.

53 Nos encargaremos más abajo de demostrar sus inexactitudes.

54 Ya que – de los seis incisos impugnables, como se verá “infra” – sólo ha sido descalificado el 3º; y porque el inciso 4º. – que es inobjetable – ha sufrido intentos de “desinterpretación”.

55 Así están plasmadas – no obstante, alguna diferencia de expresión (“Notario o empleado público”, reza la norma española) – las de los códigos Napoleón y Civil de España, en los artículos que ya hemos citado.

56 “Oficiales públicos”, en la terminología de nuestra ley civil.

57 Este aspecto reviste máxima importancia, dado que la aptitud de la función constituye un requisito esencial para la configuración de cada “acto” determinado (“jurisdiccional”, “legisferante”, “fedante”, etc.) Por el contrario, la “competencia” hace sólo a su validez (y no a su “esencia”). De allí que no todos los funcionarios competentes produzcan “instrumentos públicos, en sentido estricto. Otro tanto ocurre con la “forma”, puesto que –cumplimentada la escritura, que hace a la existencia de todo “documento” – la inobservancia de las demás formalidades sólo puede afectar la validez del acto del oficial público. Se dirá – y lo compartimos- que, de ocurrir, eso altera seriamente sus resultados. Pero recordemos que estamos intentando formular una noción esencial del instrumento público (y que, por ejemplo, un hombre gravemente enfermo no deja de ser un hombre). Las definiciones clásicas – al incluir esas notas “accidentales” – en realidad se están refiriendo (sin mengua de las otras objeciones que ya hemos puntualizado) al instrumento público válido.

58 La nota de “coetaneidad” y la facción “documental” de la declaración apuntan, respectivamente, a la certeza (“inmediatez” temporal, que elimina el riesgo del olvido) y perdurabilidad (dado que – por su “subsistencia” – remedia el carácter efímero del hecho).

Y el documento que contiene la coetánea declaración del funcionario de los hechos por él sensorialmente percibidos es un “instrumento público”⁵⁹.

Ese es su concepto esencial⁶⁰.

Su contenido hace “plena fe”⁶¹; es verdad impuesta⁶².

No se trata de una verdad absoluta, sino jurídica. Es que al Derecho no le interesa ni su noción ni toda la verdad: se conforma con otra –imperfecta, si se quiere- en pro de la seguridad⁶³.

Glosemos el artículo 993 del Código civil argentino: “El instrumento público hace plena fe” – se tiene por veraz- “hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal” – hasta decretar judicialmente su falsedad-, “de la existencia material” – realidad de su acaecimiento – “de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado” – que el autorizante ha declarado – “como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia” (por él percibidos).

249

Se da así un preciso enlace de cualidades públicas: lo es el “oficial”, la función de que está investido⁶⁴, su “acto”⁶⁵, el “instrumento”⁶⁶ y la “fe”⁶⁷ que merece su declaración.

59 De cualquier especie (notarial judicial, administrativo, etc.). No obsta a su esencia la facción “extraprotocolar” de un documento notarial (v. gr.: autenticación –llamada “legislación”, en España – de firma). A propósito – y respetuosamente- no se adecuan a la noción que acabamos de exponer los supuestos de legitimaciones de firmas “por conocimiento directo o identidad con otras indubitables” (art. 257 del Reglamento Notarial español) y las “actas de notoriedad” previstas en varias legislaciones, ya que en tales casos el oficial público no declara hechos sensorialmente percibidos sino que emite un juicio de valor.

60 Para nuestra satisfacción, coincide exactamente con lo preceptuado en el artículo 993 del Código civil argentino, como luego veremos.

61 “Fe” es creencia –“convicción de lo que no se ve”, como dice San Pablo (Hebreos, 11.1) -: y es plena por cuanto se impone erga omnes (comprendiendo a los propios órganos estatales).

62 Como “prueba legal”, de similar efecto a la “cosa juzgada formal”. Al respecto, CARLO FURNO ha aportado ideas esclarecedoras.

63 En aras de la cual, a veces se sacrifica hasta el propio valor “justicia” (como se da en el instituto de la “prescripción”). Se trata – en la concepción de Furno – de la “verdad suficiente” (a pesar de que CARNELUTTI – en Prova civile- sostiene que “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad”). Bueno es advertir que la “cosa juzgada material” – máximo grado de certidumbre jurídica – se tiene por verdad (“pro veritate habetur”), no habiéndose afirmado: “veritas est” (es verdad).

64 Pública. La denominamos “factorum dictio”.

65 “Publico fedante”.

66 O documento público.

67 “Pública”, dimante del instrumento.

Examinemos, pues, el artículo 979 del mismo Código, a la luz de lo antes expuesto.

Resultan de claro encuadre los supuestos diseñados en los incisos 1.º, 2.º, 4.º y 10.º, es decir:

- a) escrituras⁶⁸;
- b) copias de escrituras⁶⁹;
- c) los demás instrumentos notariales, hechos por escribanos u otros funcionarios⁷⁰;
- d) actas judiciales⁷¹;
- e) sus copias⁷²;
- f) asientos de matrimonios parroquiales o municipales⁷³.

Todos los demás casos, por el contrario, no encuadrarán en la noción que hemos acuñado, al no darse concurrentemente sus requisitos esenciales⁷⁴.

250

En efecto: los incisos 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º de la norma examinada⁷⁵, refieren a una variedad de documentos disímiles, de distinta

68 (inciso 1.º). La posibilidad de que puedan ser hechas – amén de por escribanos públicos- “por otros funcionarios con las mismas atribuciones” es reiterada en el artículo 997 (“o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones”).

69 (Inciso 1.º). Se trata de las “primeras o ulteriores”.

70 La del texto es la correcta inteligencia del inciso 2.º, a la luz de la fuente del precepto: el artículo 668 del “Exbozo” de FREITAS, que claramente refiere a los otros documentos que autorizaren “los mismos escribanos y funcionarios” (o sea, los del inciso 1.º. Es decir: los que gozan de las mismas atribuciones notariales). Se comprende aquí todo acto notarial cumplido “en la forma que las leyes hubieren determinado”, se trate de leyes nacionales o provinciales.

71 (Inciso 4.º). SPOTA ha intentado atribuir interpretativamente al vocablo “actas” –correctamente utilizada en la norma- el sentido de actos, de manera de conferir a cualquier documento judicial el carácter de instrumento público *stricto* sensu (en la clasificación que luego expondremos). Nuestro rechazo a tal posibilidad se funda en que sólo el “actuario” está investido específicamente de función fedante.

72 (Inciso 4.º)

73 (Inciso 10.º). En la actualidad se trata de las actas de los denominados “Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas”, creados en cada provincia. Obviamente, quedan comprendidas también las actas de “nacimiento” y “defunción” (a pesar de que en ellas lo autenticado es la declaración de alguien que manifiesta –presentando un certificado médico- que determinada persona ha nacido o muerto, a diferencia de las de “matrimonio”, en que lo es el propio casamiento).

74 Autor: oficial público; forma: documental; contenido: “factidiccional” (si se nos permite el neologismo).

75 No sólo el 3.º, unánimemente repudiado en nuestra dogmática.

naturaleza, en que se priorizan la apariencia, la presunción de legitimidad de los actos del Estado, su ejecutoriedad, la celeridad del tráfico y la circulación pública.

¿Qué ha ocurrido, para tales confusiones?

Es que, además, la correcta inteligencia de la figura se ha visto muchas veces enturbiada por la multiplicidad de normas de variada especie⁷⁶ que la enfocan desde diferentes ángulos de mira, fenómeno frecuente en nuestra ciencia⁷⁷.

Así: el artículo 297 del Código penal argentino⁷⁸ equipara a instrumentos públicos los testamentos ológrafos y otros documentos, en caso de falsificación, adulteración, supresión o destrucción⁷⁹. Pero, ¿puede imaginarse un instrumento más “privado” que el testamento ológrafo⁸⁰. Y los escritos de los litigantes, ¿no están, acaso, llenos de premeditadas falsedades?⁸¹.

En el campo del Derecho administrativo, conocida es la presunción de legalidad y ejecutoriedad de los actos del poder administrador, lo que se traduce, procesalmente, en la inversión de la carga de la prueba⁸². Ciertamente es también que gozan – sin duda – de certeza de autoría y de lugar y fecha.

251

76 Penales, administrativas, procesales, etc.

77 Lo demuestran los siguientes ejemplos: algunas convenciones internacionales equiparan a personal “combatiente” al del clero y la sanidad (en punto al tratamiento que debe dispensársele); en el Código penal argentino resultan equivalentes las expresiones “empleado público” (art. 77), a pesar de su diverso significado en el Derecho administrativo.

78 Título XII: “delitos contra la fe pública” (en nuestro concepto, más bien “contra la fe del público”); Capítulo III: “Falsificación de documentos en general”.

79 Jursiprudencialmente, se ha extendido la equiparación al escrito del litigante.

80 Integramente “autógrafo” del testador, que es un particular.

81 Generalmente una parte afirma y la otra niega los mismos hechos.

82 La conceptuamos como fuerza probatoria preventiva de su contenido, frente a la contraparte. El artículo 995 de nuestro Código Civil asigna idéntico valor –en nuestra opinión– a las “enunciacines de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal” del instrumento público. Creemos porvechoso proponer un ejemplo en torno de la traditio en una estructura de compraventa inmobiliaria: a) si nada se dice, debe probarse que ha sido hecha (ya que no existe en el Derecho inmobiliario argentino la traditio carta); b) si las partes declaran que ya se ha efectuado: “fuerza probatoria preventiva” (no “plena fe”, como reza el citado art. 995).

Pero nada más. El expediente administrativo no es una sucesión de “instrumentos públicos”, porque no son “privados”⁸³. Repetimos: basta la simple prueba en contrario para desvirtuar su contenido⁸⁴.

Para peor, dos normas de nuestro Código civil contribuyen a aumentar la confusión: los artículos 984 y 1026.

El primero dispone: “El acto bajo firmas privadas, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público por juez competente, desde el día en que el juez ordenó la protocolización”.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en establecer que la mentada “metamorfosis” se produce recién a partir del momento de la protocolización.

252 Por nuestra parte, sostenemos que no se da tal “conversión formal”⁸⁵, dado que sólo puede verificarse hacia una especie instrumental inferior⁸⁶ y no a la inversa. Que el documento adquiera existencia cierta a esa fecha⁸⁷ no lo transforma en “público”⁸⁸.

El artículo 1026, por su parte, expresa: “El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores”.

83 Ni el expediente judicial como un todo, a pesar de la opinión de Spota.

84 Así, ante las certificaciones administrativas de deudas por impuestos o tasas basta la simple prueba en contrario (v. gr.: exhibición de los pertinentes comprobantes de pago), no requiriéndose la acción de falsedad.

85 O “travestismo” documental.

86 Por ejemplo: de instrumento público – inválido por incompetencia del autorizante o defecto formal – a instrumento privado (art. 987 de nuestro código civil).

87 Así lo expresamos, ya que no se le imprime certidumbre de su fecha – día, mes y año en que el documento fue hecho (o “fecho”) – lo que propiamente constituye “fecha cierta” (cualidad de todo instrumento público). Rompiendo la unanimidad que exhibe la dogmática nacional, pensamos que los casos descriptos en el artículo 1035 del Código civil no son de “fecha cierta”, sino de existencia cierta a esa fecha, como decimos en el texto (o – según nueva denominación que proponemos – de “cierta fecha”).

88 El documento que nació “privado” continuará por siempre tal, dado que jamás – por imposibilidad fáctica – contendrá una coetánea declaración de hechos sensorialmente percibidos por un oficial público. “Instrumento público” es, sin duda, el “acta de protocolización”.

¿Cuál es el valor de un instrumento público en el restringido ámbito “inter Partes”⁸⁹. Consecuencias propias del “allanamiento” de la parte a quien se opone, pretenden ser explicadas por vía de una desnaturalización del instrumento público, cuya substancia se altera radicalmente desprovisto de la “plena fe” erga omnes⁹⁰.

Por ende, se impone despejar equívocos – con base en la ya expuesta noción esencial de la figura – y sistematizar la temática.

Y si se persiste en denominar “instrumentos públicos” a documentos de naturaleza tan heterogénea, forzoso es distinguir tres clases⁹¹:

- a) Por la protección penal: aquellos a los que el Derecho penal dispensa protección (en casos como los ya vistos).
- b) Por su origen: los llamados “documentos oficiales”. Además de la protección penal, gozan de “plena fe” de autoría, lugar y fecha; y de “fuerza probatoria preventiva” en punto a contenido.
- c) *Stricto sensu*⁹²: aquellos que coinciden con la ya expuesta noción esencial y que – además – hacen plena fe de su contenido⁹³.

253

Bueno es recordar que no todos los funcionarios son “oficiales públicos”.

En efecto. No basta la “competencia”⁹⁴; antes, aún, es menester la función específica⁹⁵.

89 El instrumento privado reconocido no prueba contra terceros ni siquiera “la verdad de la fecha expresada” (art. 1034 de nuestro Código civil.)

90 La pretensión de que todo instrumento privado se convierte en público por su agregación a un expediente judicial o administrativo – especialmente reiterada con motivo de la Ley Nacional núm. 19550, de Sociedades Comerciales – entraña, pues, un tremendo error conceptual (como creemos haberlo demostrado).

91 Esta clasificación – a la que PELOSI (en “El documento notarial”; Buenos Aires, 1980; págs. 104/5) considera “la mejor lograda” – ya fue expuesta por nosotros en la potencia argentina al XII Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1973) en el tema “Sociedad comerciales” y que obtuviera el Premio “Unión Internacional del Notariado Latino”.

92 O propios (ya que los de las otras dos especies son “impropios”).

93 Son los documentos mencionados en los incisos 1º, 2º, 4º y 10º del artículo 979 del Código civil argentino.

94 El “donde” o ámbito, en sentido pluridimensional (material, territorial, etc).

95 El “qué” del hacer jurídico.

Por ende, se impone concebir al “instrumento público” como forma, continente y objeto del “acto público fedante”⁹⁶ y no en su entidad corpórea. Es un acto del oficial público, y no un papel⁹⁷.

Es preciso ahondar en el análisis del “acto”⁹⁸, piedra angular del Derecho⁹⁹ y – sin duda alguna – el verdadero elemento calificante¹⁰⁰.

En ese rumbo ya hemos contribuido¹⁰¹.

E insistimos aquí en la necesidad de seguir avanzando en esa dirección esclarecedora, con el fin de superar las disvaliosas postulaciones que continúan reiterándose. Estamos convencidos – además – de que así se obra, muchas veces, por un mal manejo de la analogía (perdonable en legos, mas no en especialistas).

96 O “facticional”.

97 De otro modo es imposible distinguir – en un mismo folio – una parte que es instrumento privado (donde consta el texto del contrato y las firmas correspondientes) y otra que constituye incuestionablemente instrumento público: la autenticación notarial de esas firmas (en tanto el escrivano declara coetáneamente el hecho – por él percibido – de haber sido puestas por determinadas personas).

98 Obviamente, el del “oficial público” y no el de los particulares (que, paradójicamente, es el que mayor atención ha merecido de parte de los notarialistas).

99 En efecto: cada disciplina jurídica se construye en torno de un “acto” (el delito, el negocio jurídico, el acto administrativo, etc.).

100 Y no a la inversa, ya que – sin mengua de los decisivos y esclarecedores apotes que se han efectuado acerca del instrumento, especialmente **en España, y que mantienen absoluta validez – no cabe** duda que no es el “documento” lo que califica como “público” al acto. Del mismo modo ocurre con el “instrumento privado”, que lo es por contener como su “forma” y “continente”) un acto de particulares. Bueno es señalar que todo documento (y no solo el público) enseña, como lo indica hasta su propia etimología.

101 Con nuestra “Teoría General del Acto Notarial” – Premio “José María Moreno” (1971/72) y “Lauro Notarial” (1974) – en la que hemos intentado un tratamiento integral de la materia, mediante un desarrollo sistemático (abordando su concepto, requisitos – de esencia y de validez-, presupuestos, elementos y patología).

En efecto: el razonamiento analógico – cuya validez no discutimos – es el más frecuente y simple de los raciocinios, pero también el más engañoso, ya que esa relación *de particular a particular* en busca de la “ semejanza ” debe basarse en datos esenciales y no en meros “ accidentes ”¹⁰². Y los espíritus pocos precisos y rigurosos suelen considerar análogos objetos que sólo poseen en común alguna característica contingente¹⁰³.

De allí que porfiemos en un enfoque que constituye una doctrina general y esencial de la temática.

Aspiramos a haberla elaborado como un sólido edificio, de profundos cimientos y espaciosos ámbitos, destinado a los hombres de Derecho. Ellos serán a la postre, los que habrán de ocuparlo y transitarán por él.

Y serán también ellos – los juristas – quienes contribuirán con nuevos aportes, a sí perfeccionamiento ulterior.

102 Los mitos del hombre primitivo se debieron a observaciones superficiales, que conducen a falsas analogías.

103 Así, todo papel al que el Derecho penal dispense protección es “ instrumento público ” (porque éste goza de ella). Lo mismo ocurre con la caracterización, por el profano, del murciélago y la ballena como “ ave ” y “ pez ” – respectivamente –, en razón de que el primero vuela y la segunda vive en el mar.