

Instrumentos públicos

Mario Zinny

Sumario: I. Forma y prueba. II. Documento. III. Negocio jurídico y derecho subjetivo. IV. Vicisitudes de las personas, los actos jurídicos y las relaciones jurídicas. Vicisitudes de los documentos. V. Instrumentos públicos. VI. Instrumento público y acto público. VII. Narración (dación de fe) y acto narrado. VIII. "Nulidades instrumentales". Las consecuencias del error en que se incurre al llamarlas así. IX. No es posible asimilar un acto público a otro. La ignorancia del legislador, la mala práctica notarial y la desmesura de nuestro arancel lograron que en Santa Fe la sociedad anónima pasara a ser constituida por instrumento privado. X. "El misal y las estampitas". XI. Prueba legal. XII. Casos de prueba legal. XIII. Fe pública. XIV. Falsedad ideológica. XV. Análisis de las figuras que lindan con la falsedad ideológica. 1) Falsificación material. 2) Falsedad no delictual (asimismo llamada falsedad "civil"). 3) Dación de fe errónea. XVI. Comparación entre dación de fe, testimonio y confesión. Remembranza y dación de fe. XVII. Fe pública y cosa juzgada.

I. Forma y prueba

A mí me enseñaron que forma es solemnidad, y recuerdo como si fuera hoy que al escuchar estas palabras vino a mí la imagen de un señor con el *smoking* puesto.

Pero pronto comprendí que un chico con el pantalón roto en la rodilla y una camiseta que no se saca ni para dormir es más formal que el señor que usa el *smoking* de vez en cuando. Porque el chico, en realidad, se ha limitado a sustituir una forma por otra.

Me enseñaron además que hay formas intrínsecas, con lo que lograron que confundiera forma con contenido. Y que hay otras que son probatorias, lo que me llevó a confundir forma con prueba.

Pero al golpe final me lo dieron cuando me enseñaron que hay actos "formales" y "no formales", explicación ésta cuyas funestas consecuencias sólo advertí mas tarde, porque creer que hay actos sin forma, es decir, "fantasmas" de actos, conduce a no dejar conocimiento alguno, básico, en pie.

Y esto lo saben los penalistas, que a la forma le llaman "exteriorización", recuerdan a Ulpiano ("*nadie tenga pena por*

sus pensamientos”) y tienen muy claro que para delinquir es necesario hablar, escribir, apoderarse de lo ajeno, apretar el gatillo, etc. En nuestro país esto suele ser ignorado por los autores de derecho privado; una excepción viene dada por Fernando López de Zavalía, que define la forma como corresponde en su *Curso introductorio al derecho registral*¹.

En mi caso el azar vino en mi auxilio cuando me atrasé en la carrera y llegué a Santa Fe en 1960 para intentar terminarla, con lo que mi llegada coincidió con la de Luis Muñoz, exiliado español contratado para enseñar Derecho Comercial. Y fue él, mi querido maestro, quien me mandó a leer a Francesco Carnelutti² y a Emilio Betti³. Y leyéndolos comprendí que todos los actos son formales, y que sólo se trata de que hay algunos con forma libre y otros con forma impuesta.

Y por eso es que en mis clases recorro a la siguiente escena, para que a mis alumnos no les pase lo mismo que a mí y en tres minutos, de una vez para siempre, comprendan la diferencia entre forma y prueba.

“Habitación. En la habitación una mesa y una silla. En la pared una ventana, y en la ventana la luna. Sentado en la silla, un hombre, sola su alma, redacta su testamento.

¿Cuál es la forma del acto testamento ológrafo que se perfecciona con la suscripción?

¿La habitación es la forma? No. ¿La ventana? No. ¿La luna? No. ¿La silla o la mesa? Tampoco. ¿La birome es la forma del testamento? No. Todas tienen su propia forma y no se la prestan al testamento.

¿El papel? No, el papel es A 4. ¿El papel escrito? Tampoco.

No queda nada...

Sí queda, la acción de escribir es la forma. Y el papel escrito es la prueba (documento) de que la acción de escribir ocurrió, tuvo su lugar en el tiempo y el espacio”.

1. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1983, pp. 67 a 69.

2. CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Buenos Aires, Arayú, 1955, pp. 114 a 118.

3. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 202.

II. Documento

¿Qué es el documento? El documento es, sencillamente, una cosa.

¿Qué clase de cosa? ¿Qué es lo que distingue al documento de otras

cosas creadas por el hombre, como un barco, por ejemplo?

Lo distingue su carácter representativo porque todo documento representa, y al representar prueba, la existencia de aquello que puede ser percibido, a saber: 1) otra cosa; 2) un ser humano; 3) un acto; y 4) un fenómeno de la naturaleza.

Y así ocurre en los casos de: a) la fotografía; b) la cinta filmada; c) el disco grabado; d) los instrumentos privados; y e) los instrumentos públicos (nuestras escrituras incluidas). Lo que no quita que haya algunos, como la radiografía y la ecografía, que representan y prueban lo que a simple vista no es posible percibir.

El documento debe distinguirse de lo documentado porque confundirlos equivale a confundir la cinta filmada con las personas que hablan mientras las filman. Y en este error incurrimos cuando confundimos a la escritura pública, que es un documento, con la compraventa inmobiliaria, que es un contrato.

El documento debe distinguirse, además, del acto de quien lo crea, porque una cosa es la cinta filmada y otra la acción de filmar. Y en este error incurrimos cuando confundimos a la escritura pública con el acto del escribano que la autoriza.

¿El documento es el inmueble? No, el documento no es el inmueble, entre otras razones porque es más chico (sin perjuicio de que el art. 2317 de nuestro Código Civil recurra a la ficción de asimilarlos).

III. Negocio jurídico y derecho subjetivo

¿Qué diferencia hay entre un negocio como la compraventa y un derecho subjetivo como el dominio? Respuesta: la compraventa se percibe y el dominio, que es un vínculo que une al dueño con la cosa, es imperceptible. Y por eso se puede dar fe del negocio, y no del derecho, ya que mal puedo dar fe del dominio del automóvil que la señora conduce porque el vínculo que la une a éste es invisible: ¿es la dueña? ¿Lo usa porque se lo dieron en préstamo o alquiler?

Hay otra diferencia, claro está. El negocio tiene una finalidad dinámica de iniciativa y renovación, que en la compraventa apunta a que la riqueza circule a través del cambio de

cosa por precio, mientras el derecho subjetivo cuenta con una finalidad estática, de conservación y resguardo.

Una última diferencia radica en que el negocio es fuente del derecho subjetivo (y de su correlativa obligación). Pero para comprenderlo como es debido permítaseme que recuerde lo que me ocurría en la década del 60 cuando, atrasado en mi carrera y naturalmente frustrado, intentaba darle fin.

Tenía entonces un profesor que se agitaba al hablar y contaba con un coro de obsecuentes que le respondía. Y así preguntaba:

“¿Las fuentes de las obligaciones?”. Y el coro: “¡¡Contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley!!”.

Hasta que un día no aguanté más y pregunté: “¿Y en el caso de la prescripción adquisitiva del dominio?”. Y ellos: “¡¡Ley!!”.

Y yo, que me había preparado: “La compraventa también está prevista en la ley, y es un contrato... ¿Cuál es, entonces, la fuente del derecho del comprador? ¿La ley o el contrato? Por otra, parte, insisto, me gustaría saber cuál es la fuente del derecho que se adquiere por prescripción...”.

Y el coro atónito y mudo, mirando al profesor y esperando el castigo ejemplar.

Éste, agitándose, comenzó musitando y acabó con un rugido: “En la prescripción es la ley y... ¡¡El correr del tiempo, señor Zinny...!!”.

Y yo, *knock out* de pie, mientras pensaba en el tiempo que corre, representándomelo a la manera de aquellas viejas vistas, en las que las hojas del almanaque se sucedían a toda velocidad para hacernos saber que el protagonista había envejecido, lo que enseguida el director confirmaba mostrándolo canoso...

Y tuvieron que pasar un par de años y tener yo la suerte de que mi hermana se pusiera de novia con el hijo de Sebastián Soler, y que éste, de visita en casa, me preguntara (es de no creer): “Mario: ¿cuáles son las fuentes de las obligaciones?”.

Y que yo, escarmentado por el hombre que se agitaba, respondiera: “Y, doctor, contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley ...”.

Tuvo que pasar todo eso, decía, para que él me enseñara que la ley no puede situarse a la par de las otras fuentes porque ella no es fuente inmediata. Y me explicara que el tiempo corre,

también, en la compraventa, con la única diferencia de que en ésta es menos tiempo del que corre en la prescripción.

Y cuando además me enseñó que las fuentes de las obligaciones no son las que recitaba el coro, sino, sencillamente: 1) lo que alguien dice o no dice; 2) lo que alguien hace, o no hace; y 3) lo que en la naturaleza ocurre, acabé de comprender, por fin, que las fuentes del dominio que se adquiere por prescripción son ese hacer de quien durante 20 años paga los impuestos y riega las flores del terrenito, y ese no hacer ni decir del titular registral que durante todo ese tiempo permanece quieto y mudo.

Pude comprender, además, que estas fuentes no sólo producen obligaciones y la consiguiente satisfacción del profesor de la materia, ya que los correlativos derechos personales vienen incluidos; y a ellos se añaden los derechos reales y el consiguiente deber de abstención de los terceros; y la potestad del Estado y la sujeción de los ciudadanos a ella, delincuentes incluidos.

Comprendí, por último, que la fuente del poder de los padres para representar al hijo menor de edad no es “la ley” sino un hecho de la naturaleza: el nacimiento del hijo, por cuya razón el documento que los habilita para actuar en su nombre no es el Código Civil, como han llegado a sostener quienes creen que en este caso no hay nada que agregar al protocolo “porque el Código es muy extenso y se presume que todos lo conocemos”. ¿Y qué es, entonces, lo que acredita la legitimación de los padres? Respuesta: la partida de nacimiento del hijo.

IV. Vicisitudes de las personas, los actos jurídicos y las relaciones jurídicas. Vicisitudes de los documentos

Las personas nacemos, nos realizamos o fracasamos, envejecemos y morimos. Los actos producen sus efectos y se anulan, convalidan o devienen ineficaces. Las relaciones entre persona y persona, y entre persona y cosa, se constituyen, transfieren, modifican y extinguen.

¿Y los documentos? Los documentos, en tanto cosas que son, sufren otro tipo de vicisitudes. Y así se llevan y traen, se mojan con la lluvia, se ensucian con la tierra, se vuelan con el viento,

se adulteran y hasta se arrugan, mastican y tragan. Como en el caso, real por cierto, del otorgante de una escritura de préstamo hipotecario que, en la década del 60 y en el Banco de la Nación, fue inquietándose mientras el escribano leía: “¿Por qué dicen que no voy a pagar? ¿Por qué hablan de que voy a tener que pagar punitorios? ¿Cómo? ¿Qué van a designar al martillero?”

Hasta que fuera de sí firma, vacila, se da cuenta de que no quiere firmar, se abalanza sobre el protocolo, arranca la parte de éste donde figura su firma y la estruja, mastica y traga. ¿Efectos de la escritura pública, joven Zinny? Sí, es indigesta...

Y porque el documento es prueba y no forma del acto ninguna de sus vicisitudes incide en la validez de éste.

Para comprenderlo basta pensar que la destrucción de la fotografía no le quita la vida a la persona fotografiada; de la misma manera que la destrucción de la escritura pública no priva al acto de su validez, sino que sólo le origina las consiguientes dificultades probatorias.

Y por eso es que en el caso del protocolo notarial extraviado o inutilizado, la copia o el asiento registral sustituyen a la matriz (Código Civil, art. 1011 y ley 17.801, art. 29); y en el caso del pagaré extraviado o inutilizado se aplica el procedimiento del art. 746 y sigs. del Código de Comercio y el art. 89 y sigs. del Decreto ley 5.965.

Más aún, recordemos que las alteraciones por accidente o dolo del instrumento que prueba un testamento no lo privan de sus efectos si pueden conocerse sus disposiciones (Código Civil, art. 3834).

V. Instrumentos públicos

Son los autorizados conforme a la ley por un funcionario o profesional a cargo de una función pública.

El lugar y la fecha en que han sido autorizados se tienen por ciertos, lo mismo que el autor (C.C., art. 993, que dota de fe pública a la existencia material de los hechos cumplidos por el propio funcionario o profesional a cargo de la función).

Conforme al art. 979 son instrumentos públicos:

1) Las escrituras y actas notariales, copias incluidas.

2) Los expedientes, libros y actas administrativos, incluida el acta del matrimonio, donde el funcionario a cargo del Registro Civil da fe de que los contrayentes dicen “sí” cuando los interroga.

3) Las actas judiciales y sus copias, incluida el acta de la subasta, donde el secretario del juzgado sustituye al notario y su acta reemplaza a la escritura.

Adviértase entonces el error en que suele incurrirse, sobre todo en Buenos Aires, al llamarle “boleto” a lo que es un instrumento público hecho y derecho, dando a entender que luego de éste viene la escritura, que muy bien puede no venir, porque conforme al art. 1184 no es necesaria (aunque sea conveniente protocolizar las fojas respectivas para evitar las consecuencias del extravío del expediente).

4) Los expedientes y libros de las legislaturas.

5) Las acciones de las compañías autorizadas, así como los asientos en los libros de los corredores, inclusión esta última cuestionada por Salvat⁴.

VI. Instrumento público y acto público

Los instrumentos públicos deben distinguirse, y esto es fundamental, del acto público que cada uno representa y prueba porque:

1) Una cosa es la escritura pública y otra la dación de fe del escribano;

2) Una cosa es el expediente administrativo y otra el acto administrativo;

3) Una cosa es el expediente judicial y otra la sentencia de su señoría; y

4) Una cosa es el diario de sesiones de la legislatura y otra la actuación de los legisladores.

4. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, tomo II, Décima edición, TEA, Buenos Aires, 1954, pp. 313 y 314.

VII. Narración (dación de fe) y acto narrado

Por otra parte, hay instrumentos públicos que, además del acto público, prueban el acto ajeno que se celebra ante el autor del instrumento y, en tanto percibido por éste, pasa a estar dotado de fe pública (Código Civil, art. 993, cuando alude a “la plena fe de la existencia material de los hechos pasados en su presencia”). Y este es el caso de las escrituras e instrumentos públicos que autorizan al escribano, el juez de paz, el funcionario a cargo del registro civil y el secretario del juzgado cuando dan fe, por ejemplo, de:

- 1) La compraventa de inmueble consentida ante el escribano;
- 2) La suscripción del instrumento privado firmado ante el escribano o juez de paz que certifican las firmas;
- 3) El matrimonio celebrado ante el funcionario a cargo del registro civil;
- 4) El testimonio, la confesión, la sentencia y la subasta judicial que tienen lugar ante el secretario del juzgado.

En estos casos es necesario, entonces, distinguir:

- 1º) El acto público, que consiste en la dación de fe del escribano, juez de paz, funcionario a cargo del registro civil o secretario del juzgado;
- 2º) El acto percibido y narrado por ellos;
- 3º) Y el instrumento público que los prueba a ambos.

¿En qué se distingue la escritura del resto de los instrumentos públicos? En el asesoramiento que el notario brinda a los otorgantes antes de dar fe. Y así se comprende que el art. 976 disponga que cuando se hubiere ordenado una clase de instrumento público, esta no pueda ser suplida por especie diferente. Y que la jurisprudencia haya decidido que no basta protocolizar el boleto de compraventa para dar por cumplido el art. 1184 del Código Civil.

5. ARMELLA, Cristina N., *Tratado de Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Tomo II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, (fallo del Superior Tribunal de San Luis, *La Ley*, 49, 122, comentado por María Antonia Iriarte de Martínez).

VIII. “Nulidades instrumentales”. Las consecuencias del error en que se incurre al llamarlas así

Cuando en materia de instrumentos públicos se distinguen, por ejemplo, la narración de la compraventa de la compraventa misma, y no se confunden estas dos declaraciones con el instrumento que las prueba, queda en evidencia que la equívoca terminología de *nulidades instrumentales* alude en realidad, sin que se lo advierta, a la invalidez de la narración (dación de fe).

Y las consecuencias de este error terminológico y conceptual son bastantes más serias de lo que se piensa, porque de él resultan:

- 1) Dificultades para ampliar el campo de los defectos o vicios del pretendido *instrumento* más allá del defecto de forma o la falta de competencia;
- 2) Dificultades para distinguir la falsificación material de la falsedad ideológica;
- 3) Dificultades para determinar los casos de inhabilidad de título en el proceso ejecutivo;
- 4) Dificultades para determinar el objeto de la calificación registral; y
- 5) Confusión entre la conversión instrumental del documento y la conversión formal del negocio.

Como casos de conversión instrumental citemos la del instrumento que desciende de público a privado por nulidad de la dación de fe originada en el defecto de forma o la falta de competencia (987) y la del que asciende de privado a público por obra de la protocolización (984). Por su parte, la conversión formal del negocio se da cuando el testamento cerrado nulo se convierte en ológrafo válido (3670).

Por la gravedad de estas consecuencias y porque, como antes señalara, las vicisitudes del documento no son las del acto, debiéramos pensar en abandonar, de una buena vez, la equívoca terminología de *nulidades instrumentales*. Y para decidirnos a llamar a las cosas por su nombre (*nulidades de la dación de fe*) basta pensar que decir *instrumento nulo*, asignándole al papel escrito la vicisitud de un acto, es tan absurdo como decir *acto*

sucio, mojado, o estrujado, asignándole a la conducta humana la vicisitud de un documento.

IX. No es posible asimilar un acto público a otro. La ignorancia del legislador, la mala práctica notarial y la desmesura de nuestro arancel lograron que en Santa Fe la sociedad anónima pasara a ser constituida por instrumento privado

Consideremos ahora que los actos públicos son de diferente contenido y responden a diferentes causas ya que:

- 1) Una cosa es dar fe para brindarle certeza a un acto;
- 2) Otra es administrar para satisfacer el interés público;
- 3) Otra es juzgar para que se haga justicia; y
- 4) Otra es legislar para incorporar una norma al orden jurídico.

Lamentablemente, los autores de la Ley de Sociedades no lo sabían.

Y por eso comentaron, en la exposición de sus motivos, que en materia de sociedades anónimas, “*si ya hay un instrumento público*” (el expediente administrativo) “*para qué dos*” (el expediente administrativo y la escritura pública). Sin advertir que no es lo mismo verificar que el estatuto de la sociedad anónima se ha redactado conforme a la ley, que dar fe de las declaraciones de los socios que acuerdan constituir la sociedad.

Como si no bastara, a esta ignorancia se agregó la mala práctica notarial de copiar en el protocolo el expediente administrativo íntegro, desde la carátula hasta el final, incluyendo certificaciones de firmas, dictámenes de fiscalía, etc., sin un solo punto y aparte, lo que justificaba que a la escritura se la denominara *protocolización* y que la empresa, frente a ese escrito interminable que nadie leyó jamás, se viera obligada a recurrir a una imprenta para que le imprimieran un librito con el texto ordenado del estatuto, insertando en la tapa los datos de la aprobación administrativa y la inscripción en el Registro de Comercio.

Pero a nosotros nos gusta completar las cosas y por eso,

a la mezcla de ignorancia y torpe rutina, le agregamos, en la provincia de Santa Fe al menos, la desmesura ciega de un arancel que no incluía una escala razonable para esta modestísima tarea que en la mayoría de los casos consistía en copiar un acta de asamblea, con lo que la constitución de la sociedad y los aumentos de capital de las grandes empresas, obra por lo general de sus abogados y contadores, pasaron a devengar unos honorarios notariales absurdos.

¿Cómo asombrarse, entonces, de que en la provincia de Santa Fe, no sólo los aumentos de capital sino la constitución misma de las sociedades anónimas hayan pasado a ser celebrados e inscriptos en instrumento privado?

X. “El misal y las estampitas”

Un recuerdo, ahora, de aquellos tiempos. Me veo junto al Presidente del Colegio de Escribanos y otro colega, cuando recién se había sancionado la Ley de Sociedades, frente a una asamblea de contadores y doctores en ciencias económicas.

Y el colega lee un excelente trabajo donde pondera las virtudes y ventajas de la escritura pública. Pero la lectura logra que los presentes pierdan la paciencia y comiencen a pedir la palabra para arremeter contra la fe pública, la seguridad y las formas solemnes.

El Presidente del Colegio, entonces, me dice en voz baja: “Decí algo”. Y yo: “¿Qué querés, que nos maten? Mejor invítalo al Presidente de ellos a tomar un whisky al Colegio ... Al Presidente y a los que quieran acompañarlo”.

Pero él insiste: “Decí algo”. Y entonces, desesperado y recordando que la mejor defensa es el ataque, digo:

“Cuando los Domingos de Ramos las viejitas vestidas de negro se dirigen a misa, con su ramita de olivo en una mano y el misal repleto de estampitas en la otra (aquellos profesionales escuchaban absortos) puede ocurrir que en un momento de debilidad una viejita introduzca en el misal, entre las estampitas, una fotografía pornográfica.

Y bien. La fotografía pornográfica, por el hecho de estar en el mi-

sal no se transforma en estampita. Sigue tan pornográfica como antes, o más.

Y eso es lo que les ocurre a los instrumentos privados que ustedes redactan cuando los incluyen entre los públicos: siguen tan privados como antes y sólo mejoran en cuanto a la fecha, que pasa a ser cierta”.

Y se rieron, y algunos aplaudieron. Y nosotros aprovechamos para salir sanos y salvos.

XI. Prueba legal

Es sabido que la prueba puede ser judicial o legal. Y que es judicial cuando el juez la valora en el proceso, como en los casos de:

- 1) El testimonio;
- 2) El dictamen pericial;
- 3) Los instrumentos privados;
- 4) Las presunciones judiciales; y
- 5) La percepción del propio juez (inspección).

Esta última responde a la equívoca denominación de inspección *ocular*. Y es equívoca porque no sólo de la vista se vale el magistrado para lograr su percepción (recurriendo al caso que propone Carnelutti, no lo hace cuando prueba el vino valiéndose de su sentido del gusto para confirmar que *está pasado*).

¿Y la prueba legal? ¿Cuándo es legal la prueba? ¿En qué difiere de la judicial? La prueba es legal cuando quien la valora es el legislador, antes del proceso e independientemente de que éste surja. De ahí resulta que la diferencia entre una y otra radica en el autor de la valoración (el juez o el legislador, respectivamente)⁶.

Antes de pasar a los casos en materia de prueba legal repasemos brevemente sus orígenes y la forma en que la prueba, en general, ha sido valorada.

Los orígenes de la prueba legal se remontan al proceso germánico primitivo, donde el poder de dar justicia estaba reservado

6. FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 141 y sigs.

a la divinidad que era invocada mediante pruebas de destreza y conjuradores, con el juez limitado al control de estas prácticas místicas, guiadas por una superstición intolerante y ciega.

De allí se pasó a la prueba tarifada, donde el juez pasó a ser un contable que sumaba y restaba para calcular aritméticamente su eficacia. Hasta que el formalismo se atenuó y las reglas aritméticas fueron sustituidas por otras, deducidas de la experiencia.

En cuanto a la forma de valorar la prueba, cabe enumerar:

- 1º) La germánica primitiva, totalmente basada en la prueba legal;
- 2º) La romana clásica, que en el otro extremo consagró la total libertad del juez para valorarla; y
- 3º) La de la sana crítica, con la prueba legal subsistiendo fundada en la experiencia, los intereses privados, el consiguiente principio dispositivo y el contradictorio paritario.

XII. Casos de prueba legal

Y pasemos a los casos de prueba legal en nuestro proceso civil, señalando que en todos se trata de presunciones del legislador ¿Qué es una presunción? En derecho, presumir es dar por cierto un hecho deduciéndolo de la existencia de otro. Y tomemos en cuenta que las presunciones apuntan más a la seguridad que a la justicia y que, modernamente, como acabamos de apuntar, suelen fundarse en la experiencia.

Y bien. Como casos de presunciones legales en nuestro proceso civil cabe citar:

- 1) El instrumento público.
- 2) La confesión judicial provocada.
- 3) La capacidad legal de obrar.
- 4) La inexcusabilidad del error de derecho.
- 5) El fraude presunto.
- 6) La presunción de que nació vivo el niño fallecido antes de estar completamente separado del seno materno.
- 7) La época de la concepción.
- 8) La simultaneidad de las muertes en desastre común.

En el proceso penal, en cambio, las presunciones legales están hoy limitadas al estado civil de las personas.

Confirmemos ahora que en la prueba legal el legislador da por cierto un hecho deduciéndolo de la existencia de otro, recurriendo a los casos de:

1º) El instrumento público, donde ante la narración del escribano, el juez de paz, el secretario del juzgado o el funcionario a cargo del registro civil, el legislador da por cierto el hecho narrado, fundado en que los autores de la narración, dado su profesionalismo y responsabilidad, no suelen mentir ni equivocarse;

2º) La confesión, donde ante ésta el legislador da por cierto el hecho confesado, fundado en que quien declara contra sus intereses suele decir la verdad;

3º) La capacidad legal de obrar, donde la mayoría de edad y la ausencia de interdicción por demencia o sordomudez bastan para que el legislador presuma el desarrollo de nuestras aptitudes psicofísicas; y

4º) La inexcusabilidad del error de derecho, donde ante la ley promulgada se presume que la conocemos.

¿Qué pretende el derecho al admitir la prueba legal? Pretende obtener seguridad, aun a costa de la justicia, porque:

a) A veces el notario miente y no se puede probar que lo hizo;

b) Otro tanto ocurre en el caso de quien confiesa;

c) El mayor de edad carece de las aptitudes que al menor le sobran; o

d) Ignoramos lo que la ley manda y no se nos permite alegar nuestro error.

¿Cómo puede ser que el derecho admita que la seguridad se imponga a la Justicia? Puede admitirlo porque el derecho se consuela pensando que:

- a') Sin instrumentos públicos aumentarían los litigios y las dificultades probatorias;
- b') Sin confesión ocurriría lo mismo;
- c') Sin capacidad legal de obrar viviríamos tratando de probarla; y
- d') Sin inexcusabilidad del error de derecho no se podría condenar a nadie.

XIII. Fe pública

Suele sostenerse que hay tantas clases de fe pública como ramas del derecho o poderes del Estado existen: fe pública administrativa, legislativa, judicial y notarial, que es la mejor de todas.

Pero hay que abandonar esta peregrina idea, entre otros motivos y en lo que a nosotros, escribanos, respecta, porque este exceso de especialista suele conducirnos a magnificar las virtudes de “nuestra fe”, por lo que no cabe extrañarse ante el hecho de que todo el mundo, peritos calígrafos y agrimensores incluidos, la haya querido para sí (hasta que advirtieron que equivocarse en la autoría de una firma, o en una medida, podía conducirlos a ser procesados por falsedad ideológica).

Y a esta idea hay que abandonarla, sobre todo, porque fe pública es, sencillamente, creencia legalmente impuesta y referida:

- 1) A la autoría, el lugar y la fecha de ciertos objetos (instrumentos públicos, moneda, sellos oficiales);
- 2) A la autoría, el lugar y la fecha de los actos públicos (acto notarial, administrativo, judicial, legislativo); y
- 3) A la existencia material del acto o hecho narrados por el escribano, juez de paz, secretario del juzgado o funcionario a cargo del registro civil.

¿Qué diferencia hay entre la fe pública que los escribanos imponemos y las restantes? En cuanto a la fe pública en sí, ninguna. Porque sólo difieren en que nosotros, como antes señalara, antes de dar fe asesoramos.

Apuntemos además que la fe pública no debe ser confun-

dida con la dación de fe, que es el acto que la origina⁷. Y la dación de fe, por su parte, no debe ser confundida con la potestad de celebrarla, potestad que hace las veces de lo que en derecho privado y en materia de negocios responde al nombre de legitimación.

Cuando el funcionario o profesional a cargo narran lo que ven y oyen, y lo hacen válidamente, hay que creerles, salvo que judicialmente se pruebe que mintieron o se equivocaron (Código Civil, art. 993).

Suele creerse que la fe pública dota al instrumento público de una eficacia probatoria superlativa, que exige un procedimiento especial para dejarla sin efecto. Pero esto ocurría en los tiempos de la querrela de falsedad, hace mucho suprimida de los códigos procesales en lo Civil y Comercial.

Más aún, en el de Santa Fe, cuando la argución de falsedad tramita en vía incidental, el procedimiento es sumarísimo y se equipara al de la justicia de paz departamental y al de los juicios cuyo monto no excede de \$10.000.

XIV. Falsedad ideológica⁸

Según el artículo 293 del Código Penal, incurre en falsedad ideológica el funcionario o profesional a cargo de una función pública que:

a) *Insertare en un instrumento público.* Sin éste no hay falsedad ideológica posible, de donde resulta que la nulidad o anulación de la dación de fe impide que se consuma el delito (sin dación de fe válida no hay fe pública y, sin fe pública, el instrumento público deja de ser tal).

b) *Declaraciones falsas concernientes a un hecho que el instrumento deba probar.* Así, cuando el dador de fe narra que ocurre lo que no ocurre, omite narrar lo que ocurre o lo narra de manera diferente. Como ejemplo: el escribano narra “paga en este acto” cuando no hay pago, se queda mudo cuando lo hay o narra “paga en efectivo” cuando lo que se entrega es un cheque. Y por cierto que los juicios que el dador de fe emite, en tanto no producen fe pública,

7. Vid. ZINNY, Mario, *El Acto Notarial*, Tercera Edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

8. Vid. ZINNY, Mario, *op.cit.* (cfr. nota 7), pp. 240 y sigs.

están excluidos de la posibilidad de ser ideológicamente falsos (así, los referidos a la perfección de los títulos, la capacidad natural del otorgante, las facultades del poder, etc.). También está excluida la invalidez del acto narrado, por cuanto la fe pública sólo cubre su *existencia material* (siempre conforme al citado art. 993 del Código Civil).

c) De modo que pueda resultar perjuicio. Es necesario que cualquier otro bien (así, el patrimonio de los otorgantes) y no sólo la fe pública se vea vulnerado.

El art. 293 incluye como autor de la falsedad ideológica no sólo a quien inserta la falsedad sino, además, a quien “la hiere insertar”. A primera vista parece que se trata, por ejemplo, del otorgante que miente al declarar que es soltero, o al manifestar que compra con dinero heredado. Pero no es así, porque el otorgante carece de la potestad de imponer la fe pública y el funcionario o profesional a cargo sólo la impone a la declaración y no a lo declarado.

De manera tal que el delito del otorgante, requirente o tercero que hace insertar la falsedad sólo se consuma cuando mediante ardid o intimidación logra que el funcionario o profesional a cargo de la función pública no se ajuste a la verdad al dar fe.

XV. Análisis de las figuras que lindan con la falsedad ideológica

1) Falsificación material

Ella tiene lugar cuando el instrumento auténtico:

- a) Se adultera enmendando lo escrito, testándolo o agregándole una entrelínea;
- b) Se imita.

Y no hace falta decir que para distinguir la falsificación material de la falsedad ideológica es imprescindible distinguir el acto (dación de fe) de su prueba (instrumento público). Ya que sólo así queda en evidencia que la falsedad ideológica es una

vicisitud de la dación de fe, y la falsificación material es una vicisitud del instrumento público.

2) Falsedad no delictual (asimismo llamada falsedad “civil”)

Se da cuando:

- a) La falsedad penal no se configura: a) por invalidez de la dación de fe que obra en el instrumento donde la falsedad se inserta (sin validez no hay fe pública y sin ésta no hay delito); a”) por no originar la falsedad posibilidad de perjuicio.
- b) La falsedad se configura pero: b) el funcionario o profesional es inimputable; b”) la pretensión punitiva del Estado se extingue por muerte, prescripción o amnistía.

3) Dación de fe errónea

En este caso la narración del funcionario o profesional a cargo de la función pública no se ajusta a la verdad por error espontáneo o provocado por el ardid ajeno. Lo que no quita que, como hemos señalado, el autor del ardid incurra en falsedad ideológica por *hacer insertar* la falsedad.

Y aquí lo grave para el funcionario o profesional a cargo de la función pública es que el expediente suele caratularse con el nombre de *Falsedad*, y así se publica en los diarios (con esta carátula no es fácil que la familia le crea cuando él le explica que se equivocó o lo engañaron).

XVI. Comparación entre dación de fe, testimonio y confesión. Remembranza y dación de fe

Para mejor comprenderlos preguntémoslos:

¿Se parecen en algo la dación de fe, el testimonio y la confesión? Sí, en los tres se narra una percepción. ¿Y en qué se diferencian? En que el dador de fe narra lo que percibe en el acto de instrumentarlo, y el testigo y quien confiesa narran lo percibido con anterioridad.

¿Y la diferencia entre el testimonio y la confesión? Ella consiste en que quien confiesa narra lo que atenta contra sus propios intereses.

¿Y el perito? El perito, en vez de narrar juzga, es decir, dictamina.

Permítanme ahora que amplíe la diferencia entre dación de fe y testimonio, es decir, entre narrar lo que se percibe en el acto de la narración y narrarlo después de haberlo percibido, puede recurrirse al ejemplo del que me valgo para explicar el tema en mis clases y que en parte he incluido en *Bonsenbiente*⁹.

Pero dejemos que lo expliquen los psicólogos:

En la remembranza lo antaño percibido es revivido en una imagen (...). Ya hemos descartado la teoría de la huella, según la cual la remembranza es una reiteración regular y cómoda de la percepción original. Toda imagen de la memoria es una nueva propiedad psíquica de la persona, tal como ésta es actualmente (en el instante de la remembranza) y está determinada y coloreada por su estado presente total. Aun cuando se refiere al mismo objeto (...) que otrora ocasionó la percepción, es diferente de la percepción y en consecuencia no representa el objeto original de igual modo que la percepción cuando tuvo lugar¹⁰.

XVII. Fe pública y cosa juzgada

A quienes pensamos que la cosa juzgada es una prueba legal, nos resulta útil la siguiente escena, que nos permite compararla con la fe pública. Y conocerlas y recordarlas, mejor, a las dos.

“Escribano, escribano...

¿Qué quiere señora?

Venga, de fe, que voy a prescribir...

¿Qué va a hacer?

Voy a prescribir, venga que empiezo hoy,

en un terreno abandonado con una casita que nadie ocupa

y va a quedar lindísima...

9. ZINNY, Mario, *Bonsenbiente*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 99.

10. STERN, William, *Psicología general*, Editorial Paidós, Tercera edición, Buenos Aires, 1971, p. 248.

Usted me va a acompañar a pagar los impuestos
y cuando baje el sol se viene al terreno,
que voy a regar las flores,
comeré después un plato de tallarines con oliva
y acto seguido me meteré en la cama a dormir.

Y usted dará fe de todo y de que nadie se agravia...
¿Y si se agravian a la madrugada?
Además es la prescripción larga, señora, son 20 años...

¿Qué hace el derecho en este caso? ¿Incluye a la prescripción en la competencia del escribano, obligándolo a casarse con la señora? No, el derecho deja tranquilo al escribano y transcurridos los 20 años recurre a su señoría para que reconstruya históricamente el pasado valiéndose de la prueba.

Y sustituye a la fe pública, que es la presunción legal de que el escribano no miente por la cosa juzgada, que es la presunción legal de que el juez no se equivoca.

Y para comprender que ambas están al servicio de la seguridad y no de la justicia, al menos en principio, basta pensar que a veces el escribano miente y no resulta posible probarlo y en otras su señoría se equivoca y no hay apelación.